RENATO BRASILEIRO DE LIMA

ATUALIZADO COM O PACOTE ANTICRIME

LEIS COMENTADAS

- Lei n. 13.869/19 – Nova Lei de Abuso de Autoridade
- Lei 13.260/2016 – Terrorismo
- Leis 12.850/2013 e 12.694/2012 – Organizações criminosas e juízos colegiados
- Lei 12.830/2013 – Investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia
- Lei 12.037/2009 – Identificação criminal
- Lei 11.343/2006 – Tráfico de drogas
- Lei 11.340/2006 – Violência doméstica e familiar contra a mulher
- Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento
- Lei 10.446/2002 – Atribuições da Polícia Federal
- Lei 9.613/1998 – Lavagem de dinheiro
- Lei 9.503/1997 – Crimes de Trânsito
- Lei 9.472/1997 – Telecomunicações
- Lei 9.455/1997 – Tortura
- Lei 9.296/1996 – Interceptação telefônica
- Lei 9.099/1995 – Juizados Especiais Criminais
- Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica e contra as relações de consumo
- Lei 8.072/1990 – Crimes hediondos
- Lei 7.960/1989 – Prisão temporária
- Lei 4.947/1966 – Invasão de Terras Públicas
- Lei 2.889/1956 – Genocídio

CONFORME

- Lei n. 13.804/19 – altera o Código de Trânsito Brasileiro
- Leis 13.827/19, 13.836/19, 13.871/19, 13.880/19, 13.882/19 e 13.894/19 – alteram a Lei Maria da Penha
- Leis 13.840/19 e 13.886/19 – alteram a Lei de Drogas
- Lei n. 13.869/19 – Nova Lei de Abuso de Autoridade
- Lei n. 13.870/19 – altera o Estatuto do Desarmamento
- Emenda Constitucional n. 104/19 - Polícias Penais
- Lei n. 13.964/19 – Pacote Anticrime
- Lei n. 13.968/19 – participação em automutilação (CP, art. 122)
- Lei n. 13.974/20 – reestrutura o COAF
- ADI 6.298, 6.200, 6.300 e 6.305 MC/DF (STF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22/01/2020) – suspensão da eficácia de dispositivos do Pacote Anticrime
- Decretos 9.845/19, 9.846/19, 9.847/19 e 10.030/19: regulamentam o Estatuto do Desarmamento

LEGISLAÇÃO CRIMINAL ESPECIAL

COMENTADA

VOLUME ÚNICO

8ª edição | revista atualizada ampliada

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

RENATO BRASILEIRO
DE LIMA

LEGISLAÇÃO

CRIMINAL ESPECIAL COMENTADA

VOLUME ÚNICO

8ª edição | revista atualizada ampliada

2020

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

SUMÁRIO

ABUSO DE AUTORIDADE – LEI 13.869/2019 53

1. Noções introdutórias acerca da origem da nova Lei de Abuso de Autoridade. 53
2. Bem jurídico tutelado. 55
3. Âmbito de incidência da nova Lei de Abuso de Autoridade 55
4. Tipo subjetivo dos crimes de abuso de autoridade: elemento subjetivo geral + elemento subjetivo especial do tipo. 55
   - 4.1. (In) compatibilidade do elemento subjetivo especial do injusto com o dolo eventual. 59
5. Vedação do crime de hermenêutica. 60
6. Sujeito ativo dos crimes de abuso de autoridade. 62
   - 6.1. Concurso de agentes com particulares (extraneus). 64
7. Sujeito passivo dos crimes de abuso de autoridade. 64
8. Competência para o processo e julgamento dos crimes de abuso de autoridade. 64
9. Ação penal nos crimes de abuso de autoridade. 66
   - 9.1. Ação penal pública incondicionada como regra geral. 66
   - 9.2. Ação penal privada subsidiária da pública. 66
     - 9.2.1. Atribuições do Ministério Público na ação penal privada subsidiária da pública. 67
   - 9.3. Prazo para o exercício da ação penal privada subsidiária da pública (decadência imprópria). 68
10. Efeitos extrapenais decorrentes da sentença penal condenatória. 69
    - 10.1. Obrigação de reparar o dano causado pelo delito. 70
    - 10.2. Inabilitação para o exercício do cargo, mandato ou função pública. 71
    - 10.3. Perda do cargo, do mandato ou da função pública 72
    - 10.4. Pressupostos para a aplicação dos efeitos dos incisos II e III do art. 4º da Lei n. 13.869/19. 72
11. Substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. 73
    - 11.1. Espécies de penas restritivas de direitos passíveis de aplicação em relação aos crimes de abuso de autoridade. 73
    - 11.2. Possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos de maneira autônoma ou cumulativa. 75
12. Ilicitude penal, cível e administrativa. 75
    - 12.1. Dever de comunicação de faltas funcionais à autoridade competente. 76
13. Efeitos civis da absolvição penal. 76
    - 13.1. Efeitos civis de absolvição penal com fundamento nas excludentes de ilicitude. 78
14. Decretação de medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais.. 79
    - 14.1. Rejeição do veto presidencial pelo Congresso Nacional. 79
    - 14.2. Direito intertemporal. 79
    - 14.3. Bem jurídico tutelado. 79
    - 14.4. Sujeitos do crime. 79
    - 14.5. Tipo objetivo. 80
    - 14.6. Tipo subjetivo. 82
    - 14.7. Consumação e tentativa. 82
    - 14.8. Classificação doutrinária. 82
    - 14.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 83
15. Não relaxamento da prisão manifestamente ilegal. 84
    - 15.1. Direito intertemporal. 84
    - 15.2. Noções gerais acerca do relaxamento da prisão ilegal. 84
    - 15.3. Bem jurídico tutelado. 85

15.4. Sujeitos do crime. 85
15.5. Tipo objetivo. 85
15.6. Tipo subjetivo. 86
15.7. Consumação e tentativa. 86
15.8. Classificação doutrinária. 86
15.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 86
15.10. Não realização da audiência de custódia (ou de apresentação). 86
16. Não substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa ou não concessão de liberdade provisória, quando manifestamente cabível. 90
16.1. Direito intertemporal. 90
16.2. Noções gerais acerca da liberdade provisória e das medidas cautelares diversas da prisão. 90
16.3. Bem jurídico tutelado. 91
16.4. Sujeitos do crime. 91
16.5. Tipo objetivo. 91
16.6. Tipo subjetivo. 91
16.7. Consumação e tentativa. 91
16.8. Classificação doutrinária. 91
16.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 91
17. Não deferimento de liminar ou de ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível. 91
17.1. Direito intertemporal. 91
17.2. Bem jurídico tutelado. 92
17.3. Sujeitos do crime. 92
17.4. Tipo objetivo. 92
17.5. Tipo subjetivo. 93
17.6. Consumação e tentativa. 93
17.7. Classificação doutrinária. 93
17.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 93
18. Decretação de condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo. 93
18.1. Direito intertemporal. 93
18.2. Noções gerais acerca da condução coercitiva. 93
18.3. Bem jurídico tutelado. 96
18.4. Sujeitos do crime. 96
18.5. Tipo objetivo. 96
18.6. Tipo subjetivo. 98
18.7. Consumação e tentativa. 98
18.8. Classificação doutrinária. 98
18.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 98
19. Execução de captura de pessoa que não esteja em situação de flagrante delito ou sem ordem escrita da autoridade judiciária competente. 98
20. Omissão quanto à comunicação da prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal. 99
20.1. Direito intertemporal. 99
20.2. Noções gerais acerca do dever de comunicação imediata da prisão ao Juiz competente. 99
20.3. Bem jurídico tutelado. 100
20.4. Sujeitos do crime. 100
20.5. Tipo objetivo. 101
20.6. Tipo subjetivo. 102

20.7. Consumação e tentativa. 102
20.8. Classificação doutrinária. 102
20.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 102
21. Omissão quanto à comunicação imediata da execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou. 102
21.1. Direito intertemporal. 102
21.2. Noções gerais acerca do dever de comunicação imediata da execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou. 103
21.3. Bem jurídico tutelado. 103
21.4. Sujeitos do crime. 103
21.5. Tipo objetivo. 104
21.6. Tipo subjetivo. 104
21.7. Consumação e tentativa. 104
21.8. Classificação doutrinária. 104
22. Omissão quanto à comunicação imediata da prisão de qualquer pessoa e do local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada. 105
22.1. Direito intertemporal. 105
22.2. Noções gerais acerca do dever de comunicação imediata da prisão de qualquer pessoa e do local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ele indicada. 105
22.3. Bem jurídico tutelado. 105
22.4. Sujeitos do crime. 106
22.5. Tipo objetivo. 106
22.6. Tipo subjetivo. 106
22.7. Consumação e tentativa. 106
22.8. Classificação doutrinária. 106
23. Omissão quanto à entrega ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, da nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas. 106
23.1. Direito intertemporal. 106
23.2. Noções gerais acerca do direito à entrega da nota de culpa. 106
23.3. Bem jurídico tutelado. 107
23.4. Sujeitos do crime. 107
23.5. Tipo objetivo. 107
23.6. Tipo subjetivo. 108
23.7. Consumação e tentativa. 108
23.8. Classificação doutrinária. 108
24. Prolongamento indevido de prisão, de medida de segurança ou de internação. 108
24.1. Direito intertemporal. 108
24.2. Bem jurídico tutelado. 108
24.3. Sujeitos do crime. 108
24.4. Tipo objetivo. 109
24.5. Tipo subjetivo. 110
24.6. Consumação e tentativa. 110
24.7. Classificação doutrinária. 110
25. Constrangimento de preso ou detento. 110
25.1. Direito intertemporal. 110
25.2. Noções gerais acerca do respeito à integridade moral do preso. 110
25.3. Bem jurídico tutelado. 112
25.4. Sujeitos do crime. 112
25.5. Tipo objetivo. 112

25.6. Tipo subjetivo. 114
25.7. Consumação e tentativa. 114
25.8. Classificação doutrinária. 115
25.9. Conflito aparente de normas. 115
25.10. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 115
26. Fotografia ou filmagem de preso sem o seu consentimento ou com autorização obtida mediante constrangimento ilegal. 116
27. Constrangimento a depor, sob ameaça de prisão, de pessoa que deva guardar segredo ou resguardar sigilo em razão de função, ministério, ofício ou profissão. 116
27.1. Direito intertemporal. 116
27.2. Noções gerais acerca das pessoas que são proibidas de depor em razão do dever de guardar segredo decorrente do exercício de função, ministério, ofício ou profissão. 117
27.3. Bem jurídico tutelado. 118
27.4. Sujeitos do crime. 118
27.5. Tipo objetivo. 118
27.6. Tipo subjetivo. 118
27.7. Consumação e tentativa. 119
27.8. Classificação doutrinária. 119
27.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal e suspensão condicional do processo. 119
28. Prosseguimento de interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio. 119
28.1. Rejeição do veto presidencial. 119
28.2. Direito intertemporal. 119
28.3. Noções gerais acerca do direito ao silêncio. 119
28.4. Bem jurídico tutelado. 121
28.5. Sujeitos do crime. 121
28.6. Tipo objetivo. 121
28.7. Tipo subjetivo. 122
28.8. Consumação e tentativa. 122
28.9. Classificação doutrinária. 122
28.10. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 122
29. Prosseguimento de interrogatório de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público sem a presença de seu patrono. 122
29.1. Rejeição do veto presidencial. 122
29.2. Direito intertemporal. 122
29.3. Noções gerais acerca da (des) necessidade de presença de defensor por ocasião do interrogatório policial (ou judicial). 123
29.4. Bem jurídico tutelado. 124
29.5. Sujeitos do crime. 124
29.6. Tipo objetivo. 124
29.7. Tipo subjetivo. 125
29.8. Consumação e tentativa. 125
29.9. Classificação doutrinária. 125
29.10. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 125

30. Omissão de identificação ou identificação falsa ao preso. 125
30.1. Rejeição do veto presidencial. 125
30.2. Direito intertemporal. 125
30.3. Bem jurídico tutelado. 125
30.4. Sujeitos do crime. 125
30.5. Tipo objetivo. 126
30.6. Tipo subjetivo. 127
30.7. Consumação e tentativa. 127
30.8. Classificação doutrinária. 127
30.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 127
31. Submissão de preso, internado ou apreendido ao uso de algemas fora das hipóteses legais. 127
32. Submissão de preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno. 128
32.1. Direito intertemporal. 128
32.2. Noções gerais acerca do respeito à liberdade de autodeterminação do interrogando. 128
32.3. Bem jurídico tutelado. 129
32.4. Sujeitos do crime. 129
32.5. Tipo objetivo. 129
32.6. Tipo subjetivo. 130
32.7. Consumação e tentativa. 130
32.8. Classificação doutrinária. 131
32.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 131
33. Impedimento ou retardamento do envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente. 131
33.1. Direito intertemporal. 131
33.2. Bem jurídico tutelado. 131
33.3. Sujeitos do crime. 131
33.4. Tipo objetivo. 132
33.5. Tipo subjetivo. 132
33.6. Consumação e tentativa. 133
33.7. Classificação doutrinária. 133
33.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 133
34. Restrição, sem justa causa, da entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado. 133
34.1. Rejeição do veto presidencial. 133
34.2. Direito intertemporal. 134
34.3. Noções gerais acerca da ampla defesa e do direito à entrevista pessoal e reservada do acusado, ainda que preso, com seu defensor. 134
34.4. Bem jurídico tutelado. 135
34.5. Sujeitos do crime. 135
34.6. Tipo objetivo. 135
34.7. Tipo subjetivo. 137
34.8. Consumação e tentativa. 137
34.9. Classificação doutrinária. 137
34.10. Conflito aparente de normas. 137
35. Manutenção de presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento. 138

35.1. Direito intertemporal. 138
35.2. Noções gerais acerca da necessidade de recolhimento de presos a estabelecimento próprio e adequado ao seu respectivo sexo. 138
35.3. Bem jurídico tutelado. 139
35.4. Sujeitos do crime. 139
35.5. Tipo objetivo. 139
35.6. Tipo subjetivo. 140
35.7. Consumação e tentativa. 140
35.8. Classificação doutrinária. 141
35.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 141
36. Violação de domicílio em um contexto de abuso de autoridade. 141
36.1. Direito intertemporal. 141
36.2. Bem jurídico tutelado. 141
36.3. Sujeitos do crime. 142
36.4. Tipo objetivo. 142
36.4.1. Elementos normativos do tipo. 142
36.4.2. Objeto material. 144
36.4.3. Figuras assemelhadas. 145
36.4.3.1. Constrangimento de alguém a franquear-lhe o acesso a imóvel. 145
36.4.3.2 Execução de mandado de busca de forma ostensiva e desproporcional. 145
36.4.3.3. Cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas). 145
36.4.4. Excludentes da ilicitude. 148
36.5. Tipo subjetivo. 149
36.6. Consumação e tentativa. 149
36.7. Classificação doutrinária. 149
36.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 149
37. Fraude processual especial em caso de abuso de autoridade. 150
37.1. Direito intertemporal. 150
37.2. Bem jurídico tutelado. 150
37.3. Sujeitos do crime. 150
37.4. Tipo objetivo. 150
37.5. Objeto material. 151
37.6. Tipo subjetivo. 151
37.7. Consumação e tentativa. 151
37.8. Classificação doutrinária. 151
37.9. Subsidiariedade tácita ou implícita. 152
37.10. Fraude processual e direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). 152
37.11. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 152
38. Constrangimento de funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada a admitir para tratamento pessoa morta. 152
38.1. Direito intertemporal. 152
38.2. Bem jurídico tutelado. 153
38.3. Sujeitos do crime. 153
38.4. Tipo objetivo. 153
38.5. Tipo subjetivo. 154
38.6. Consumação e tentativa. 154

38.7. Classificação doutrinária..... 154
38.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 154
39. Obtenção de prova por meio manifestamente ilícito. 155
39.1. Direito intertemporal. 155
39.2. Noções gerais acerca da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. 155
39.3. Bem jurídico tutelado..... 155
39.4. Sujeitos do crime. 155
39.5. Tipo objetivo..... 156
39.6. Tipo subjetivo. 159
39.7. Consumação e tentativa. 159
39.8. Classificação doutrinária..... 159
39.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 159
39.10. Figura equiparada..... 160
39.11. Conflito aparente de normas. 160
40. Flagrante preparado. 160
41. Requisição ou instauração de procedimento investigatório sem quaisquer indícios. 161
41.1. Direito intertemporal. 161
41.2. Noções gerais acerca do princípio da obrigatoriedade. 161
41.3. Bem jurídico tutelado..... 161
41.4. Sujeitos do crime. 161
41.5. Tipo objetivo..... 162
41.5.1. Causas excludentes da ilicitude..... 163
41.6. Tipo subjetivo. 164
41.7. Consumação e tentativa. 164
41.8. Classificação doutrinária..... 165
41.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal e suspensão condicional do processo. 165
42. Divulgação de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada do investigado ou acusado. 165
42.1. Direito intertemporal. 165
42.2. Noções gerais acerca do segredo de justiça em torno de interceptações telefônicas (ou ambientais) e da necessidade de inutilização da gravação que não interessar ao processo. 165
42.3. Bem jurídico tutelado..... 166
42.4. Sujeitos do crime. 166
42.5. Tipo objetivo..... 167
42.6. Tipo subjetivo. 168
42.7. Consumação e tentativa. 168
42.8. Classificação doutrinária..... 168
42.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 168
43. Falsa informação sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo. 168
43.1. Direito intertemporal. 168
43.2. Bem jurídico tutelado..... 168
43.3. Sujeitos do crime. 168
43.4. Tipo objetivo..... 168
43.5. Tipo subjetivo. 169
43.6. Consumação e tentativa. 169
43.7. Classificação doutrinária..... 170

43.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 170
43.9. Omissão de dado ou informação sobre fato juridicamente relevante e não sigiloso. 170
44. Deflagração de persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente. 170
44.1. Rejeição do veto presidencial. 170
44.2. Direito intertemporal. 170
44.3. Bem jurídico tutelado. 170
44.4. Sujeitos do crime. 171
44.5. Tipo objetivo. 171
44.6. Tipo subjetivo. 172
44.7. Consumação e tentativa. 172
44.8. Classificação doutrinária. 172
44.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 173
45. Procrastinação injustificada de investigação em prejuízo do investigado. 173
45.1. Direito intertemporal. 173
45.2. Noções gerais acerca da aplicação da garantia da razoável duração do processo à fase investigatória da persecução penal. 173
45.3. Bem jurídico tutelado. 175
45.4. Sujeitos do crime. 175
45.5. Tipo objetivo. 175
45.6. Tipo subjetivo. 176
45.7. Consumação e tentativa. 176
45.8. Classificação doutrinária. 176
45.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 176
46. Negativa de acesso aos autos de procedimento investigatório e de extração de cópias de documentos. 176
46.1. Rejeição do veto presidencial pelo Congresso Nacional. 176
46.2. Direito intertemporal. 177
46.3. Noções gerais acerca do direito do investigado e de seu defensor de ter acesso dos autos de procedimentos investigatórios. 177
46.4. Bem jurídico tutelado. 178
46.5. Sujeitos do crime. 178
46.6. Tipo objetivo. 178
46.7. Tipo subjetivo. 179
46.8. Consumação e tentativa. 179
46.9. Classificação doutrinária. 179
46.10. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal. 179
47. Exigência de informação ou do cumprimento de obrigação sem expresso amparo legal. 179
47.1. Direito intertemporal. 179
47.2. Noções gerais acerca do princípio da legalidade. 179
47.3. Bem jurídico tutelado. 180
47.4. Sujeitos do crime. 180
47.5. Tipo objetivo. 180
47.6. Tipo subjetivo. 180
47.7. Consumação e tentativa. 180
47.8. Classificação doutrinária. 181
48. Utilização do cargo ou função pública ou invocação da condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido. 181
48.1. Direito intertemporal. 181

48.2. Bem jurídico tutelado..... 181
48.3. Sujeitos do crime..... 181
48.4. Tipo objetivo..... 181
48.5. Tipo subjetivo..... 182
48.6. Consumação e tentativa..... 182
48.7. Classificação doutrinária..... 182
48.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal..... 182
48.9. Conflito aparente de normas..... 182
49. Omissão de correção de erro relevante que sabe existir em processo ou procedimento..... 183
50. Atentado à liberdade de associação..... 183
51. Decretação da indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapola exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida e subsequente negativa de correção do excesso..... 184
51.1. Direito intertemporal..... 184
51.2. Noções gerais acerca da execução e do princípio da menor onerosidade..... 184
51.3. Bem jurídico tutelado..... 184
51.4. Sujeitos do crime..... 185
51.5. Tipo objetivo..... 185
51.6. Tipo subjetivo..... 186
51.7. Consumação e tentativa..... 186
51.8. Classificação doutrinária..... 186
51.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal..... 187
52. Demora demasiada e injustificada no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado..... 187
52.1. Direito intertemporal..... 187
52.2. Bem jurídico tutelado..... 187
52.3. Sujeitos do crime..... 187
52.4. Tipo objetivo..... 188
52.5. Tipo subjetivo..... 188
52.6. Consumação e tentativa..... 188
52.7. Classificação doutrinária..... 188
52.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal..... 189
53. Antecipação de atribuição de culpa por meio de comunicação, inclusive rede social, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação..... 189
53.1. Rejeição do veto presidencial..... 189
53.2. Direito intertemporal..... 189
53.3. Noções gerais acerca do respeito à integridade moral do preso e à regra de tratamento (dimensão externa) decorrente do princípio da presunção de inocência..... 189
53.4. Bem jurídico tutelado..... 191
53.5. Sujeitos do crime..... 191
53.6. Tipo objetivo..... 191
53.7. Tipo subjetivo..... 193
53.8. Consumação e tentativa..... 193
53.9. Classificação doutrinária..... 193
53.10. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal..... 193
54. Aplicação do Código Penal e do Código de Processo Penal ao processo e julgamento dos crimes de abuso de autoridade..... 193
54.1. (Des) necessidade de observância do procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos – arts. 513 a 518 do CPP – para os crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 13.869/19..... 193

55. Aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais ao processo e julgamento dos crimes de abuso de autoridade. 197
56. Nova redação do art. 2º da Lei da Prisão Temporária. 198
57. Nova redação do art. 10 da Lei n. 9.296/96. 198
58. Efeito extrapenal específico de perda do cargo, função ou mandato eletivo para os crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente praticados por servidores públicos com abuso de autoridade. 198
59. Violação de direitos e prerrogativas do advogado. 199
60. Revogação da Lei n. 4.898/65, do §2º do art. 150 e do art. 350, ambos do Código Penal. 202
61. Vigência da Lei 13.869/19 203

ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA FEDERAL – LEI N. 10.446/2002 205
1. Polícia Federal: noções históricas 205
2. Delimitação das atribuições investigatórias da Polícia 207
3. Atribuições investigatórias da Polícia Federal e competência criminal da Justiça Federal 207
4. Rol exemplificativo de infrações penais dotadas de repercussão interestadual ou internacional que podem ser objeto de investigação pela Polícia Federal 208
   4.1. Sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro impelidos por motivação política. 208
   4.2. Formação de cartel. 208
   4.3. Violação a direitos humanos que o Brasil se comprometeu a reprimir por meio de tratados internacionais. 209
   4.4. Furto, roubo ou receptação de cargas, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação. 209
   4.5. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e venda, inclusive pela internet, depósito ou distribuição do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. 209
   4.6. Furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, inclusive agências bancárias ou caixas eletrônicas. 210
   4.7. Quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres. 210
5. Vigência da Lei n. 10.446/02. 210

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – LEI N. 8.137/1990 211
1. Crimes contra a ordem tributária: noções introdutórias. 211
2. Direito Tributário Penal e Direito Penal Tributário. 211
3. Tipificação dos crimes contra a ordem tributária 212
4. Bem jurídico tutelado. 213
   4.1. Princípio da insignificância 214
5. Inadimplemento e sonegação fiscal. 216
6. Sonegação fiscal (evasão fiscal) e elisão fiscal 216
7. Tributo. 217
   7.1. Espécies de tributos. 217
8. Tributação do lucro ilícito (pecunia non olet). 218
9. Competência criminal. 219
   9.1. Competência territorial. 220
10. Fiscalização tributária. 221
   10.1. Inviolabilidade domiciliar. 222
   10.2. Quebra do sigilo de dados bancários e financeiros. 224
11. Classificação dos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/90. 229
12. Supressão ou redução de tributo, contribuição social e qualquer acessório 229
   12.1. Tipo objetivo 229
   12.2. Tipo subjetivo. 231
   12.3. Erro de tipo e erro de proibição. 233
   12.4. Sujeitos do crime. 233
      12.4.1. Sujeito ativo. 233

12.4.2. Sujeito passivo. ... 234
12.5. Consumação e tentativa. ... 235
12.6. Concurso de crimes. ... 236
12.7. Classificação doutrinária. ... 237
13. Supressão ou redução de tributo por meio da omissão de informação ou prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias. ... 238
14. Supressão ou redução de tributo por meio de fraude à fiscalização tributária. ... 240
15. Supressão ou redução de tributo por meio de falsificação de documentos relativos à operação tributável. ... 242
16. Supressão ou redução de tributo por meio do fornecimento ou distribuição de documento falso ou inexato. ... 243
17. Supressão ou redução de tributo por meio da negativa de fornecimento de nota fiscal. ... 243
17.1. (Des) necessidade de lançamento definitivo como condição objetiva de punibilidade. ... 244
18. Supressão ou redução de tributo por meio da falta de atendimento da exigência da autoridade fazendária. ... 245
18.1. (Im) possibilidade de extinção da punibilidade em virtude do pagamento da penalidade pecuniária imposta ao contribuinte que deixa de atender às exigências da autoridade tributária quanto à exibição de livros e documentos fiscais. ... 247
19. Dos crimes tributários do art. 2º da Lei n. 8.137/90. ... 248
19.1. (Des) necessidade de decisão final do procedimento administrativo de lançamento. ... 248
19.2. Infração de menor potencial ofensivo e competência dos Juizados Especiais Criminais (Federais ou Estaduais). ... 249
19.3. Sujeitos do crime. ... 249
19.4. Consumação e tentativa. ... 249
20. Inadimplemento fraudulento de obrigação acessória. ... 250
20.1. Bem jurídico tutelado. ... 250
20.2. Sujeitos do crime. ... 250
20.3. Tipo objetivo. ... 250
20.4. Tipo subjetivo. ... 251
20.5. Consumação e tentativa. ... 251
20.6. Classificação doutrinária. ... 251
21. Apropriação indébita tributária. ... 251
21.1. Bem jurídico tutelado. ... 252
21.2. Constitucionalidade da criminalização da apropriação indébita tributária. ... 252
21.3. Núcleo do tipo. ... 253
21.4. Elemento subjetivo. ... 255
21.5. Sujeitos do crime. ... 255
21.6. Consumação e tentativa. ... 255
21.7. Prévio esgotamento da instância administrativa. ... 256
21.8. Classificação doutrinária. ... 256
22. Crime tributário do art. 2º, inciso III, da Lei n. 8.137/90. ... 256
22.1. Tipo objetivo. ... 257
22.2. Tipo subjetivo. ... 258
22.3. Sujeitos do crime. ... 258
22.4. Consumação e tentativa. ... 258
22.5. Classificação doutrinária. ... 258
23. Crime tributário do art. 2º, IV, da Lei n. 8.137/90. ... 258
23.1. Sujeitos do crime. ... 259
23.2. Tipo objetivo. ... 259
23.3. Tipo subjetivo. ... 259
23.4. Consumação e tentativa. ... 259
23.5. Classificação doutrinária. ... 260
24. Crime tributário do art. 2º, inciso V, da Lei n. 8.137/90. ... 260

24.1. Sujeitos do delito..... 260
24.2. Tipo objetivo..... 260
24.3. Tipo subjetivo. 261
24.4. Consumação e tentativa. 261
24.5. Classificação doutrinária..... 261
25. Crimes funcionais contra a Administração Fazendária. 261
25.1. Concurso de agentes e particulares. 262
26. Crime tributário de extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento. 262
26.1. Bem jurídico tutelado..... 263
26.2. Sujeitos do delito..... 263
26.3. Tipo objetivo..... 263
26.4. Tipo subjetivo. 263
26.5. Consumação e tentativa. 264
26.6. Classificação doutrinária..... 264
27. Concussão e corrupção fazendárias. 264
27.1. Bem jurídico tutelado..... 264
27.2. Sujeitos do crime..... 264
27.3. Tipo objetivo..... 264
27.4. Tipo subjetivo. 266
27.5. Consumação e tentativa. 266
27.6. Classificação doutrinária..... 267
28. Advocacia administrativa fazendária..... 267
28.1. Bem jurídico tutelado..... 268
28.2. Tipo objetivo..... 268
28.3. Tipo subjetivo. 268
28.4. Sujeitos do crime..... 268
28.5. Consumação e tentativa. 268
28.6. Conflito aparente de normas. 268
28.7. Classificação doutrinária..... 269
28.8. Cabimento de suspensão condicional do processo. 269
29. Dos Crimes contra a Ordem Econômica: noções introdutórias..... 269
29.1. Previsão legal..... 269
30. Abuso do poder econômico. 270
30.1. Bem jurídico tutelado..... 270
30.2. Sujeitos do crime..... 270
30.3. Tipo objetivo..... 271
30.4. Tipo subjetivo. 272
30.5. Consumação e tentativa. 272
31. Do crime contra a ordem econômica do art. 4º, inciso II, da Lei n. 8.137/90..... 272
31.1. Bem jurídico tutelado..... 272
31.2. Sujeitos do crime..... 272
31.3. Tipo objetivo..... 272
31.4. Tipo subjetivo. 273
31.5. Consumação e tentativa. 273
32. Dos crimes contra as relações de consumo: noções introdutórias..... 273
32.1. Sujeitos do crime..... 275
32.2. Tipificação dos crimes contra os interesses econômicos dos consumidores..... 275
33. Favorecimento indevido de consumidor..... 275
33.1. Bem jurídico tutelado..... 275

33.2. Sujeitos do delito. 275
33.3. Tipo objetivo. 275
33.4. Tipo subjetivo. 277
33.5. Consumação e tentativa. 277
33.6. Classificação doutrinária. 277
34. Mercadoria com especificações incorretas. 277
34.1. Bem jurídico tutelado. 277
34.2. Sujeitos do crime. 277
34.3. Tipo objetivo. 277
34.4. Tipo subjetivo. 278
34.5. Consumação e tentativa. 279
34.6. Classificação doutrinária. 279
35. Mistura de mercadorias diferentes. 279
35.1. Bem jurídico tutelado. 279
35.2. Sujeitos do crime. 279
35.3. Tipo objetivo. 279
35.4. Tipo subjetivo. 280
35.5. Consumação e tentativa. 280
35.6. Classificação doutrinária. 280
36. Fraude de preços ao consumidor. 280
36.1. Bem jurídico tutelado. 280
36.2. Sujeitos do crime. 280
36.3. Tipo objetivo. 280
36.4. Tipo subjetivo. 281
36.5. Consumação e tentativa. 281
36.6. Classificação doutrinária. 282
37. Cobrança indevida de taxas ou juros. 282
37.1. Bem jurídico tutelado. 282
37.2. Sujeitos do crime. 282
37.3. Tipo objetivo. 282
37.4. Tipo subjetivo. 283
37.5. Consumação e tentativa. 283
37.6. Classificação doutrinária. 283
38. Recusa de venda para fins de especulação. 284
38.1. Bem jurídico tutelado. 284
38.2. Sujeitos do crime. 284
38.3. Tipo objetivo. 284
38.4. Tipo subjetivo. 284
38.5. Consumação e tentativa. 284
38.6. Classificação doutrinária. 284
39. Indução de consumidor a erro. 285
39.1. Bem jurídico tutelado. 285
39.2. Sujeitos do crime. 285
39.3. Tipo objetivo. 285
39.4. Tipo subjetivo. 285
39.5. Consumação e tentativa. 285
39.6. Classificação doutrinária. 285
40. Provocação de alta fraudulenta de preços. 286
40.1. Bem jurídico tutelado. 286

40.2. Sujeitos do delito. ... 286
40.3. Tipo objetivo. ... 286
40.4. Tipo subjetivo. ... 286
40.5. Classificação doutrinária. ... 286
41. Mercadoria imprópria para consumo. ... 287
41.1. Bem jurídico tutelado. ... 287
41.2. Sujeitos do crime. ... 287
41.3. Tipo objetivo. ... 287
41.4. Tipo subjetivo. ... 288
41.5. Consumação e tentativa. ... 288
41.6. Classificação doutrinária. ... 288
42. Multa nos crimes contra a ordem tributária. ... 289
43. Concurso de agentes. ... 290
44. (Im) possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de crimes contra a ordem tributária. ... 290
45. Princípio da culpabilidade e responsabilidade subjetiva nos crimes societários (ou de gabinete). ... 291
46. Teoria do domínio do fato. ... 292
47. Denúncia genérica e crimes societários. ... 295
47.1. Acusação geral e acusação genérica. ... 296
48. Causas de aumento de pena previstas na Lei n. 8.137/90. ... 297
48.1. Gravidade do dano à coletividade. ... 297
48.2. Crime cometido por servidor público no exercício de suas funções. ... 298
48.3. Crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde. ... 298
49. Extinção da punibilidade em virtude do pagamento ou do parcelamento do débito tributário: noções introdutórias. ... 299
49.1. Revogado art. 2º da Lei n. 4.729/65. ... 300
49.2. Revogado art. 14 da Lei n. 8.137/90. ... 300
49.3. Art. 34 da Lei n. 9.249/95. ... 301
49.4. Parcelamentos especiais e Programas de Recuperação Fiscal (Refis): Leis 9.964/00, 10.684/03 e 11.941/09. ... 302
49.5. Art. 6º da Lei n. 12.382/11 e a nova redação do art. 83 da Lei n. 9.430/96. ... 306
50. Lei de Repatriação de valores e nova causa de extinção da punibilidade em relação a crimes tributários. ... 308
51. Demais causas de extinção do crédito tributário. ... 308
52. Ação penal nos crimes previstos na Lei n. 8.137/90. ... 309
53. Decisão final do procedimento administrativo de lançamento e não modificação da natureza incondicionada da ação penal pública dos crimes contra a ordem tributária. ... 310
54. Natureza jurídica da decisão final do procedimento administrativo de lançamento nos crimes contra a ordem tributária. ... 310
55. Prejudicialidade facultativa em virtude de ação no âmbito cível discutindo a existência do crédito tributário. ... 315
56. Investigação preliminar. ... 318
56.1. Provocação da iniciativa do Ministério Público. ... 319
56.2. Denúncia anônima. ... 319
57. Colaboração premiada. ... 320
58. Nova redação do crime de duplicata simulada. ... 320
59. Excesso de exação. ... 320
60. Aumento da pena do crime de facilitação de contrabando ou descaminho. ... 321
61. Vigência da Lei n. 8.137/90. ... 321

CRIMES HEDIONDOS – LEI Nº 8.072/1990 ... 323
1. Previsão constitucional. ... 324
2. Sistemas de classificação das infrações penais como crimes hediondos. ... 324
2.1. Sistema adotado pela Lei nº 8.072/90. ... 325
2.2. Natureza não hedionda dos crimes militares. ... 325

3. Rol de crimes hediondos (consumados ou tentados). 326
3.1. Natureza hedionda do crime de homicídio (Lei nº 8.930/94) 327
3.1.1. Homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio (Lei nº 8.072/90, art. 1º, I, 1ª parte, com redação dada pela Lei nº 8.930/94) e a entrada em vigor da Lei nº 12.720/12 (CP, art. 121, § 6º). 327
3.1.1.1. Conceito de grupo de extermínio. 329
3.1.1.2. Sujeito passivo do grupo de extermínio. 329
3.1.1.3. (Des)necessidade de quesitação dos jurados acerca da prática de homicídio em atividade típica de grupo de extermínio. 330
3.1.2. Homicídio qualificado. 331
3.1.2.1. Homicídio qualificado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. 331
3.1.3. Homicídio qualificado-privilegiado. 331
3.1-A. Lesão corporal gravíssima funcional e lesão corporal seguida de morte funcional. 332
3.2. Crimes hediondos de roubo. 333
3.3. Crimes hediondos de extorsão. 336
3.4. Extorsão mediante sequestro. 338
3.5. Estupro. 338
3.5.1. Estupro e atentado violento ao pudor antes da Lei nº 12.015/09. 338
3.5.2. Estupro depois da Lei nº 12.015/09. 339
3.6. Estupro de vulnerável. 340
3.7. Epidemia qualificada pelo resultado morte. 342
3.8. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. 342
3.9. Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. 343
3.10. Furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. 344
3.11. Genocídio. 345
3.11.1. Distinção entre o crime de genocídio e o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio. 346
3.12. Posse ou Porte ilegal de arma de fogo de uso proibido. 346
3.13. Comércio ilegal de armas de fogo e tráfico internacional de arma de fogo. 349
3.14. Crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado. 349
4. Crimes equiparados a hediondos. 350
4.1. Tortura. 350
4.2. Tráfico ilícito de drogas. 351
4.3. Terrorismo. 352
5. Vedação à concessão de anistia, graça e indulto. 352
5.1. Anistia. 352
5.2. Graça. 352
5.3. Indulto. 353
6. Liberdade provisória. 355
6.1. Liberdade provisória com ou sem fiança, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão. 356
6.2. Liberdade provisória proibida à luz do princípio tácito da individualização da prisão. 358
6.3. Infrações inafiançáveis e concessão de liberdade provisória sem fiança cumulada com as medidas cautelares diversas da prisão. 364
7. Regime de cumprimento da pena. 366
7.1. Regime integral fechado e o princípio da individualização da pena. 366
7.2. Regime inicial fechado para crimes hediondos e equiparados e novos critérios para progressão de regimes (Lei nº 11.464/07). 367
7.3. Inconstitucionalidade do regime inicial fechado para crimes hediondos e equiparados. 369
7.4. Detração na sentença condenatória para fins de determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (Lei nº 12.736/12). 370

7.5. Novos parâmetros objetivos para a progressão de regimes, inclusive para crimes hediondos e equiparados (LEP, art. 112, com redação dada pela Lei n. 13.964/19). 372
7.6. Requisitos subjetivos. 378
7.7. (Des) necessidade de fundamentação e oitiva das partes..... 379
7.8. Questões controvertidas. 379
7.9. Natureza do crime de tráfico de drogas previsto no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 para fins de progressão de regimes..... 384
7.10. Prática de falta grave como causa interruptiva da contagem do prazo para a progressão de regime. 384
7.11. (Im) possibilidade de reaquisição do bom comportamento após 1 (um) ano da ocorrência do fato. 385
8. Penas restritivas de direitos. 385
9. Suspensão condicional da pena (sursis). 387
10. Benefícios prisionais. 388
10.1. Prisão domiciliar..... 388
10.2. Autorizações de saída..... 389
10.3. Remição. 392
10.4. Trabalho externo. 392
11. Recolhimento à prisão para apelar..... 392
11.1. Sentença condenatória e situação prisional do acusado. 395
12. Prisão temporária em crimes hediondos e equiparados..... 396
13. Presídios federais de segurança máxima..... 398
13.1. Transferência para presídios federais e competência do juízo da execução. 398
14. Aumento da pena de multa..... 399
15. Livramento condicional..... 399
16. Alteração das penas de certos crimes da Parte Especial do Código Penal. 402
17. Colaboração premiada no crime de extorsão mediante sequestro. 402
18. Associação criminosa para fins de praticar crimes hediondos e equiparados..... 403
18.1. Associação para fins de tráfico e o quantum de pena a ser aplicado. 404
18.2. Delação premiada..... 405
19. Causa de aumento de pena de metade. 405
20. Contagem em dobro dos prazos procedimentais. 407
20.1. Prioridade de tramitação dos processos que apuram a prática de crimes hediondos (e equiparados). 407
21. Vigência da Lei nº 8.072/90..... 407

ESTATUTO DO DESARMAMENTO – LEI 10.826/2003..... 409
1. Noções introdutórias: a sociedade civil (des) armada..... 409
1.1. Caos normativo decorrente da sucessão de Decretos do Presidente da República ao longo do ano de 2019. 410
2. Subdivisão do Estatuto do Desarmamento..... 411
3. Aquisição de arma de fogo. 412
4. Registro de arma de fogo. 413
5. Autorização de porte de arma de fogo. 414
6. Bem jurídico tutelado. 416
7. Crimes de perigo abstrato e sua (in) constitucionalidade..... 417
8. Competência de Justiça para o processo e julgamento dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento..... 419
9. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido..... 420
9.1. Lei penal no tempo e a posse de arma de fogo. 421
9.2. Bem jurídico tutelado..... 421
9.2.1. Crime de perigo abstrato. 421
9.3. Sujeitos do crime..... 421
9.4. Tipo objetivo..... 421
9.4.1. Norma penal em branco: em desacordo com determinação legal ou regulamentar (ausência de registro)..... 421

9.4.2. Elementos espaciais do tipo. ... 422
9.5. Objeto material. ... 423
9.6. Questões controversas. ... 425
9.6.1. Arma de fogo desmuniciada. ... 425
9.6.2. Arma de fogo defeituosa. ... 425
9.6.3. Arma de fogo obsoleta ... 426
9.6.4. Arma de fogo desmontada. ... 426
9.6.5. Arma de brinquedo (de fantasia ou arma finta). ... 427
9.6.6. Arma de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola. ... 427
9.6.7. Posse de um cartucho de munição e (im) possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. ... 428
9.6.8. (Des) necessidade de apreensão e ulterior realização de exame pericial de eficiência de arma de fogo (ou munição) ... 429
9.7. Tipo subjetivo. ... 431
9.8. Consumação e tentativa. ... 431
9.9. Classificação doutrinária ... 431
9.10. Concurso de crimes. ... 431
10. Omissão de cautela. ... 433
10.1. Bem jurídico tutelado ... 434
10.2. Sujeitos do crime. ... 434
10.3. Tipo objetivo ... 434
10.4. Objeto material. ... 435
10.5. Tipo subjetivo. ... 435
10.6. Consumação e tentativa. ... 436
10.7. Classificação doutrinária ... 436
10.8. Concurso de crimes. ... 436
10.9. Conflito aparente de normas. ... 437
11. Ausência de registro de ocorrência policial e de comunicação à Polícia Federal de extravio de arma de fogo, acessório ou munição que esteja sob a guarda de empresa de segurança e transporte de valores. ... 437
11.1. Bem jurídico tutelado ... 437
11.2. Sujeitos do crime. ... 437
11.3. Tipo objetivo ... 438
11.4. Objeto material. ... 439
11.5. Tipo subjetivo. ... 439
11.6. Tipo subjetivo. ... 439
11.7. Consumação e tentativa. ... 439
11.8. Classificação doutrinária ... 439
11.9. Conflito aparente de normas. ... 439
12. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido ... 440
12.1. (Im) possibilidade de aplicação do art. 30 da Lei n. 10.826/03 ao crime de porte ilegal de arma de fogo. ... 440
12.2. Bem jurídico tutelado ... 440
12.2.1. Crime de perigo abstrato. ... 440
12.3. Sujeitos do crime. ... 440
12.4. Tipo objetivo ... 440
12.4.1. Norma penal em branco: sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. ... 442
12.5. Objeto material. ... 444
12.6. Questões controversas. ... 444
12.7. Tipo subjetivo. ... 444
12.8. Consumação e tentativa. ... 444
12.9. Classificação doutrinária ... 445

12.10. Confronto com a Lei das Contravenções Penais. 445
12.11. Concurso de crimes. 445
12.12. Insuscetibidade de fiança. 445
13. Disparo de arma de fogo. 446
13.1. Abolitio criminis temporária. 446
13.2. Bem jurídico tutelado. 446
13.2.1. Crime de perigo abstrato. 446
13.3. Sujeitos do crime. 447
13.4. Tipo objetivo. 447
13.4.1. Elemento espacial do tipo. 447
13.4.2. Princípio da subsidiariedade expressa. 448
13.5. Objeto material. 448
13.6. Tipo subjetivo. 448
13.7. Consumação e tentativa. 448
13.8. Classificação doutrinária. 448
13.9. Concurso de crimes. 448
13.10. Insuscetibidade de fiança. 449
14. Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. 449
14.1. Direito intertemporal. 449
14.2. Lei penal no tempo (art. 30 da Lei n. 10.826/03) e o crime do art. 16. 450
14.3. Bem jurídico tutelado. 450
14.3.1. Crime de perigo abstrato. 450
14.4. Sujeitos do crime. 450
14.5. Tipo objetivo. 450
14.5.1. Norma penal em branco: sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 450
14.6. Objeto material. 451
14.6.1. Questões controversas. 451
14.7. Tipo subjetivo. 451
14.8. Consumação e tentativa. 451
14.9. Classificação doutrinária. 451
14.10. Concurso de crimes. 452
14.11. Natureza hedionda. 452
15. Supressão ou alteração de marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato. 452
15.1. Direito intertemporal. 452
15.2. Bem jurídico tutelado. 452
15.3. Sujeitos do crime. 452
15.4. Tipo objetivo. 453
15.5. Objeto material. 453
15.6. Tipo subjetivo. 453
15.7. Consumação e tentativa. 454
15.8. Classificação doutrinária. 454
15.9. Concurso de crimes. 454
15.10. Natureza hedionda. 454
16. Modificação das características de arma de fogo. 454
16.1. Direito intertemporal. 454
16.2. Bem jurídico tutelado. 455
16.3. Sujeitos do crime. 455
16.4. Tipo objetivo. 455
16.5. Objeto material. 455

16.6. Tipo subjetivo. 455
16.7. Consumação e tentativa. 456
16.8. Classificação doutrinária. 456
16.9. Conflito aparente de normas. 456
16.10. Concurso de crimes. 456
16.11. Natureza hedionda. 456
17. Posse ilegal de artefato explosivo ou incendiário. 456
17.1. Direito intertemporal. 457
17.2. Bem jurídico tutelado. 457
17.3. Sujeitos do crime. 457
17.4. Tipo objetivo. 457
17.4.1. Norma penal em branco: sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 457
17.5. Objeto material. 457
17.6. Tipo subjetivo. 458
17.7. Consumação e tentativa. 458
17.8. Classificação doutrinária. 458
17.9. Conflito aparente de normas. 458
17.10. Concurso de crimes. 459
17.11. Natureza hedionda. 459
18. Posse ou porte de arma de fogo com numeração, marca ou sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. 459
18.1. (Im) possibilidade de aplicação do art. 30 ao crime do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03. 459
18.2. Bem jurídico tutelado. 459
18.3. Sujeitos do crime. 460
18.4. Tipo objetivo. 460
18.5. Objeto material. 460
18.6. Tipo subjetivo. 460
18.7. Consumação e tentativa. 460
18.8. Classificação doutrinária. 461
18.9. Concurso de crimes. 461
18.10. Natureza hedionda. 461
19. Venda, entrega ou fornecimento de arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente. 461
19.1. Bem jurídico tutelado. 461
19.2. Sujeitos do crime. 461
19.3. Tipo objetivo. 461
19.4. Objeto material. 462
19.5. Tipo subjetivo. 462
19.6. Consumação e tentativa. 462
19.7. Classificação doutrinária. 462
19.8. Natureza hedionda. 462
19.9. Derrogação do art. 242 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 462
20. Produção, recarregamento, reciclagem ilegal ou adulteração de munição ou explosivo. 462
20.1. Bem jurídico tutelado. 462
20.2. Sujeitos do crime. 462
20.3. Tipo objetivo. 462
20.4. Objeto material. 463
20.5. Tipo subjetivo. 463
20.6. Consumação e tentativa. 463
20.7. Concurso de crimes. 463
20.8. Classificação doutrinária. 463

20.9. Natureza hedionda. 463
21. Porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso proibido 463
22. Natureza hedionda. 464
23. Comércio ilegal de arma de fogo 464
23.1. Abolitio criminis temporária. 464
23.2. Bem jurídico tutelado 464
23.3. Sujeitos do crime 465
23.4. Tipo objetivo. 465
23.4.1. Habitualidade do crime 465
23.4.2. Norma penal em branco: sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 466
23.5. Objeto material. 466
23.6. Tipo subjetivo. 466
23.7. Consumação e tentativa. 466
23.8. Classificação doutrinária 466
23.9. Concurso de crimes 467
24. Tráfico internacional de arma de fogo. 467
24.1. Bem jurídico tutelado 467
24.2. Sujeitos do crime 468
24.3. Tipo objetivo 468
24.3.1. Norma penal em branco: sem autorização da autoridade competente. 468
24.4. Objeto material. 468
24.5. Tipo subjetivo. 468
24.6. Consumação e tentativa. 469
24.7. Classificação doutrinária 469
24.8. Conflito aparente de normas. 469
24.9. Competência criminal. 470
25. Causa de aumento de pena para os crimes de comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo. .. 471
26. Causa de aumento de pena para os crimes dos arts. 14, 15, 16, 17 e 18. 471
27. Duplicidade de causas de aumento de pena. 472
28. Supressão da forma qualificada de posse ou porte ilegal de arma de fogo por agente que possuía condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 10, §3º, IV, da revogada Lei n. 9.437/97) 472
29. Liberdade provisória proibida para os crimes dos arts. 16, 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento 473
30. Destruição das armas de fogo apreendidas. 474
30.1. Restituição de coisa apreendida. 475
31. Lei penal no tempo e a posse de arma de fogo 475
31.1. Natureza jurídica do art. 30 da Lei n. 10.826/03. 478
31.2. (Ir) retroatividade da regra do art. 30 da Lei n. 10.826/03 479
31.3. (Im) possibilidade de aplicação do art. 30 ao crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. 479
31.5. (Im) possibilidade de aplicação do art. 30 à posse ilegal de arma de fogo de uso permitido ou restrito com numeração raspada. 480
32. Entrega voluntária de armas de fogo regularmente adquiridas 481
33. Entrega espontânea de arma de fogo por possuidores e proprietários de armas de fogo e extinção da punibilidade de eventual posse irregular da referida arma. 481
34. Banco Nacional de Perfis Balísticos 482
35. Revogação da Lei n. 9.437/97 482
36. Vigência da Lei n. 10.826/03. 482

LEI N. 2.889/56 – GENOCÍDIO 483
1. Noções introdutórias. 483
2. Extraterritorialidade incondicionada da lei penal brasileira. 483

3. Bem jurídico tutelado. 484
4. Natureza hedionda do genocídio. 484
5. Sujeitos do crime. 484
6. Tipo objetivo. 484
7. Tipo subjetivo. 485
7.1. Dolo 485
7.2. Especial fim de agir 485
8. Consumação e tentativa. 486
9. Classificação doutrinária. 486
10. Penas. 487
11. Conflito aparente de normas 487
12. Competência para o processo e julgamento do crime de genocídio. 487
12.1. Competência de Justiça. 487
12.2. Competência do juiz singular e do Tribunal do Júri. 488
13. Associação para fins de genocídio 488
13.1. Consumação e tentativa. 489
13.2. Pena. 489
13.3. Concurso de crimes. 489
14. Incitação à prática do genocídio. 489
14.1. Bem jurídico tutelado 489
14.2. Sujeitos do crime. 490
14.3. Tipo objetivo 490
14.4. Tipo subjetivo. 490
14.5. Consumação e tentativa. 490
14.6. Conflito aparente de normas. 490
15. Causa de aumento de pena dos crimes de genocídio. 491
16. Punição do crime tentado. 491
17. (Im) possibilidade de extradição e de entrega. 491

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL – LEI 12.037/2009 493
1. Conceito. 493
2. Distinção entre identificação criminal, qualificação do investigado, reconhecimento de pessoas e indiciamento. 493
3. Leis relativas à identificação criminal. 494
4. Documentos atestadores da identificação civil 497
5. Hipóteses autorizadoras da identificação criminal. 498
5.1. Identificação criminal e o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio do nemo tenetur se detegere). 501
6. Providências a serem adotadas para fins de se evitar o constrangimento do identificado. 502
7. Espécies de identificação criminal. 503
7.1. Identificação do perfil genético (Lei nº 12.654/12). 503
8. Banco de dados de perfis genéticos. 506
9. Sigilo da identificação criminal. 506
10. Retirada da identificação dos autos do processo. 506
11. Regulamentação da identificação do perfil genético. 508
12. Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais 509
13. Vigência da Lei nº 12.037/09. 511
14. Revogação expressa da Lei nº 10.054/00 511

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – LEI 9.296/1996 513
1. Sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. 513
2. Conceito de interceptação telefônica. 514
3. Comunicações telefônicas de qualquer natureza. 517
   3.1. Gerações de provas (trilogia Olmstead-Katz-Kyllo) e (des) necessidade de autorização judicial para a extração de dados e de conversas registradas em aparelhos celulares 518
      3.1.1. Direito probatório de 1ª geração: o caso Olmstead. 518
      3.1.2. Direito probatório de 2ª geração: o caso Katz. 519
      3.1.3. Direito probatório de 3ª geração: o caso Kyllo. 519
      3.1.4. (Des) necessidade de autorização judicial prévia para a extração de dados e de conversas registradas em aparelhos celulares apreendidos. 519
4. Quebra do sigilo de dados telefônicos. 522
   4.1. Requisição de informações acerca das estações rádio base (ERB's) 523
5. Finalidade da interceptação telefônica: meio de obtenção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal. 525
6. Requisitos para a interceptação telefônica. 527
   6.1. Ordem fundamentada da autoridade judiciária competente (teoria do juízo aparente) 527
   6.2. Indícios razoáveis de autoria (ou de participação). 529
   6.3. Quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis. 530
   6.4. Infração penal punida com pena de reclusão. 531
   6.5. Delimitação da situação objeto da investigação e do sujeito passivo da interceptação. 532
7. Sigilo profissional do advogado. 533
8. Encontro fortuito de elementos probatórios em relação a outros fatos delituosos (serendipidade). 533
   8.1. Encontro fortuito de diálogos mantidos com autoridade dotada de foro por prerrogativa de função e momento adequado para a remessa dos autos ao Tribunal competente. 535
9. Decretação da interceptação telefônica de ofício pelo juiz. 537
10. Procedimento. 537
   10.1. Resolução nº 59 do Conselho Nacional de Justiça. 538
11. Fundamentação da decisão judicial. 538
12. Duração da interceptação. 539
13. Execução da interceptação telefônica. 541
   13.1. (Des) necessidade de degravação integral das gravações efetuadas. 541
   13.2. Quebra da cadeia de custódia das provas. 542
14. Segredo de justiça. 544
   14.1. Juntada dos autos referentes à interceptação das comunicações telefônicas. 544
   14.2. Impugnação da defesa. 545
   14.3. Caso Escher e outros (Corte Interamericana de Direitos Humanos). 545
15. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. 546
   15.1. Noções introdutórias. 546
   15.2. Captação ambiental. 547
   15.3. (I) licitude da captação ambiental e (des) necessidade de prévia autorização judicial. 548
   15.4. Procedimento e requisitos para a captação ambiental. 550
   15.5. Local e forma de instalação dos meios eletrônicos de produção de provas. 552
   15.6. Prazo de duração da captação ambiental. 552
   15.7. (Im) possibilidade de utilização de gravação ambiental clandestina exclusivamente em favor da defesa quando demonstrada a integridade da gravação. 553
   15.8. Aplicação subsidiária à captação ambiental das regras atinentes à interceptação das comunicações telefônicas. 553
   15.9. Licitude das gravações ambientais clandestinas. 553
16. Incidente de inutilização da gravação que não interessar ao processo. 555
17. Condutas Delituosas Previstas na Lei n. 9.296/96. 556

17.1. Realização de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, sem autorização judicial. 557
17.2. Realização de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, com objetivos não autorizados em lei. 557
17.3. Promoção de escuta ambiental sem autorização judicial. 557
17.4. Promoção de escuta ambiental com objetivos não autorizados em lei. 558
17.5. Quebra de segredo de justiça. 558
17.6. Determinação das condutas previstas no art. 10, caput, da Lei n. 9.296/96 pela autoridade judiciária com objetivo não autorizado em lei. 559
18. Direito intertemporal e Lei nº 9.296/96. 559

INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS – LEI 4.947/1966 561
1. Noções introdutórias. 561
2. Bem jurídico tutelado. 561
3. Sujeitos do crime. 561
4. Tipo objetivo. 561
5. Objeto material. 561
6. Tipo subjetivo. 561
7. Consumação e tentativa. 562
8. Classificação doutrinária. 563
9. Invasão de terras públicas, movimentos sociais e reforma agrária. 563
10. Conflito aparente de normas. 564
11. Competência criminal. 564

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONDUZIDA PELO DELEGADO DE POLÍCIA – LEI 12.830/2013 567
1. Origem e objeto da Lei nº 12.830/13. 567
2. Funções de Polícia Administrativa, Judiciária e Investigativa. 567
2.1. Natureza jurídica das funções de Polícia Judiciária e Investigativa. 569
2.2. Exclusividade do Estado para o exercício da atividade policial. 569
3. Condução do inquérito policial pelo Delegado de Polícia. 569
4. Discricionariedade do Delegado de Polícia na condução do inquérito. 570
4.1. Requisições ministeriais. 571
5. Livre condução do inquérito policial. 572
6. Restrições à avocação ou redistribuição de investigações policiais. 572
7. Necessidade de fundamentação da remoção do Delegado. 573
8. Indiciamento. 573
8.1. Conceito. 573
8.2. Momento. 574
8.3. Espécies. 574
8.4. Pressupostos. 574
8.5. Desindiciamento. 574
8.6. Atribuição. 575
8.7. Sujeito passivo. 575
9. Tratamento protocolar a ser dispensado aos Delegados de Polícia. 576
10. Vigência da Lei nº 12.830/13. 576

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS – LEI 9.099/1995 577
1. Previsão constitucional. 577
2. Critérios orientadores e finalidades dos Juizados. 578
3. Composição do Juizado Especial Criminal. 580
4. Competência do Juizado Especial Criminal. 581

4.1. Natureza da competência dos Juizados: absoluta ou relativa..... 581
4.2. Juiz das garantias e a não abrangência das infrações de menor potencial ofensivo..... 582
5. Conexão e continência entre crime comum e infração penal de menor potencial ofensivo. 582
6. Conceito de infração de menor potencial ofensivo.. 583
6.1. Princípio da insignificância e infração de médio potencial ofensivo. 585
6.2. Excesso de acusação. 585
6.3. Estatuto do Idoso. 586
6.4. Acusados com foro por prerrogativa de função. 587
6.5. Crimes eleitorais. 587
6.6. Violência doméstica e familiar contra a mulher e aplicação da Lei nº 9.099/95. 587
7. Critérios orientadores e finalidades da Lei nº 9.099/95. 588
8. Competência territorial. 588
9. Princípio da publicidade. 588
9.1. Realização dos atos processuais em horários noturnos e em qualquer dia da semana. 589
9.2. (Im) possibilidade de contagem dos prazos levando-se em consideração apenas os dias úteis. 589
10. Princípios referentes às nulidades. 590
10.1. Princípio da instrumentalidade das formas. 590
10.2. Princípio do prejuízo. 591
11. Comunicação dos atos processuais por qualquer meio hábil de comunicação. 592
12. Registro da audiência. 592
13. Citação do acusado. 593
13.1. Citação por edital, por carta precatória, por carta rogatória ou por hora certa nos Juizados. 593
14. Intimações e notificações nos Juizados. 594
15. Indispensabilidade da defesa técnica. 595
16. Termo Circunstanciado. 596
16.1. Situação de flagrância nas infrações de menor potencial ofensivo. 598
16.2. Afastamento do lar nos casos de violência doméstica. 599
17. Impossibilidade de realização imediata da audiência preliminar. 599
18. Falta de comparecimento dos envolvidos. 600
19. Fase preliminar dos Juizados. 600
20. Conciliador. 601
21. Composição dos danos civis. 601
22. Oferecimento de representação. 602
23. Transação penal. 603
23.1. Conceito. 603
23.2. Pressupostos de admissibilidade da transação penal. 604
23.3. Procedimento para o oferecimento da proposta de transação penal. 606
23.4. Recusa injustificada de oferecimento da proposta de transação penal. 608
23.5. Momento para o oferecimento da proposta de transação penal. 609
23.6. Descumprimento injustificado da transação penal. 610
23.7. Recurso. 612
24. Procedimento comum sumaríssimo. 612
24.1. Providências a serem adotadas pelo titular da ação penal se frustrada a transação penal. 613
24.2. Dispensa do exame de corpo de delito. 614
24.3. Complexidade da causa. 614
24.4. Notificação do acusado para apresentação da defesa preliminar. 614
24.5. Nova oportunidade para a conciliação. 615
24.6. Condução coercitiva. 615
24.7. Defesa Preliminar. 616
24.8. Juízo de admissibilidade: rejeição ou recebimento da peça acusatória. 616

24.9. (Des)necessidade de resposta à acusação no procedimento comum sumaríssimo. 617
24.10. Possibilidade de absolvição sumária. 618
24.11. Audiência de instrução e julgamento. 618
25. Sistema recursal no âmbito dos Juizados. 619
25.1. Julgamento pelas turmas recursais. 619
25.2. Apelação nos Juizados. 621
25.3. Recurso Extraordinário. 622
25.4. Recurso Especial. 622
25.5. Habeas corpus. 622
25.6. Mandado de segurança. 623
25.7. Revisão criminal. 623
25.8. Conflito de competência entre Juizado Especial Criminal e Juízo comum. 623
25.9. Embargos de declaração nos Juizados. 624
26. Execução no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. 625
26.1. Aplicação isolada de pena de multa. 625
26.2. Impossibilidade de conversão de multa não paga em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. 625
26.3. Execução das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, ou de multa, quando cumulada com as anteriores. 625
27. Despesas processuais. 626
28. Representação nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas. 626
28.1. Ação penal nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. 627
29. Suspensão condicional do processo. 628
29.1. Conceito e natureza jurídica. 628
29.2. Requisitos de admissibilidade da suspensão condicional do processo. 629
29.3. Suspensão condicional do processo em crimes de ação penal de iniciativa privada. 631
29.4. Iniciativa da proposta de suspensão condicional do processo. 632
29.5. Momento para a aceitação da proposta. 633
29.6. Desclassificação e procedência parcial da pretensão punitiva. 634
29.7. Aceitação da proposta. 635
29.8. Recurso cabível contra a decisão homologatória da suspensão. 636
29.9. Condições da suspensão condicional do processo. 637
29.10. Revogação da suspensão condicional do processo. 638
29.10.1. Revogação obrigatória. 639
29.10.2. Revogação facultativa. 639
29.11. Extinção da punibilidade. 639
29.12. Suspensão condicional do processo em crimes ambientais. 640
30. Caráter retroativo da Lei nº 9.099/95. 641
31. Aplicação da Lei nº 9.099/95 na Justiça Militar. 641
32. Representação como condição de prosseguibilidade. 642
33. Aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal no âmbito dos Juizados. 643
34. Disposições finais comuns. 643
34.1. Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 643
34.2. Deslocamento dos Juizados para bairros ou cidades pertencentes à mesma Comarca. 643
34.3. Criação dos Juizados Especiais. 644
34.4. Juizados Especiais Itinerantes. 644
34.5. Vigência da Lei nº 9.099/95. 644
34.6. Revogação expressa das Leis 4.611/65 e 7.244/84. 644

LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI 9.613/1998 645
1. Histórico da Lei nº 9.613/98. 645
1.1. Lei nº 12.683/12: a necessidade de se tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de capitais. 646
2. A expressão "lavagem de dinheiro". 646
3. Conceito de lavagem de capitais. 647
4. Gerações de leis da lavagem de capitais. 647
5. Fases da lavagem de capitais. 648
6. Tipos de lavagem. 650
7. Bem jurídico tutelado. 651
7.1. Princípio da insignificância e crimes contra a ordem econômico-financeira. 653
8. Da acessoriedade da lavagem de capitais. 653
9. Sujeitos do crime. 655
9.1. Autolavagem (selflaundering). 656
9.2. Desnecessidade de participação na infração antecedente. 658
9.3. Participação por omissão. 658
9.4. Advogados. 659
10. Tipo objetivo. 662
10.1. Distinção entre o exaurimento da infração antecedente e o crime de lavagem de capitais. 663
10.2. Natureza instantânea ou permanente. 665
11. Tipo subjetivo. 667
11.1. Punição exclusivamente a título de dolo. 667
11.2. Tipo congruente assimétrico (ou incongruente). 669
11.3. Dolo eventual. 670
11.4. Prova indiciária do dolo. 672
11.5. Teoria da cegueira deliberada (instruções da avestruz). 673
12. Objeto material. 675
13. Conflito aparente de normas. 677
14. Revogado rol dos crimes antecedentes. 678
15. Tipos de conversão ou transferência e de aquisição e posse. 679
15.1. Conversão dos produtos ilícitos em ativos lícitos. 680
15.2. Receptação do produto da infração penal antecedente. 681
15.3. Importação ou exportação de bens com valores falsos. Subfaturamento e sobrefaturamento. 681
16. Utilização do produto da lavagem na atividade econômica ou financeira. 681
17. Associação para fins de lavagem de capitais. 682
18. Consumação e tentativa. 683
18.1. Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de valores não declarados mantidos no exterior e extinção da punibilidade do crime de lavagem de capitais. 683
19. Causa de aumento de pena. 684
20. Colaboração premiada. 685
20.1. (Im) possibilidade de utilização da ação controlada e da infiltração de agentes para apuração dos crimes de lavagem de capitais. 687
21. Procedimento comum ordinário. 689
21.1. Procedimento no caso de crimes conexos. 690
22. Autonomia relativa do processo. 691
22.1. Da questão prejudicial e da influência da coisa julgada no processo referente à infração antecedente. 694
23. Competência criminal. 695
23.1. Varas especializadas para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e os delitos de lavagem de capitais. 699

23.2. Reconhecimento da conexão e/ou da continência pelo juízo competente para o processo e julgamento do crime de lavagem de capitais. 701
24. Justa causa duplicada. 704
25. Suspensão do processo e da prescrição (CPP, art. 366).. 708
25.1. Aplicação do art. 366 do CPP na Lei de Lavagem de Capitais. 709
26. Liberdade provisória.. 710
27. Recolhimento à prisão para apelar. 711
28. Medidas assecuratórias previstas na Lei de Lavagem de Capitais. 713
28.1. Noções introdutórias. 716
28.1.1. Jurisdicionalidade. 716
28.1.2. Legitimidade. 716
28.1.3. Pressupostos. 717
28.1.4. Contraditório prévio. 717
28.2. Sequestro. 718
28.2.1. Procedimento. 720
28.2.2. Defesa. 721
28.2.3. Levantamento do sequestro. 726
28.2.4. Destinação final do sequestro. 727
28.3. Especialização e registro da hipoteca legal.. 728
28.3.1. Momento. 730
28.3.2. Pressupostos. 731
28.3.3. Legitimidade. 731
28.3.4. Procedimento. 732
28.3.5. Defesa. 733
28.3.6. Finalização. 734
28.4. Arresto prévio (ou preventivo). 735
28.5. Arresto subsidiário de bens móveis. 736
28.6. Apreensão. 738
28.6.1. Defesas contra a apreensão. 740
28.6.2. Destinação das coisas apreendidas não restituídas. 741
28.6.3. Procedimento da restituição de coisas apreendidas. 741
28.6.4. Recursos cabíveis. 745
29. Alienação antecipada. 747
29.1. Momento. 748
29.2. Pressupostos. 749
29.3. Legitimidade. 749
29.4. Procedimento. 749
29.5. Utilização dos bens constritos pelos órgãos que atuam na persecução penal. 752
30. Ação civil de confisco. 752
31. Ação controlada. 755
32. Administração de bens. 755
33. Efeitos da condenação. 756
34. Colaboração internacional e reciprocidade. 757
35. Das pessoas sujeitas à Lei nº 9.613/98. 760
35.1. Da identificação dos clientes e manutenção de registros. 762
35.2. Comunicação de operações suspeitas. 763
36. Aplicação subsidiária do Código de Processo Penal. 763
37. Acesso a dados cadastrais dos investigados. 763

38. Forma de comunicação dos dados financeiros e tributários. 763
39. Afastamento do servidor público de suas funções como efeito automático do indiciamento em crimes de lavagem de capitais. 764
40. Preservação de dados fiscais pela Receita Federal. 764
41. Vigência da Lei nº 9.613/98. 765

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E JUÍZOS COLEGIADOS – LEIS 12.850/2013 E 12.694/2012 767
1. Organização criminosa. 767
1.1. Noções históricas. 767
1.2. Ausência de definição legal de organizações criminosas no ordenamento pátrio. 768
1.3. (Im)possibilidade de aplicação do conceito constante da Convenção de Palermo. 768
1.4. Vigência da Lei nº 12.694/12. 770
1.5. Nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13). 770
1.6. Revogação tácita e parcial da Lei nº 12.694/12. 771
2. Demais possibilidades de aplicação da Lei nº 12.850/13. 772
3. Crime de organização criminosa: crime organizado por natureza e por extensão. 773
3.1. Bem jurídico tutelado. 773
3.2. Análise do tipo penal. 774
3.3. Sujeitos do crime. 775
3.4. Consumação e tentativa. 776
3.5. Concurso de crimes. 776
4. Obstrução ou embaraço de investigação de infração penal referente à organização criminosa. 776
5. Majorante do emprego de arma de fogo. 777
6. Agravante referente ao comando da organização criminosa. 778
7. Demais causas de aumento de pena. 778
8. Afastamento cautelar do servidor público de suas funções. 779
9. Perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e interdição para o exercício de função ou cargo público. 780
10. Investigação de policiais envolvidos com organizações criminosas. 783
11. Início do cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima para as lideranças de organizações criminosas ou que tenham armas à disposição. 783
12. Da vedação à progressão de regime, ao livramento condicional e a outros benefícios prisionais em relação a condenados por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa se acaso mantido o vínculo associativo. 784
13. Investigação e meios de obtenção de prova. 786
13.1. Investigação preliminar. 787
13.2. Fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova. 787
13.2.1. Meios extraordinários de obtenção de prova (técnicas especiais de investigação). 789
13.2.2. Gestão da prova e papel do juiz na decretação dos meios de obtenção de prova. 789
13.3. Meios de obtenção de prova passíveis de utilização na persecução penal de organizações criminosas. 790
13.3.1. Interceptação ambiental. 791
13.3.2. Cooperação entre instituições e órgãos na busca de informações que interessem à persecução penal. 791
14. Colaboração premiada. 792
14.1. Origem e conceito. 792
14.2. Natureza jurídica da colaboração premiada. 792
14.3. Distinção entre colaboração premiada e delação premiada (chamamento de corréu). 793
14.4. Ética e moral. 794
14.5. Direito ao silêncio. 794
14.6. Proposta para formalização de acordo de colaboração premiada (proffer session ou queen for a day). 796
14.7. Previsão normativa. 800
14.7.1. Lei de proteção às testemunhas (Lei nº 9.807/99). 803
14.7.2. Nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13). 804

14.8. Voluntariedade e motivação da colaboração. 805
14.8.1. (Im) possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada com investigados (ou acusados) presos. 806
14.9. Eficácia objetiva da colaboração premiada. 807
14.10. Prêmios legais. 808
14.10.1. (Im) possibilidade de sanções premiais extralegais. 813
14.11. Sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia ou suspensão do processo, com a consequente suspensão da prescrição. 814
14.12. Valor probatório da colaboração premiada: regra da corroboração. 815
14.13. Observância do contraditório e da ampla defesa por ocasião da oitiva do colaborador. 816
14.13.1. A implicação do acordo na ordem de manifestação dos acusados. 817
14.14. Direitos do colaborador. 818
14.14.1. Medidas de proteção previstas na legislação específica. 818
14.14.2. Preservação do nome, da qualificação, da imagem e de outras informações pessoais do colaborador. 819
14.14.3. Condução, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes. 819
14.14.4. Participação das audiências sem contato visual com os outros acusados. 819
14.14.5. Impossibilidade de se revelar a identidade pelos meios de comunicação. 820
14.14.6. Cumprimento de pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. 820
14.15. Acordo de colaboração premiada. 821
14.15.2. Legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada. 824
14.15.3. Retratação do acordo. 826
14.15.4. Distinção entre retratação, rescisão e anulação do acordo de colaboração premiada. 826
14.15.5. Intervenção do juiz. 828
14.15.6. Momento para a celebração do acordo de colaboração premiada. 831
14.15.7. Tramitação sigilosa do pedido de homologação do acordo. 832
14.15.8. Publicidade do acordo de colaboração premiada. 833
15. Ação controlada. 834
15.1. (Des)necessidade de prévia autorização judicial. 835
15.2. Flagrante prorrogado, retardado ou diferido. 837
15.3. Entrega vigiada. 838
16. Infiltração de agentes. 839
16.1. Conceito e previsão normativa. 839
16.2. Atribuição para a infiltração: agentes de polícia. 840
16.2.1. (Im)possibilidade de infiltração de particulares. 842
16.3. Requisitos para a infiltração. 842
16.4. Duração da infiltração. 844
16.5. Espécies de infiltração. 845
16.6. Fases da infiltração policial. 845
16.7. Distinção entre o agente infiltrado e o agente provocador (entrapment doctrine ou teoria da armadilha). 846
16.7.1. Distinção entre agente infiltrado, informante, denunciante anônimo, agente de inteligência, colaborador, agente encoberto e agente policial disfarçado. 847
16.8. Infiltração policial virtual (cibernética ou eletrônica). 850
16.9. Procedimento para a infiltração. 851
16.9.1. Segredo de justiça. 852
16.10. Sustação da operação. 853
16.11. Responsabilidade criminal do agente infiltrado. 854
16.12. Mecanismos de proteção ao agente infiltrado. 855
16.12.1. Oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima. 856
16.12.1.1. Oitiva de testemunhas anônimas e direito ao confronto. 857

17. Acesso a dados cadastrais dos investigados. 860
17.1. Lei n. 13.344/16 e o acesso aos dados cadastrais de suspeitos e vítimas. 861
18. Acesso aos bancos de dados de empresas de transporte. 862
19. Manutenção do sigilo dos dados telefônicos. 862
20. Dos crimes contra a Administração da Justiça no combate às organizações criminosas. 863
20.1. Revelação de identidade de colaborador. 863
20.2. Colaboração caluniosa e fraudulenta. 864
20.3. Quebra de sigilo das investigações. 865
20.4. Sonegação de informações requisitadas. 866
21. Procedimento adequado. 867
22. Prazo para o encerramento da instrução criminal. 868
22.1. Natureza do prazo para o encerramento do processo e princípio da proporcionalidade. 869
22.2. Hipóteses que autorizam o reconhecimento do excesso de prazo. 869
22.3. Fato procrastinatório atribuível ao acusado. 870
22.4. Excesso de prazo após a pronúncia ou o encerramento da instrução criminal: relativização das súmulas 21 e 52 do STJ. 871
22.5. Excesso de prazo e aceleração do julgamento. 872
22.6. Relaxamento da prisão por excesso de prazo e decretação de nova prisão. 872
22.7. Excesso de prazo e efeito extensivo. 873
22.8. Relaxamento da prisão e natureza da infração penal. 873
22.9. Excesso de prazo e investigado ou acusado solto. 873
23. Sigilo das investigações. 874
24. Associação criminosa. 876
24.1. Análise do tipo penal. 877
24.2. Consumação e tentativa. 878
24.3. Causas de aumento de pena. 878
24.4. Concurso de crimes. 879
24.5. Demais associações criminosas. 880
24.6. Distinção entre associação criminosa e constituição de milícia privada. 880
24.7. Distinção entre associação criminosa e organização criminosa. 882
25. Aumento da pena do crime de falso testemunho ou falsa perícia. 883
26. Revogação da Lei nº 9.034/95. 883
26.1. Identificação criminal. 883
26.2. Liberdade provisória. 884
26.3. Recolhimento à prisão para apelar. 885
26.4. Regime inicial de cumprimento da pena. 886
27. Vigência da Lei nº 12.850/13. 887
28. Juízos colegiados para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas. 888
28.1. Distinção entre o juízo colegiado e o juiz sem rosto. 889
28.2. Atos processuais a serem praticados pelo juízo colegiado. 889
28.3. Momento para a formação do órgão colegiado. 890
28.4. Procedimento para a formação do juízo colegiado. 890
28.5. Varas criminais colegiadas para o julgamento de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição (e infrações conexas) e do crime de constituição de milícia privada (e infrações conexas). 893
28.6. (In) existência de juízo colegiado das garantias. 894

PRISÃO TEMPORÁRIA – LEI 7.960/1989 897
1. Origem da Lei da Prisão Temporária (Lei nº 7.960/89). 897
2. Conceito de prisão temporária. 898

3. Requisitos para a decretação da prisão temporária. ... 898
3.1. Da imprescindibilidade da prisão temporária para as investigações. ... 899
3.2. Ausência de residência fixa e não fornecimento de elementos necessários ao esclarecimento da identidade do indiciado. ... 900
3.3. Fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes listados no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89 e no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90. ... 901
4. Prisão temporária como medida de ultima ratio e (des) necessidade de o não cabimento da substituição por outra medida cautelar ser justificado de maneira fundamentada e individualizada. ... 904
5. Momento para a decretação da prisão temporária. ... 906
5.1. Decretação da prisão temporária seguida da prisão preventiva durante o curso das investigações. ... 906
6. procedimento. ... 907
7. Prazo de duração. ... 909
8. Separação do preso temporário. ... 910
9. Abuso de autoridade. ... 910
10. Plantão permanente do Poder Judiciário e do Ministério Público. ... 910
11. Vigência da Lei nº 7.960/89. ... 910

TELECOMUNICAÇÕES – LEI 9.472/1997 ... 911
1. Noções introdutórias. ... 911
2. Direito intertemporal e o art. 70 da Lei n. 4.117/65 (Código Brasileiro de Telecomunicações). ... 911
3. Bem jurídico tutelado. ... 913
3.1. (Im) possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. ... 913
3.2. Desenvolvimento clandestino de telecomunicações e liberdade de expressão. ... 914
4. Sujeitos do crime. ... 914
5. Tipo objetivo. ... 914
5.1. Elemento normativo: clandestinamente. ... 914
6. Objeto material. ... 915
7. Tipo subjetivo. ... 916
8. Consumação e tentativa. ... 916
9. Classificação doutrinária. ... 916
10. Causa de aumento de pena. ... 916
11. (In) constitucionalidade da pena de multa invariável. ... 916
12. Competência criminal. ... 917
13. Efeitos da condenação transitada em julgado. ... 918
14. Ação penal pública incondicionada. ... 918
15. (Ir) relevância da existência de processo administrativo em andamento. ... 918

TERRORISMO – LEI 13.260/2016. ... 919
1. Mandados de criminalização. ... 919
2. Terrorismo como crime equiparado a hediondo. ... 920
3. Terrorismo: noções preliminares. ... 921
4. Conceito de terrorismo no Direito comparado. ... 922
4.1. Classificação do terrorismo no Direito comparado. ... 924
4.2. Terrorismo no Direito norte-americano. ... 924
4.3. Terrorismo no Direito espanhol. ... 925
4.4. Terrorismo no Direito britânico. ... 925
5. Conceito de terrorismo no Direito Pátrio. ... 925
5.1. (In)existência do crime de terrorismo no Brasil antes da Lei n. 13.260/16. ... 925
5.2. Lei Antiterrorismo (Lei n. 13.260/16). ... 926
6. Bem jurídico tutelado. ... 927
7. Sujeitos do crime. ... 927

7.1. Sujeito ativo. 927
7.1.1. Qualidade organizacional como elementar do crime de terrorismo. 928
7.1.2. Terrorismo individual: crime unissubjetivo. 928
7.1.2.1. Lobo solitário. 929
7.2. Sujeito passivo. 929
8. Tipo objetivo. 930
8.1. Meios utilizados. 930
8.2. Exposição a perigo de pessoa, patrimônio, paz pública ou incolumidade pública. 930
9. Tipo subjetivo. 932
10. Especial motivo de agir (motivação). 932
10.1. Xenofobia. 933
10.2. Discriminação. 934
10.3. Preconceito. 935
10.4. Raça. 936
10.5. Cor. 936
10.6. Etnia. 936
10.7. Religião. 936
11. Especial fim de agir de provocar terror social ou generalizado. 938
11.1. Método terrorista. 938
11.1.1. Caráter aleatório (ou indiscriminado) de escolha das vítimas (vítimas sem rosto) 938
11.1.2. Instrumentalização das vítimas (intimidação massiva). 939
11.1.3. Perspectiva de reiteração dos atos 940
11.1.4. Terrorismo e mídia. 940
11.2. (Des)necessidade de finalidades políticas. 941
11.2.1. Terrorismo com finalidades exclusivamente políticas. 941
11.2.2. Terrorismo com finalidades não exclusivamente políticas 942
12. Consumação e tentativa. 942
13. Classificação doutrinária do crime de terrorismo. 943
14. Definição de atos de terrorismo como norma penal em branco. 944
15. Distinção entre o crime de terrorismo e atos de terrorismo. 944
16. Conflito aparente de normas 944
17. Dos atos de terrorismo do inciso I do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16. 945
18. Dos atos de terrorismo dos inciso II e III (vetados) do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16. 947
19. Dos atos de terrorismo do inciso IV do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16. 947
20. Dos atos de terrorismo do inciso V do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16. 948
21. Manifestações sociais e terrorismo 949
21.1. Possibilidade de tipificação dos demais crimes previstos na Lei n. 13.260/16. 949
21.2. Tipificação de crimes comuns 950
22. Distinções necessárias. 950
22.1. Terrorismo e guerra. 950
22.2. Terrorismo de Estado. 950
22.3. Terrorismo e genocídio. 952
22.4. Organizações terroristas, grupos insurgentes e forças beligerantes. 952
23. Direito penal do inimigo e Direito Penal de Terceira Velocidade. 952
24. Organização terrorista 955
24.1. Bem jurídico tutelado 956
24.2. Análise do tipo penal. 956
24.3. Sujeitos do crime. 957
24.4. Consumação e tentativa. 958
24.5. Concurso de crimes. 958

24.6. Dispositivos vetados do art. 3º da Lei n. 13.260/16. 958
24.7. Classificação doutrinária. 958
25. Apologia ao terrorismo. 959
26. Preparação de terrorismo: noções introdutórias. 959
26.1. Bem jurídico tutelado. 960
26.2. Iter criminis. 960
26.3. Tipo objetivo. 961
26.4. Tipo subjetivo. 963
26.5. Consumação e tentativa. 963
26.6. Classificação doutrinária. 964
26.7. Constitucionalidade da punição de atos preparatórios de terrorismo. 964
27. Combatentes terroristas estrangeiros: noções introdutórias. 966
27.1. Bem jurídico tutelado. 967
27.2. Sujeitos do crime. 967
27.3. Tipo objetivo. 967
27.4. Tipo subjetivo. 968
27.5. Consumação e tentativa. 969
27.6. Classificação doutrinária. 969
27.7. Liberdade de locomoção. 969
27.8. Causa de diminuição de pena do §2º do art. 5º. 969
28. Financiamento ao terrorismo (art. 6º, caput) e às organizações terroristas (art. 6º, parágrafo único): noções introdutórias. 970
28.1. Bem jurídico tutelado. 970
28.2. Sujeitos do crime. 970
28.2.1. Autofinanciamento. 970
28.3. Tipo objetivo. 971
28.4. Tipo subjetivo. 972
28.5. Consumação e tentativa. 972
28.6. Classificação doutrinária. 972
29. Causa de aumento de pena em relação aos crimes previstos na Lei n. 13.260/16. 973
30. Desistência voluntária e arrependimento eficaz. 973
30.1. Antecipação da desistência voluntária e do arrependimento eficaz para atos preparatórios. 974
31. Juiz natural para o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei n. 13.260/16. 975
32. Atribuições investigatórias da Polícia Federal em relação aos crimes previstos na Lei n. 13.260/16. 976
33. Medidas assecuratórias. 977
34. Administração de bens. 977
35. Cooperação jurisdicional internacional. 977
35.1. Regras fundamentais da cooperação internacional. 977
35.2. Autoridade central. 978
35.3. Tratados internacionais ou acordos bilaterais como normas especiais. 978
35.4. Instrumentos de cooperação internacional. 979
35.5. Colaboração internacional e reciprocidade. 979
36. Aplicação das disposições da Lei das Organizações Criminosas para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos na Lei Antiterrorismo. 980
37. Aplicação das disposições da Lei dos Crimes Hediondos aos crimes previstos na Lei n. 13.260/16. 981
38. Cabimento de prisão temporária em relação aos crimes previstos na Lei de Terrorismo. 981
39. (Im) possibilidade de aplicação da Lei das Organizações Criminosas às organizações terroristas. 982
40. Vigência da Lei n. 13.260. 982

TORTURA – LEI 9.455/1997 983
1. Noções históricas. 983
2. Convenções Internacionais. 983
3. Previsão normativa. 984
4. Competência de Justiça. 986
5. Atribuições investigatórias. 986
6. Bem jurídico tutelado. 986
   6.1. Tortura e o cenário da bomba-relógio (Tortura para salvamento ou Ticking Time Bomb Scenario Theory). 986
7. Imprescritibilidade dos crimes de tortura. 988
8. Crime equiparado a hediondo. 989
9. Formas de tortura. 989
10. Crime de tortura 990
   10.1. Tipo objetivo 990
      10.1.1. Sofrimento físico ou mental. 990
   10.2. Tipo subjetivo. 991
   10.3. Sujeitos do crime. 991
   10.4. Consumação e tentativa. 992
      10.4.1. Natureza instantânea ou permanente 993
   10.5. Conflito aparente de normas. 993
   10.6. Materialidade. 993
   10.7. Classificação do crime. 994
11. Tortura-confissão. 995
   11.1. Prova obtida por meio ilícito. 995
12. Tortura-crime. 995
13. Tortura-preconceito. 996
   13.1. Consumação e tentativa. 998
   13.2. Conflito aparente de normas. 998
14. Tortura-castigo, vindicativa, punitiva ou intimidatória. 998
   14.1. Bem jurídico tutelado 998
   14.2. Sujeitos do crime. 998
   14.3. Tipo objetivo 1000
   14.4. Tipo subjetivo. 1000
   14.5. Consumação e tentativa. 1000
   14.6. Distinção em relação ao crime de maus-tratos. 1001
15. Figura equiparada ou tortura imprópria (TORTURA PELA TORTURA) 1001
   15.1. Modalidade de tortura 1002
   15.2. Sujeitos do crime. 1002
   15.3. Ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. 1003
   15.4. Tipo subjetivo. 1003
   15.5. Consumação e tentativa. 1004
   15.6. Conflito aparente de normas. 1004
   15.7. Classificação doutrinária 1004
16. Tortura-omissão 1004
   16.1. Não-evitação da prática de qualquer das modalidades de tortura (art. 1º, §2º, 1ª parte). 1005
      16.1.1. Sujeitos do delito 1006
   16.2. Não-apuração da prática de qualquer das modalidades de tortura (art. 1º, §2º, in fine). 1006
      16.2.1. Sujeitos do delito 1006
      16.2.2. Classificação doutrinária 1006
17. Qualificadoras dos crimes de tortura. 1007
   17.1. Abrangência das qualificadoras do §3º do art. 1º da Lei n. 9.455/97. 1007

18. Causas de aumento de pena. ... 1008
18.1. Crime cometido por agente público. ... 1009
18.2. Crime cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos. ... 1009
18.3. Crime cometido mediante sequestro. ... 1009
19. Efeitos automáticos da condenação. ... 1010
19.1. Perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. ... 1011
20. Vedação à liberdade provisória com fiança e (im) possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança cumulada com as medidas cautelares diversas da prisão. ... 1012
21. (Des) necessidade de defesa preliminar nos procedimentos penais referentes ao crime de tortura. ... 1013
22. Insuscetibilidade de graça, anistia e indulto. ... 1014
23. Regime inicial de cumprimento de pena. ... 1014
24. Extraterritorialidade incondicionada da lei penal brasileira. ... 1016
25. Vigência da Lei n. 9.455/97. ... 1017
26. Revogação do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente. ... 1017

TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 ... 1019
1. Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD). ... 1019
2. Definição de drogas. ... 1020
2.1. Norma penal em branco (primariamente remetida). ... 1020
3. Ressalvas à proibição das drogas. ... 1021
4. Porte de drogas para consumo pessoal. ... 1022
5. Natureza jurídica do art. 28 da Lei de Drogas. ... 1023
6. Bem jurídico tutelado. ... 1024
6.1. Princípio da insignificância. ... 1025
6.2. Constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal. ... 1027
7. Sujeitos do crime. ... 1028
8. Condutas típicas. ... 1028
8.1. Atipicidade do uso de drogas. ... 1029
9. Tipo subjetivo. ... 1029
10. Distinção entre o porte de drogas para consumo pessoal e o tráfico de drogas. ... 1030
10.1. Ônus da prova. ... 1032
11. Elemento normativo do tipo: "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". ... 1033
12. Cultivo de drogas para consumo pessoal. ... 1033
13. Penas a serem aplicadas ao porte de drogas para consumo pessoal. ... 1034
13.1. Advertência sobre os efeitos das drogas. ... 1036
13.2. Prestação de serviços à comunidade. ... 1037
13.3. Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. ... 1037
14. Medidas coercitivas de garantia para o cumprimento das penas do art. 28. ... 1037
14.1. Admoestação verbal. ... 1039
14.2. Multa coercitiva. ... 1039
14.3. Não tipificação do crime de desobediência. ... 1040
15. Tratamento especializado não compulsório. ... 1041
16. Questões diversas. ... 1041
16.1. Possibilidade de utilização do habeas corpus. ... 1041
16.2. Crime militar de porte de drogas para consumo pessoal (CPM, art. 290) e impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância. ... 1042
17. Valor da multa coercitiva. ... 1043
18. Prescrição. ... 1044
19. Licença prévia para a produção de drogas. ... 1045
20. Destruição imediata de plantações ilícitas e (des) necessidade de prévia autorização judicial. ... 1046

21. Expropriação de glebas cultivadas com plantações ilícitas. 1047
22. Tráfico de drogas. 1049
23. Princípio da insignificância e tráfico de drogas. 1050
24. Sujeitos do crime. 1050
25. Condutas típicas. 1050
26. Crimes permanentes de tráfico de drogas. 1052
27. Flagrante preparado, flagrante esperado e venda simulada de drogas. 1055
28. Tipo subjetivo. 1056
29. Sanção penal. 1057
30. Crimes equiparados ao tráfico de drogas. 1057
30.1. Tráfico de matéria prima, insumos ou produtos químicos destinados à preparação de drogas. 1057
30.2. Cultivo de plantas para o tráfico de drogas. 1059
30.3. Utilização de local para fins de tráfico. 1060
30.4. Venda ou entrega de drogas, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas a agente policial disfarçado. 1061
31. Participação no uso indevido de drogas. 1064
31.1. Difusão do vício e do tráfico de drogas e "marchas da maconha". 1065
32. Cessão gratuita e eventual de drogas para consumo compartilhado. 1066
33. Causa de diminuição de pena. 1069
33.1. Pressupostos para a incidência da minorante. 1070
33.2. Ônus da prova. 1074
33.3. Quantum de diminuição de pena e vedação à conversão em pena restritiva de direitos. 1074
33.4. Possibilidade de aplicação da minorante aos crimes de tráfico de drogas cometidos à época da Lei nº 6.368/76... 1076
34. Tráfico de maquinário para fabricação de drogas. 1077
35. Associação para fins de tráfico. 1080
35.1. Concurso de crimes. 1081
35.2. Pena cominada. 1081
35.3. Associação para fins de financiamento do tráfico. 1082
35.4. Associação mista. 1082
36. Financiamento ou custeio ao tráfico de drogas. 1083
36.1. Nova exceção pluralista à teoria monística do concurso de agentes. 1083
36.2. Elementos do tipo. 1084
36.3. Consumação e tentativa. 1085
36.4. Autofinanciamento. 1085
37. Colaboração como informante. 1086
38. Prescrição ou ministração culposa de drogas. 1089
38.1. Crime culposo. 1089
38.2. Sujeitos do crime. 1090
38.3. Consumação. 1090
38.4. Comunicação ao respectivo Conselho de Fiscalização Profissional. 1090
39. Condução de embarcação ou aeronave sob a influência de drogas. 1091
39.1. Elementos do tipo. 1091
39.2. Sob a influência de drogas. 1091
39.3. Crime de perigo concreto. 1092
39.4. Penas e medidas cautelares. 1092
40. Causas de aumento de pena. 1094
40.1. Transnacionalidade e extraterritorialidade do delito. 1095
40.2. Abuso de função pública, missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância. 1097
40.3. Dependências ou imediações de locais onde haja facilidade de disseminação do consumo de drogas em virtude da maior concentração de pessoas. 1098

40.4. Execução do crime com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva. 1100
40.5. Tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal. 1101
40.6. Envolvimento de criança ou adolescente ou de quem tenha diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação. 1102
40.7. Financiamento ou custeio da prática do crime. 1104
41. Colaboração premiada. 1105
42. Individualização da pena. 1105
42.1. Fixação da pena-base e preponderância da natureza e quantidade da droga, da personalidade e da conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. 1106
43. Fixação da pena de multa. 1108
44. Vedação à concessão de diversos benefícios. 1109
45. Inimputabilidade. 1109
45.1. Instauração do incidente. 1110
45.2. Conclusão do incidente de insanidade mental. 1111
45.3. Crime cometido por índios. 1113
46. Semi-imputabilidade. 1113
47. Tratamento médico. 1114
48. Procedimento penal. 1114
48.1. Aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes de porte e cultivo de drogas para consumo pessoal. 1116
48.2. Prisão em flagrante e lavratura de termo circunstanciado. 1117
48.3. Medidas cautelares diversas da prisão. 1119
48.4. Transação penal. 1119
49. Aplicação das medidas protetivas da Lei de Proteção às testemunhas. 1121
50. Prisão em flagrante pela autoridade de polícia judiciária. 1122
50.1. Laudo de constatação e exame toxicológico. 1123
50.1.1. Ausência de apreensão da droga e comprovação da materialidade. 1126
50.2. Destruição das drogas apreendidas. 1128
51. Prazo para a conclusão do inquérito policial. 1130
52. Relatório da autoridade policial. 1131
52.1. Destinatário dos autos do inquérito policial. 1132
52.2. Diligências complementares. 1133
53. Agente infiltrado e ação controlada. 1133
54. Providências a serem adotadas pelo Ministério Público após ter vista dos autos do procedimento investigatório. 1134
55. Notificação do acusado após o oferecimento da denúncia. 1135
55.1. Reação defensiva à denúncia. 1136
55.1.1. Extinta defesa prévia. 1136
55.1.2. Defesa preliminar. 1136
55.1.2.1. Consequências decorrentes da inobservância da defesa preliminar. 1138
55.1.3. Resposta à acusação. 1139
55.1.4. Quadro comparativo entre a extinta defesa prévia, a defesa preliminar e a resposta à acusação. 1140
55.1.5. Desnecessidade de apresentação da resposta à acusação nos procedimentos que preveem defesa preliminar. 1140
55.2. Possível oitiva do Ministério Público após a apresentação da defesa preliminar. 1142
55.3. Eventual realização de diligências antes do juízo de admissibilidade da peça acusatória. 1142
56. Recebimento da peça acusatória. 1143
56.1. Absolvição sumária. 1143
56.2. Designação da audiência. 1144
56.3. Citação do acusado. 1145
56.4. Afastamento cautelar do servidor público de suas funções. 1146

57. Audiência una de instrução e julgamento. 1148
58. Sentença. 1149
59. Recolhimento à prisão para apelar. 1149
60. Medidas assecuratórias previstas na Lei de Drogas. 1155
61. Cooperação internacional. 1156
62. Listas de drogas. 1156
63. Liberação dos recursos do FUNAD. 1159
64. Estímulos diversos a particulares. 1159
65. Falência ou liquidação extrajudicial de estabelecimentos com drogas. 1159
66. Competência da Justiça Federal: tráfico internacional de drogas e crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves. 1160
66.1. Desclassificação do tráfico internacional de drogas e perpetuação da competência da Justiça Federal. 1162
66.2. Delegação de competência federal. 1163
67. Destruição de drogas em processos já encerrados. 1164
68. Celebração de convênios pela União com os Estados e com o Distrito Federal. 1164
69. Vigência da Lei nº 11.343/06. 1165
70. Revogação da legislação pretérita. 1165

TRÂNSITO – LEI 9.503/1997 1167
1. Noções introdutórias. 1167
2. Crimes de trânsito. 1167
2.1. Crimes de trânsito e infrações de trânsito. 1168
3. Aplicação subsidiária do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei n. 9.099/95 aos crimes cometidos na direção de veículos automotores. 1169
4. (Im) possibilidade de aplicação aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada do disposto nos arts. 74 (composição civil dos danos), 76 (transação penal) e 88 (representação nos crimes de lesão leve e culposa). 1169
5. Fixação da pena-base de acordo com o art. 59 do CP, com especial atenção à culpabilidade do agente e às circunstâncias e consequências do crime. 1171
6. Suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor como sanção principal aplicável aos crimes de trânsito. 1172
6.1. Natureza jurídica. 1172
6.2. Distinção entre a suspensão ou proibição de se obter a permissão/habilitação para dirigir veículo automotor e a perda do direito de dirigir. 1173
6.3. Crimes de trânsito que admitem a aplicação dessa pena. 1174
6.4. (Im) possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa com outras penas. 1174
6.5. Duração da pena do art. 292 do CTB e critérios para a sua fixação. 1174
6.6. Distinção entre a pena principal prevista no art. 292 do CTB e a pena restritiva de direitos prevista no art. 47, inciso III, do CTB. 1175
6.7. Distinção entre a pena principal prevista no art. 292 do CTB e o efeito extrapenal específico previsto no art. 92, inciso III, do CP. 1176
6.8. (Im) possibilidade de aplicação da pena do art. 292 do CTB a motoristas profissionais. 1176
7. Medida cautelar de suspensão do direito de dirigir. 1177
7.1. Pressupostos. 1178
7.2. Prazo de duração da medida cautelar. 1178
7.3. (Im) possibilidade de decretação de medidas cautelares pelo juiz de ofício. 1179
7.4. Descumprimento injustificado da suspensão cautelar do direito de dirigir. 1179
7.5. Cabimento de recurso em sentido estrito. 1181
8. Comunicação da suspensão ou da proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor às autoridades de trânsito. 1181
9. Reincidência específica em crimes de trânsito e (im) possibilidade de aplicação da pena de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis. 1182
10. Multa reparatória. 1182

10.1. Fixação do valor da multa..... 1183
10.2. (Im) possibilidade de fixação de valor mínimo para reparação de danos morais e estéticos no processo e julgamento dos crimes de trânsito com fundamento no art. 387, inciso IV, do CPP..... 1183
11. Circunstâncias agravantes aplicáveis aos crimes de trânsito..... 1185
11.1. Dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros..... 1186
11.2. Utilização do veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas..... 1186
11.3. Sem permissão para dirigir ou carteira de habilitação..... 1187
11.4. Crime de trânsito praticado com permissão para dirigir ou carteira de habilitação de categoria diferente da do veículo..... 1188
11.5. Crime de trânsito cometido por agente cuja profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte de passageiros ou de carga..... 1189
11.6. Crime de trânsito com a utilização de veículo em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante..... 1189
11.7. Crime de trânsito cometido sobre faixa de trânsito temporária ou permanentemente destinada a pedestres..... 1190
12. (Im) possibilidade de aplicação da atenuante aos crimes de trânsito..... 1190
13. Perdão judicial no Código de Trânsito Brasileiro..... 1191
13.1. Perdão judicial..... 1191
13.2. Natureza jurídica da decisão concessiva do perdão judicial..... 1192
13.3. Cabimento de perdão judicial em relação aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor..... 1192
14. Imunidade prisional quanto à prisão em flagrante..... 1193
15. Homicídio culposo na direção de veículo automotor..... 1195
15.1. Bem jurídico tutelado..... 1195
15.2. (In) constitucionalidade do preceito secundário do art. 302 do CTB..... 1195
15.3. Sujeitos do crime..... 1196
15.3.1. Concurso de agentes em crimes culposos..... 1196
15.4. Estrutura típica do homicídio culposo na direção de veículo automotor..... 1197
15.4.1. Elemento normativo do tipo: na direção de veículo automotor..... 1197
15.4.2. Elementos do tipo de injusto culposo..... 1198
15.4.2.1. Conduta voluntária..... 1198
15.4.2.2. Inobservância do dever objetivo de cuidado..... 1198
15.4.2.3. Produção de um resultado não desejado..... 1199
15.4.2.4. Previsibilidade objetiva do resultado..... 1201
15.4.2.5. Concorrência, compensação de culpas e culpa exclusiva da vítima..... 1202
15.4.2.6. Culpa inconsciente (sem representação) e culpa consciente (ou com representação)..... 1203
15.4.2.7. Culpa consciente e dolo eventual na direção de veículo automotor..... 1203
15.4.2.7.1. (Im) possibilidade de desclassificação pelo juiz sumariante da imputação de homicídio doloso, praticado a título de dolo eventual, para homicídio culposo na direção de veículo automotor (culpa consciente)..... 1204
15.5. Objeto material..... 1206
15.6. Consumação e Tentativa..... 1206
15.7. Classificação doutrinária..... 1206
15.8. Causas de aumento de pena..... 1206
15.9. Figuras qualificadas do homicídio culposo na direção de veículo automotor..... 1208
15.9.1. Homicídio culposo na direção de veículo automotor qualificado em virtude da participação em racha. 1208
15.9.2. Homicídio culposo na direção de veículo automotor qualificado em virtude de o agente conduzir o veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência..... 1209
15.10. Questões diversas..... 1211
15.10.1. Conflito aparente de normas..... 1211

15.10.2. Excludentes da ilicitude..... 1212
15.10.3. Descrição da modalidade da culpa e inépcia da peça acusatória. 1212
15.11. Perdão judicial..... 1213
15.12. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1213
16. Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor. 1213
16.1. Bem jurídico tutelado..... 1214
16.1.1. Consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude..... 1214
16.2. Sujeitos do crime..... 1214
16.3. Tipo objetivo..... 1214
16.4. Objeto material..... 1215
16.5. Tipo subjetivo. 1215
16.6. Consumação e tentativa. 1215
16.7. Classificação doutrinária..... 1215
16.8. Conflito aparente de normas. 1215
16.9. Causas de aumento de pena..... 1215
16.10. Figuras qualificadas. 1215
16.11. Perdão judicial..... 1216
16.12. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1216
17. Omissão de socorro ou solicitação de auxílio em caso de acidente de trânsito. 1217
17.1. Bem jurídico tutelado..... 1217
17.2. Sujeitos do crime..... 1217
17.3. Tipo objetivo..... 1217
17.3.1. Omissão suprida por terceiros, vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves..... 1218
17.4. Objeto material..... 1218
17.5. Tipo subjetivo. 1218
17.6. Consumação e tentativa. 1219
17.7. Classificação doutrinária..... 1219
17.8. Princípio da subsidiariedade expressa..... 1219
17.9. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1219
18. Fuga de local de acidente. 1219
18.1. Bem jurídico tutelado..... 1219
18.2. (In) constitucionalidade da criminalização da evasão do local do acidente. 1220
18.3. Sujeitos do crime..... 1220
18.3.1. Concurso de agentes. 1221
18.4. Tipo objetivo..... 1221
18.5. Tipo subjetivo. 1221
18.6. Consumação e tentativa. 1221
18.7. Classificação doutrinária..... 1222
18.8. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1222
19. Embriaguez ao volante..... 1222
19.1. Bem jurídico tutelado..... 1223
19.2. Crime de perigo abstrato. 1223
19.3. Sujeitos do crime..... 1224
19.4. Tipo objetivo..... 1224
19.5. Prova da materialidade do crime de embriaguez ao volante..... 1226
19.6. Prova da materialidade da infração administrativa de embriaguez ao volante. 1228

19.7. Direito intertemporal. 1230
19.8. Tipo subjetivo. 1231
19.9. Consumação e tentativa. 1231
19.10. Classificação doutrinária. 1231
19.11. Conflito aparente de normas. 1231
19.12. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1231
20. Violação de suspensão ou proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. 1232
20.1. Bem jurídico tutelado. 1232
20.2. Sujeitos do crime. 1232
20.3. Tipo objetivo. 1232
20.4. Tipo subjetivo. 1233
20.5. Consumação e tentativa. 1233
20.6. Classificação doutrinária. 1233
20.7. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1233
21. Omissão na entrega de permissão ou habilitação no prazo legal. 1234
21.1. Bem jurídico tutelado. 1234
21.2. Sujeitos do crime. 1234
21.3. Tipo objetivo. 1234
21.4. Tipo subjetivo. 1234
21.5. Consumação e tentativa. 1234
21.6. Classificação doutrinária. 1234
21.7. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1234
22. Participação em competição ou exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor não autorizada. 1235
22.1. Bem jurídico tutelado. 1235
22.2. Crime de perigo concreto. 1235
22.3. Sujeitos do crime. 1236
22.4. Tipo objetivo. 1236
22.5. Tipo subjetivo. 1238
22.6. Consumação e tentativa. 1239
22.7. Classificação doutrinária. 1239
22.8. Figuras preterdolosas qualificadas pela lesão corporal grave e pela morte. 1239
22.9. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1240
23. Direção sem habilitação. 1240
23.1. Bem jurídico tutelado. 1240
23.2. Sujeitos do crime. 1241
23.3. Tipo objetivo. 1241
23.3.1. Questões controversas. 1242
23.4. Tipo subjetivo. 1242
23.5. Consumação e tentativa. 1243
23.6. Classificação doutrinária. 1243
23.7. Concurso de crimes. 1243
23.8. Derrogação da contravenção penal de falta de habilitação para dirigir veículo (art. 32 da LCP) em relação à direção sem habilitação em vias terrestres. 1244
23.9. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1245

24. Confiar a direção de veículo automotor à pessoa não habilitada ou sem condições. 1245
24.1. Bem jurídico tutelado. 1245
24.2. Crime de perigo abstrato. 1245
24.3. Sujeitos do crime. 1246
24.4. Tipo objetivo. 1246
24.5. Tipo subjetivo. 1247
24.6. Consumação e tentativa. 1247
24.7. Classificação doutrinária. 1247
24.8. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1248
25. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança em determinados locais. 1248
25.1. Bem jurídico tutelado. 1248
25.2. Crime de perigo concreto. 1248
25.3. Sujeitos do crime. 1249
25.4. Tipo objetivo. 1249
25.5. Tipo subjetivo. 1250
25.6. Consumação e tentativa. 1250
25.7. Classificação doutrinária. 1250
25.8. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1250
26. Fraude processual em caso de acidente automobilístico. 1251
26.1. Bem jurídico tutelado. 1251
26.2. Sujeitos do crime. 1251
26.3. Tipo objetivo. 1251
26.4. Objeto material. 1252
26.5. Tipo subjetivo. 1252
26.6. Consumação e tentativa. 1252
26.7. Classificação doutrinária. 1252
26.8. Subsidiariedade tácita ou implícita. 1252
26.9. Fraude processual e direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). 1252
26.10. Conflito aparente de normas. 1253
26.11. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1253
27. Obrigatoriedade da prestação de serviços à comunidade em determinadas atividades para a hipótese de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 1253
28. Vigência do Código de Trânsito Brasileiro. 1254

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – LEI 11.340/2006 1255
1. Fundamento constitucional e convencional. 1255
2. Origem da "Lei Maria da Penha". 1256
3. Direitos e garantias fundamentais da mulher. 1257
4. Interpretação da Lei Maria da Penha. 1257
5. Violência doméstica e familiar contra a mulher. 1258
5.1. Sujeito ativo. 1259
5.2. Sujeito passivo. 1260
5.3. Âmbito da unidade doméstica. 1261
5.4. Âmbito familiar. 1262
5.5. Qualquer relação íntima de afeto, independentemente de coabitação. 1263
6. Violência doméstica e familiar contra a mulher como uma das formas de violação dos direitos humanos. 1264
7. Formas de violência contra a mulher. 1265

7.1. Violência física. ... 1266
7.2. Violência psicológica. ... 1266
7.3. Violência sexual ... 1267
7.4. Violência patrimonial. ... 1267
7.5. Violência moral. ... 1268
8. Depoimento de vulnerável (depoimento especial). ... 1271
9. Atendimento pela autoridade policial. ... 1272
9.1. Oitiva da vítima. ... 1273
9.2. Colheita de outras provas. ... 1273
9.3. Remessa do pedido de medidas protetivas de urgência formulado pela vítima. ... 1273
9.4. Determinação de realização de exame de corpo de delito da ofendida e outros exames periciais necessários. ... 1273
9.5. Oitiva do agressor e das testemunhas. ... 1274
9.6. Identificação do indiciado e juntada da folha de antecedentes criminais. ... 1275
9.7. Verificação de eventual registro de porte ou posse de arma de fogo por parte do agressor. ... 1276
9.8. Remessa dos autos ao Juiz e ao Ministério Público. ... 1276
10. Aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, do Código de Processo Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. ... 1277
11. Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. ... 1277
11.1. Crimes dolosos contra a vida praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. ... 1278
11.2. (In) existência de juiz das garantias no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher. ... 1278
12. Foro de eleição para os processos cíveis. ... 1280
13. Ação penal nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. ... 1280
14. Retratação da representação nos crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. ... 1282
15. Desnecessidade de designação da audiência para ratificação de representação anteriormente oferecida. ... 1283
16. Vedação à aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária. ... 1284
17. Medidas protetivas de urgência. ... 1286
17.1. Natureza jurídica. ... 1286
17.2. Pressupostos. ... 1287
17.3. Procedimento para a aplicação das medidas protetivas de urgência. ... 1288
17.3.1. Aplicação isolada ou cumulativa das medidas. ... 1288
17.3.2. Decretação das medidas protetivas de urgência pela autoridade judiciária competente. ... 1288
17.3.2.1. (Im) possibilidade de a autoridade policial aplicar medidas protetivas de urgência, independentemente de prévia autorização judicial ... 1289
17.3.2.2. Decretação de medidas protetivas de urgência ex officio pelo juiz. ... 1290
17.3.3. Legitimidade para o requerimento de decretação de medida cautelar. ... 1291
17.3.4. Contraditório prévio à decretação das medidas cautelares. ... 1292
17.3.5. Descumprimento injustificado das obrigações inerentes às medidas protetivas de urgência. ... 1293
17.3.6. Revogabilidade e/ou substitutividade das medidas protetivas de urgência. ... 1293
17.3.7. Recursos adequados. ... 1294
18. Prisão preventiva. ... 1294
19. Possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial. ... 1296
20. Intimação da vítima. ... 1298
21. Intimação do agressor. ... 1298
22. Medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor. ... 1299
22.1. Suspensão da posse ou restrição do porte de armas. ... 1299
22.2. Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. ... 1300
22.3. Proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas. ... 1300
22.4. Proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas. ... 1300
22.5. Proibição de frequentar determinados lugares. ... 1301

22.6. Restrição ou suspensão de visitas. 1302
22.7. Prestação de alimentos provisionais ou provisórios. 1302
22.8. Tutela específica. 1304
23. Medidas protetivas de urgência à ofendida. 1305
23.1. Encaminhamento da vítima e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento. 1306
23.2. Recondução da ofendida ao respectivo domicílio após o afastamento do agressor. 1306
23.3. Afastamento da ofendida do lar e separação de corpos. 1306
23.4. Restituição de bens. 1307
23.5. Proibição temporária para compra, venda e locação de propriedade em comum. 1307
23.6. Revogação das procurações conferidas pela ofendida ao agressor. 1307
23.7. Caução provisória mediante depósito judicial. 1307
24. Crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. 1308
24.1. Bem jurídico tutelado. 1309
24.2. Sujeitos do crime. 1309
24.3. Tipo objetivo. 1310
24.4. Objeto material. 1310
24.5. Tipo subjetivo. 1310
24.6. Consumação e tentativa. 1310
24.7. (Im) possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial. 1311
24.8. (Im) possibilidade de aplicação de outras sanções cabíveis. 1311
24.9. Pena, (im) possibilidade de enquadramento como infração de menor potencial ofensivo, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal. 1311
24.10. Classificação doutrinária. 1312
25. Cumulação da competência cível e criminal por varas criminais. 1313
26. Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Criminais às infrações penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher. 1315
27. Admissibilidade da prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. 1317
28. Agravante na hipótese de violência contra a mulher. 1318
29. Aumento da pena da lesão corporal qualificada pela violência doméstica. 1318
30. Majorante na hipótese de crime praticado contra pessoa portadora de deficiência. 1319
31. Limitação de fim de semana e comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação. 1319
32. Vigência da Lei Maria da Penha. 1320

BIBLIOGRAFIA 1321

Abuso de Autoridade

LEI 13.869/2019

LEI N. 13.869,
DE 5 DE SETEMBRO DE 2019

Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

(...)

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA ORIGEM DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE.

É ingênuo acreditar que o Congresso Nacional deliberou pela aprovação de uma nova Lei de Abuso de Autoridade tendo em vista única e exclusivamente o interesse da sociedade brasileira em coibir prática tão nefasta e odiosa quanto esta.

Não que um novo diploma normativo acerca da matéria não fosse necessário. Disso não temos a menor dúvida. Se o ordenamento jurídico confere poderes, também deve impor deveres a todos aqueles que atuam em nome do Poder Público. É dizer, se o exercício das prerrogativas conferidas a todos aqueles que agem em nome do Estado deve atender à satisfação do interesse público, jamais ultrapassando os limites estabelecidos pela lei, é de rigor coibir todo e qualquer exercício abusivo do poder por esses agentes públicos.

Mas esta necessária prevenção e reprovação já não se mostrava mais presente na legislação pretérita. De fato, dotada de dispositivos vagos e abertos, a revogada Lei n. 4.898/65 dispensava aos crimes de abuso de autoridade uma sanção penal absolutamente incompatível com o desvalor do injusto, deixando-a, assim, desprovida de qualquer poder dissuasório sobre os agentes públicos. Com efeito, a pena privativa de liberdade cominada aos crimes de abuso de autoridade pelo antigo diploma normativo – detenção, por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses (art. 6º, §3º, alínea "b") – já não guardava mais compatibilidade com a gravidade de tais condutas, pois tratava a integralidade desses crimes como infrações de menor potencial ofensivo, logo, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitos, portanto, aos institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95. Contribuía, ademais, para o advento da prescrição da pretensão punitiva, que, *in casu*, ocorria em apenas 3 (três) anos, consoante disposto no art. 109, inciso VI, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 12.234/10.

Não foram estes, porém, os motivos que certamente levaram Deputados e Senadores a aprovar a Lei n. 13.869/19 em regime de urgência e com votação simbólica, não nominal.[1] Inegavelmente, a Lei n. 13.869/19 não foi aprovada pelo Congresso para atender a essa finalidade, mas sim de modo

1. Na tarde do dia 14 de agosto de 2019, foi aprovado um requerimento de urgência e, nesta mesma data, o Plenário da Câmara dos Deputados votou a matéria através de procedimento simbólico, sequer possibilitando aos deputados federais a votação nominal do tema ou a apresentação de emendas ou críticas. O texto foi elaborado em mandato anterior do Congresso Nacional e não pela maioria dos parlamentares da nova legislatura.

a impedir o exercício das funções dos órgãos de soberania, bem como legitimar uma verdadeira vingança privada contra aqueles que, de alguma forma, se sentirem *incomodados* pela atuação dos órgãos de persecução penal, fiscal e administrativa.

Contaminado por centenas de casos de corrupção e sob constante alvo da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário na operação "Lava Jato", o Congresso Nacional deliberou pela aprovação 'a toque de caixa' do novo diploma normativo com a nítida intenção de buscar uma forma de retaliação a esses agentes públicos, visando ao engessamento da atividade-fim de instituições de Estado responsáveis pelo combate à corrupção. Prova disso, aliás, e não parece ser mera coincidência, é que a sessão conjunta do Congresso na qual foram derrubados 18 itens dos 33 vetados pelo Presidente da República ocorreu menos de uma semana depois que o Min. Luís Roberto Barroso havia determinado o cumprimento de mandados de busca e apreensão no Congresso Nacional contra o então líder do governo, Senador F. B. C. É dentro desse contexto, então, que surge a nova Lei de Abuso de Autoridade, contaminada por diversos tipos penais abertos e indeterminados, de duvidosa constitucionalidade, praticamente transformando o exercício de qualquer função pública, ainda que de maneira legítima, em uma verdadeira atividade de risco.

De fato, mesmo antes da entrada em vigor do novo diploma normativo, ganharam notoriedade no meio jurídico diversas decisões de agentes públicos abstendo-se de cumprir suas respectivas funções "para não correr o risco de incidir em crime de abuso de autoridade". Nesse sentido, sob o argumento de "perigo real da imputação de imputação de crime de abuso de autoridade", juízes deixaram de realizar penhoras *online* de eventuais contas correntes e aplicações financeiras mantidas pela parte devedora através do sistema BacenJud. Na mesma linha, em casos concretos versando sobre tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 33), flagrantes foram relaxados por autoridades judiciárias sob o argumento de que, pelo menos enquanto não sedimentado pelo STJ o rol taxativo de hipóteses em que a prisão deve ser considerada manifestamente devida, a regra seria a soltura, ainda que a vítima e a sociedade estivessem em risco, *in verbis:* "(...) Se o Congresso Nacional, pelos representantes eleitos, teve por desejo impor essa lei aos brasileiros, o fez com o amparo democrático, cabendo ao Magistrado, a quem não compete ter desejos, limitar-se a aplicá-la e aguardar a definição de seus contornos pelos tribunais superiores. Assim, em que pese entender ser o caso de converter a prisão em flagrante em preventiva, diante da imposição da soltura por força da lei aprovada pelo Congresso Nacional, concedo liberdade provisória ao autuado mediante aplicação de medidas cautelares diversas da prisão".[2]

Com a devida vênia, posturas como estas não se justificam em hipótese alguma. Primeiro, porque revelam um certo "comodismo" por parte do agente público, que se abstém de exercer sua função de maneira *regular* para não ser objeto de alguma representação criminal. Segundo, porque demonstram completo desconhecimento da Lei n. 13.869/19, que não pune qualquer conduta *legítima* adotada por um agente público. Terceiro porque demonstram, à primeira vista, que agentes públicos são figuras frágeis, covardes e medrosas, enfim, que têm medo de exercer *regularmente* suas funções. Tais atributos, a nosso juízo, não são inerentes à grande maioria dos agentes públicos, profissionais absolutamente qualificados e idôneos, que certamente jamais deixariam de agir conforme os estritos ditames legais com receio de eventuais "incômodos" proporcionados pela perspectiva de serem objeto de *notitia criminis* devido à prática de supostos crimes de abuso de autoridade, contra eles oferecidas por investigados, acusados, advogados e defensores, a título de represália decorrente da adoção de determinada medida legal que lhes fosse desfavorável. Ora, o dia a dia de qualquer agente público, seja quando efetua uma prisão em flagrante (v.g., Policial Militar) ou quando cumpre um mandado de prisão temporária (v.g., Delegado de Polícia), seja quando oferece uma denúncia (Promotor de Justiça) ou quando decreta a indisponibilidade de ativos financeiros (Juiz), é marcada por uma sujeição corriqueira ao descontentamento dos jurisdicionados, praticamente um efeito intrínseco da própria função pública.

Enfim, partindo da premissa de que a Lei n. 13.869/19 não criminaliza nenhuma conduta legítima por parte de um agente público, mas tão somente aquelas em que este excede os limites de sua competência ou quando pratica um ato com finalidade diversa daquela que decorre explícita ou implicitamente da lei, assim agindo com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, não há por que se temer a nova Lei de Abuso de Autoridade, muito menos permitir que sua entrada em vigor

2. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/wp-content/uploads/2019/09/decisaoo.pdf> Acesso em 27/11/2019.

sirva como obstáculo ao escorreito exercício de toda e qualquer função pública.

Deve se buscar, portanto, nesse ambiente criminal extremamente polarizado em que o Direito Penal e o Processo Penal infelizmente caminham nos dias de hoje, equilíbrio e sensatez na interpretação dos diversos dispositivos legais constantes da nova Lei de Abuso de Autoridade, seja para evitar corporativismos na sua exegese, tornando-a absolutamente estéril, seja para não se permitir que tipos penais abertos e indeterminados sejam utilizados como instrumentos de constrangimento ilegal contra agentes públicos no exercício regular de suas funções, permitindo, assim, que o revanchismo do Congresso Nacional consubstanciado na criação de um instrumento hiperbólico atinja seu desiderato.

2. BEM JURÍDICO TUTELADO.

A eficiência do Estado está diretamente relacionada à credibilidade, honestidade e probidade de seus agentes, pois a atuação do corpo funcional reflete-se na coletividade, influenciando decididamente na formação ético-moral e política dos cidadãos, especialmente no conceito que fazem da organização estatal. Daí a importância de se coibir todo e qualquer desvio funcional, enfim, de toda e qualquer conduta que, a pretexto de atender ao interesse público, visa à satisfação de interesse pessoal do agente público, importando em evidente desvio de finalidade.

A tutela penal dos crimes previstos na Lei n. 13.869/19 pretende, na realidade, abranger dois aspectos distintos (**crime pluriofensivo**): em primeiro lugar, visa proteger, a depender do crime em questão, a liberdade de locomoção (v.g., arts. 9º, 10, 12, etc.), a liberdade individual (v.g., arts. 13, 15, 18, etc.), o direito à assistência de advogado (v.g., arts. 20, 32, etc.), a intimidade ou a vida privada (v.g., arts. 22, 28, 38); em segundo, objetiva garantir o bom funcionamento do Estado, bem como o dever do funcionário público de conduzir-se com lealdade e probidade, preservando-se, assim, princípios básicos da Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput).*

3. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE.

O abuso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência (excesso de poder) ou quando pratica um ato com finalidade diversa daquela que decorre explícita ou implicitamente da lei (desvio de poder). Em ambas as hipóteses, a tipificação do delito está condicionada, como deixa entrever o *caput* do art. 1º, ao fato de o agente público praticar a conduta em questão *no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las*.[3]

> **Art. 1º (...)**
>
> **§1º** As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.
>
> (...)

4. TIPO SUBJETIVO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE: ELEMENTO SUBJETIVO GERAL + ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO.

Vez por outra, o legislador introduz em determinados tipos penais, ao lado do dolo, uma série de características subjetivas que os integram ou os fundamentam. A doutrina clássica denominava, impropriamente, o *elemento subjetivo geral* do tipo de *dolo genérico* e o *especial fim de agir* de *dolo específico.* A título de ilustração, o fato de o funcionário público retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, é uma atividade dirigida a um fim por imperativo do dolo, *in casu,* do crime de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal. No entanto, seu sentido ético-social será completamente distinto, atípico, aliás, se aquela atividade não tiver sido praticada com a finalidade de *satisfazer interesse ou sentimento pessoal.*

Conquanto esse *especial fim de agir* amplie sobremaneira o aspecto subjetivo do tipo, não integra e nem se confunde com o dolo, visto que este se esgota com a consciência e a vontade de realizar determinada conduta com a finalidade de obter o resultado delituoso (dolo direto), ou na assunção do risco de produzi-lo (dolo eventual). O *especial fim de agir* que integra determinadas definições de delitos, como, por exemplo, o delito de furto ("para si ou para outrem"), constitui, assim, *elemento subjetivo do tipo de ilícito,* de maneira autônoma e independente do dolo. Sua ausência acaba por descaracterizar o tipo subjetivo, pouco

3. Por razões didáticas, optamos por tratar desse *nexo funcional* indispensável para a tipificação do abuso de autoridade nos comentários ao art. 2º, para onde remetemos o leitor.

importando a presença do dolo. A terminologia correta, portanto, é *elemento subjetivo especial do tipo* ou *elemento subjetivo especial do injusto.*

Enquanto o dolo deve restar concretizado no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo apenas têm o condão de especificar o dolo, sem que haja a necessidade de efetivamente se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor, ou seja, desde que a conduta do agente tenha sido orientada por essa finalidade específica. Assim, se determinada pessoa foi sequestrada e o móvel do criminoso era o de *obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate,* ter-se-á como caracterizado o crime de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), ainda que tal vantagem jamais seja obtida pelo agente. Do contrário, é dizer, se ausente esse especial fim de agir, o crime será o de sequestro ou cárcere privado (CP, art. 148).

Firmadas essas premissas, parece não haver dúvida quanto à presença de um *elemento subjetivo específico* em relação aos crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 13.869/19, pelo menos em regra.[4] Isso porque, consoante disposto em seu art. 1º, §1º, as condutas ali descritas constituem abuso de autoridade quando praticadas pelo agente *com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.* Como se percebe, diversamente do que geralmente ocorre na redação dos tipos penais, em que esses elementos subjetivos específicos constam da redação típica de cada delito (v.g., estelionato – *para si ou para outrem*), o legislador houve por bem inserir, logo no art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19, uma norma penal de extensão que abrange, pelo menos em regra, todas as figuras delituosas previstas no novo diploma normativo. Sua presença (ou não), portanto, será de todo relevante para diferenciar o agente que cometeu um erro, ou mesmo uma ilegalidade de boa-fé, é dizer, sem o propósito deliberado de abusar das prerrogativas que lhe foram atribuídas, daquele que agiu com a intenção inequívoca de se exceder no exercício das suas funções para atingir uma das finalidades ali enumeradas.

Por conseguinte, para além da comprovação do dolo em relação a cada crime, isoladamente considerado, como, no exemplo do art. 20, a vontade e consciência de impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado, e sem embargo de alguns tipos penais da nova Lei de Abuso de Autoridade também especificarem um especial fim de agir (v.g, art. 24 – "com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração"), será de rigor a demonstração de que o agente assim agiu com uma das seguintes – e alternativas – finalidades específicas:

a) prejudicar outrem: vez por outra, a atuação de um agente público é capaz de causar prejuízos à determinada pessoa. Basta imaginar o cumprimento de um mandado de prisão. É patente que sua execução irá causar prejuízos àquele que foi privado da sua liberdade de locomoção. Mas não é isso o que o legislador quis dizer ao inserir este especial fim de agir no art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19. Na verdade, esse *dolo específico* de "prejudicar outrem" deve ser compreendido como a provocação de um prejuízo que transcenda o exercício regular das funções do agente público. É o caso, por exemplo, do Delegado de Polícia que, a despeito da absoluta falta de quaisquer indícios da prática de crime, determina a instauração de um inquérito policial em detrimento de um adversário político, com o nítido propósito de prejudicá-lo às vésperas de uma iminente disputa eleitoral;

b) beneficiar a si mesmo ou a terceiro: é qualquer vantagem, proveito ou benefício que possa vir a ser obtido pelo agente público, pouco importando se se trata de interesse de ordem patrimonial ou moral. No tocante ao interesse patrimonial do agente público, pouco importa, *pelo menos para fins de tipificação do crime de abuso de autoridade*, se houve (ou não) prévio oferecimento ou entrega de vantagem indevida por um particular em troca da ação ou omissão funcional. Assim, se um Desembargador demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento, assim agindo com o especial fim de agir de obter, para si, determinada quantia em dinheiro da parte prejudicada de modo a retomar o curso regular

4. Há exceções: a título de exemplo, o tipo penal do art. 29 da nova Lei de Abuso de Autoridade optou por restringir o elemento subjetivo especial do injusto constante do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19. De fato, enquanto este, de aplicação genérica a todos os crimes de abuso de autoridade, faz referência à "finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal", o art. 29, em sua parte final, menciona apenas o "fim de prejudicar interesse do investigado". Destarte, atento ao princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali),* o ideal é concluir que, em relação ao delito do art. 29, não se aplica a regra geral do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19, estando seu elemento subjetivo especial restrito à finalidade específica de prejudicar interesse do investigado. Logo, na eventualidade de a conduta ser praticada com a finalidade de beneficiar o investigado, por conta, por exemplo, de relação de amizade entre este e o agente público, não há falar em tipificação do delito sob comento, subsistindo, todavia, a depender do caso concreto, a figura delituosa de prevaricação (CP, art. 319). Raciocínio semelhante é válido para os crimes de abuso de autoridade previstos nos arts. 23, *caput,* 24, *caput,* 25, parágrafo único, 29, *caput,* e 37, *caput,* todos da Lei n. 13.869/19.

do feito, deverá responder pelo crime do art. 37 da Lei n. 13.869/19. Igual solução deverá ocorrer se assim tiver agido, porém depois de já ter recebido determinada quantia da parte contrária para retardar o andamento do feito, com a ressalva de que, neste último caso, para além do delito de abuso de autoridade, também deverá responder pelo crime de corrupção passiva (CP, art. 317). Noutro giro, quanto ao interesse de cunho moral, é importante alertar que nessa situação o agente público também deve almejar uma vantagem ou proveito. É o que ocorre, por exemplo, se um Promotor de Justiça estender injustificadamente um inquérito policial, procrastinando-o em prejuízo do investigado tão somente para ganhar prestígio com o Prefeito da cidade, pois seu principal adversário político seria justamente o principal suspeito da prática do crime. Também haverá abuso de autoridade se um Delegado de Polícia, com o objetivo de buscar sua autopromoção para posteriormente se candidatar a determinado cargo eletivo, usar a máquina estatal indevidamente, seja exibindo presos à curiosidade pública em suas redes sociais, seja antecipando atribuição de culpa a determinada pessoa em casos de maior repercussão local, etc.;

c) por mero capricho ou satisfação pessoal: por capricho se deve compreender a vontade repentina desprovida de qualquer justificativa, uma obstinação arbitrária. Por sua vez, a *satisfação pessoal* guarda relação com algum tipo de sentimento pessoal capaz de provocar certo grau de contentamento para o agente público, como, por exemplo, a amizade, o ódio, a vingança, a inveja, o prazer em humilhar as pessoas, ideologia, afinidade político-partidária, etc., relativamente às pessoas físicas ou jurídicas prejudicadas pelo abuso de autoridade por ele cometido. Enfim, agir por mero capricho ou satisfação pessoal é colocar o interesse particular em prevalência sobre o interesse público. Logicamente, quando o agente público exerce suas funções, geralmente experimenta alguma satisfação pessoal. É o que ocorre, por exemplo, quando um Policial Militar prende em flagrante uma pessoa que acabara de praticar um crime qualquer. Certamente o militar irá sentir uma satisfação pessoal por cumprir seu dever. Mas não é isso o que a lei quer punir, à evidência. Na verdade, o que o legislador não admite é que a consequência do exercício funcional se transforme em causa. É dizer, a satisfação pessoal pode até emergir como consequência do exercício funcional para a satisfação do interesse público, mas jamais poderá o agente exercer suas funções para buscar, primariamente, sua satisfação pessoal. A propósito, ainda sob a vigência da revogada Lei n. 4.898/65, a jurisprudência já alertava que "nos abusos de autoridade, o elemento subjetivo do injusto deve ser apreciado com muita perspicácia, merecendo punição somente as condutas daqueles que, não visando à defesa social, agem por capricho, vingança ou maldade, com o consequente propósito de praticarem perseguições e injustiças. O que se condena, enfim, é o despotismo, a tirania, a arbitrariedade, o abuso, como indica o *nomen juris* do crime".[5] Destarte, se um Promotor de Justiça requisitar a instauração de um inquérito policial, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, assim agindo por vingança devido à inimizade provocada por uma briga no condomínio em que ambos moravam, o agente público deverá responder pelo crime do art. 27, *caput*, da Lei n. 13.869/19.

Satisfação *pessoal* não se confunde com satisfação do *interesse público*.[6] Essa observação tem elevada importância prática até mesmo para se evitar que diversos agentes públicos, temendo eventual responsabilização penal, deixem de cumprir seus respectivos deveres de ofício. A título de exemplo, suponha-se que policiais militares recebam uma denúncia anônima apontando a utilização de uma casa para o tráfico de drogas. De imediato, dirigem-se ao local e, por acreditarem que haveria situação de flagrante delito no interior do domicílio (v.g., ter em depósito), haja vista o grande fluxo de pessoas entrando e saindo do local em atitudes suspeitas, ali ingressam sem prévia autorização judicial. Ora, ainda que se queira argumentar que tal conduta teria o condão de tipificar o crime do art. 22 da Lei n. 13.869/19, sob o argumento de que os Tribunais Superiores têm precedentes no sentido de que uma mera denúncia anônima não configura fundada razão a autorizar o interesso policial em domicílio alheio sem o seu consentimento ou determinação judicial,[7] parece não haver qualquer dúvida no sentido de que o Policial Militar não teria ingressado no imóvel *para satisfazer interesse de natureza pessoal*. Na verdade, o militar teria agido pelo fato de acreditar que havia uma situação de flagrante delito decorrente da prática de crimes de

5. JUTACrim 84/400.

6. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, "o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem". (*Curso de Direito Administrativo.* 2005, p. 51).

7. STJ, 6ª Turma, RHC 83.501/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 06/03/2018, DJe 05/04/2018. Em sentido diverso, há precedente mais antigo do Supremo asseverando que não há ilegalidade na prisão em flagrante realizada por autoridade policial baseando-se em notícia anônima: STF, 2ª Turma, HC 90.178/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2010, DJe 55 25/03/2010.

natureza permanente no interior daquele domicílio, fazendo-o no estrito cumprimento do dever legal de zelar pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (CF, art. 144, *caput).*

Ausente esse especial fim de agir, não há falar em crime de abuso de autoridade. Nesse sentido, porém se referindo ao crime de prevaricação, cujo juízo de tipicidade também demanda a presença de um especial fim de agir – no caso, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal –, assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: "(...) A configuração do crime de prevaricação requer a demonstração não só da vontade livre e consciente de deixar de praticar ato de ofício, como também do elemento subjetivo específico do tipo, qual seja, a vontade de satisfazer "interesse" ou "sentimento pessoal". Instrução criminal que não evidenciou o especial fim de agir a que os denunciados supostamente cederam. Elemento essencial cuja ausência impede o reconhecimento do tipo incriminador em causa. (...)".[8]

Firmada a importância desse elemento subjetivo especial do injusto para a tipificação de todos os crimes de abuso de autoridade, podemos extrair algumas conclusões:

a) o especial fim de agir do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19 deve ser detalhadamente descrito na denúncia oferecida pelo órgão ministerial – ou na queixa-crime subsidiária oferecida pelo ofendido (Lei n. 13.869/19, art. 3º, §1º). Isso porque, consoante disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, deve constar da peça acusatória a *exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias*. Ausente a descrição detalhada da *finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal,* impõe-se a rejeição da peça acusatória, *ex vi* do art. 395, inciso I, do CPP;

b) o abuso de autoridade é tratado pela legislação pátria como espécie de **crime de intenção (delito de tendência interna transcendente)**, assim compreendido como aquele que requer um agir com ânimo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal. As intenções especiais integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo, mas que não precisa ser alcançado efetivamente. Faz parte do tipo de injusto uma finalidade transcendente, no caso dos crimes de abuso de autoridade a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Esses crimes de intenção, por sua vez, subdividem-se em delitos de resultado cortado e delitos mutilados de dois atos. Os primeiros consistem na realização de um ato visando à produção de um resultado, que fica fora do tipo e sem a intervenção do autor. Nesses tipos penais, o legislador corta a ação em determinado momento do processo executório, consumando-se o crime independentemente de o agente haver atingido o propósito pretendido. Ocorrendo a *meta optata,* haverá mero exaurimento. Como exemplo, podemos citar o crime de extorsão mediante sequestro, em que o resultado visado pelo agente – a percepção da vantagem – advirá ou não, independentemente da intervenção direta do sujeito ativo. Por sua vez, os delitos mutilados de dois atos consumam-se quando o autor realiza o primeiro ato com o objetivo de levar a termo o segundo. O autor quer alcançar, após ter realizado o tipo, o resultado que fica fora dele (v.g, falsidade documental para cometer estelionato). Devido ao disposto no art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19, podemos afirmar que os crimes de abuso de autoridade, em sua integralidade, são exemplos de **delitos de resultado cortado**;

c) considerando que se trata, *a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal,* de mero elemento subjetivo especial do injusto, a consecução (ou não) desse resultado almejado pelo agente em nada interfere na consumação dos delitos de abuso de autoridade (delito de resultado cortado). É o mesmo raciocínio já feito pela doutrina em relação ao crime de extorsão (CP, art. 158): sua tipificação também demanda um especial fim de agir, representado, *in casu,* pela expressão "com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica", daí por que se entende que estará "consumado independentemente da obtenção da vantagem indevida" (**súmula n. 96 do STJ**);

d) na eventualidade de imputação de crime de abuso de autoridade a determinado agente público por meio de *notitia criminis* oferecida pelo próprio investigado ou por seu defensor, impõe-se a descrição pormenorizada desse especial fim de agir, evitando-se, assim, qualquer questionamento no sentido de que teria restado configurado o crime

8. STF, Pleno, AP 447/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 18/02/2009, DJe 99 28/05/2009.

de denunciação caluniosa (CP, art. 339).[9] A propósito, eis o teor do **enunciado n. 29** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Representações indevidas por abuso de autoridade podem, em tese, caracterizar crime de denunciação caluniosa (CP, art. 339), dano civil indenizável (CC, art. 953) e, caso o reclamante seja agente público, infração disciplinar ou político-administrativa";

e) ainda em relação a eventuais representações indevidas pela prática de abuso de autoridade, convém lembrar que, nos exatos termos do art. 256 do CPP, se a parte injuriar o juiz, não poderá arguir sua suspeição. O dispositivo em questão visa evitar que a parte, por ato unilateral, consiga afastar do processo o juiz que porventura não seja conveniente a seus interesses. De mais a mais, também atende ao dever de boa-fé processual, que deve nortear a atuação dos sujeitos, na medida em que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Por conseguinte, eventual representação indevida pela prática de abuso de autoridade jamais terá o condão de acarretar a suspeição de agentes públicos, como, por exemplo, magistrados, Promotores de Justiça, etc. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 30** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "A representação indevida por abuso de autoridade contra juiz, promotor de justiça, delegados ou agentes públicos em geral, não enseja, por si só, a suspeição ante a aplicação da regra de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, nos termos do que disposto, inclusive, no art. 256 do CPP".

4.1. (In) compatibilidade do elemento subjetivo especial do injusto com o dolo eventual.

O fato de o delito contemplar um especial fim de agir, como ocorre nos crimes de abuso de autoridade, não afasta a possibilidade de o delito ser imputado ao agente a título de dolo eventual. Prova disso, aliás, é o fato de o Código Penal contemplar diversos delitos cuja tipificação demanda um especial fim de agir, tais como, por exemplo, furto ("para si ou para outrem"), extorsão mediante sequestro ("com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate"), etc., sem que a doutrina jamais tenha questionado a possibilidade de tais delitos serem atribuídos ao agente tanto a título de dolo direto quanto a título de dolo eventual.

Não há nenhuma incompatibilidade entre as duas figuras. Por isso, se restar comprovado que o agente público não queria o resultado (dolo direto), mas assumiu o risco de produzi-lo, deverá responder pelo crime de abuso de autoridade em questão a título de dolo eventual, se assim o fizer, logicamente, para prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.[10]

A ressalva fica por conta dos tipos penais de abuso de autoridade cuja redação típica deixar entrever que o legislador deliberadamente quis afastar a possibilidade de imputação a título de dolo eventual. Ou seja, à semelhança de outros tipos penais constantes do Código Penal ou da Legislação Especial que fazem uso de expressões como, por exemplo, "que sabe" ou "que devia saber" (v.g., arts. 180, *caput,* e 339, *caput,* do CP), há certos crimes na nova Lei de Abuso de Autoridade cuja punição é admitida apenas a título de dolo direto. É o que ocorre em relação aos crimes do art. 19, parágrafo único ("Incorre na mesma pena o magistrado que, *ciente do impedimento ou da demora,* deixar de tomar as providências tendentes a saná-lo ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixar de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja"), art. 25, parágrafo único ("Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, *com prévio conhecimento de sua ilicitude")* e art. 30 ("Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada *ou contra quem sabe inocente*"). Concluímos, então, que, à exceção dessas 3 (três) figuras delituosas, todos os demais crimes previstos na nova Lei de Abuso de Autoridade podem ser atribuídos ao agente público tanto a título de dolo direto quanto a título de dolo eventual.

Não consta da Lei n. 13.869/19 nenhuma infração penal culposa. Portanto, eventual inobservância

9. Para Igor Pereira Pinheiro, André Clark Nunes Cavalcante e Emerson Castelo Branco (*Nova Lei do Abuso de Autoridade: comentada artigo por artigo.* Leme/SP: JH Mizuno, 2020. p. 52), ausente a comprovação de plano desse especial fim de agir, eventual representação açodada dirigida ao Ministério Público para fins de apuração de suposto crime de abuso de autoridade pode configurar o crime de denunciação caluniosa ou de comunicação falsa de crime (CP, arts. 339 e 340, respectivamente).

10. Em sentido diverso, Rogério Greco e Rogério Sanches Cunha (*Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019: comentada artigo por artigo.* Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 13*)* sustentam que o elemento subjetivo presente nos vários tipos incriminadores restringe o alcance da norma de tal forma que o dolo eventual ficaria descartado.

do dever objetivo de cuidado na atuação funcional pode dar ensejo à responsabilização cível e/ou administrativa, punida exclusivamente na seara extrapenal, jamais no âmbito criminal.

> **Art. 1º (...)**
> (...)
> **§2º** A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

5. VEDAÇÃO DO CRIME DE HERMENÊUTICA.

A atuação de todo e qualquer agente público, seja ele um Ministro de Tribunal Superior, seja ele um Auditor da Receita Federal, envolve constantemente não apenas a interpretação de leis e atos normativos, mas também a apreciação de fatos e provas. Ocorre que, por mais que sejam utilizados critérios objetivos e métodos teóricos para o exercício de tais atividades, sempre haverá uma boa dose de subjetividade. E é exatamente dessa subjetividade que derivam divergências na interpretação da lei ou na avaliação dos fatos e provas. Atento a isso, o art. 1º, §2º, da Lei n. 13.869/19, prevê expressamente que "a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade".[11]

O objetivo do dispositivo sob análise foi o de coibir aquilo que Rui Barbosa chamava de **crime de hermenêutica**, assim compreendida como toda e qualquer figura delituosa que procure criminalizar a interpretação jurídica, fática ou probatória, que o agente público dê aos fatos que lhe são trazidos para sua apreciação. O tema não é novo e, como dito, Rui Barbosa, há muitos anos, já condenava as tentativas de se criar o **crime de hermenêutica**: "Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã. Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema de recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo. (...)".[12]

Aliás, mesmo na vigência da revogada Lei de Abuso de Autoridade, a jurisprudência já rechaçava a possiblidade de se responsabilizar criminalmente o magistrado pela mera divergência de interpretação: "(...) AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ABUSO DE AUTORIDADE. ART. 4º, "A", DA LEI N.º 4.898/65. DESEMBARGADOR. DECISÃO JUDICIAL. CONFRONTO COM DECISÃO DE RELATOR DO STF. CONDUÇÃO COMPULSÓRIA PARA LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO. QUESTÕES ATINENTES À ATIVIDADE JUDICANTE. ATRIBUTOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. 1. Faz parte da atividade jurisdicional proferir decisões com o vício *in judicando* e *in procedendo*, razão por que, para a configuração do delito de abuso de autoridade há necessidade da demonstração de um mínimo de "má-fé" e de "maldade" por parte do julgador, que proferiu a decisão com a evidente intenção de causar dano à pessoa. 2. Por essa razão, não se pode acolher denúncia oferecida contra a atuação do magistrado sem a configuração mínima do dolo exigido pelo tipo do injusto, que, no caso presente, não restou demonstrado na própria descrição da peça inicial de acusação para se caracterizar o abuso de autoridade. 3. Ademais, de todo o contexto, o que se conclui é que houve uma verdadeira guerra de autoridades no plano jurídico, cada qual com suas armas e poderes, que, ao final, bem ou mal, conseguiram garantir a proteção das instituições e dos seus representantes, não possibilitando a esta Corte a inferência da prática de conduta penalmente relevante. 4. Denúncia rejeitada".[13]

11. Especificamente em relação a magistrados, o art. 1º, §2º, da nova Lei de Abuso de Autoridade, vem ao encontro da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC n. 35/79), cujo art. 41 prevê que, salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, *o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.*

12. *Obras completas de Rui Barbosa.* Vol. XXIII, Tomo III, p. 2.280.

13. STJ, Corte Especial, APn 858/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/10/2018, DJe 21/11/2018. Em sentido semelhante, referindo-se, porém, ao crime de prevaricação, cuja tipificação também demanda um especial fim de agir: "CRIMINAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA. PREVARICAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÕES DO TST. PRERROGATIVA DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. SATISFAÇÃO DE INTERESSE OU SENTIMENTO PESSOAL. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO CONFIGURADO. DENÚNCIA REJEITADA. Hipótese em que a denúncia trata da suposta prática de crime de prevaricação, pois os acusados teriam deixado de praticar ato de ofício consistente no cumprimento de decisões

Por conseguinte, se um Promotor de Justiça oferecer denúncia contra alguém, imputando-lhe um crime de furto decorrente da subtração de coisa móvel alheia avaliada em R$ 50,00 (cinquenta reais), o fato de a peça acusatória ser, na sequência, rejeitada pelo juiz, sob o argumento de que a conduta seria atípica à luz do princípio da insignificância, jamais poderá levar à conclusão de que o membro do *Parquet* teria incorrido em crime de abuso de autoridade - *in casu,* no delito do art. 30 da Lei n. 13.869/19 –, porquanto o que houve, em última análise, teria sido uma mera divergência entre o órgão ministerial e o magistrado em relação à interpretação do referido postulado. Na mesma linha, se um Policial Militar deliberar por ingressar em imóvel alheio sem prévia autorização judicial por entender que uma denúncia anônima seria suficiente para caracterizar a *causa provável* de um flagrante delito, a ele não se poderá imputar o crime do art. 22 da Lei n. 13.869/19, eis que eventual divergência, por parte de outro agente público (v.g., Delegado de Polícia, Promotor de Justiça, Juiz, etc.), quanto à avaliação dos fatos e provas, jamais terá o condão de autorizar a tipificação de qualquer crime de abuso de autoridade.

Enfim, se estamos diante de uma norma que permite interpretações diversas, o sentido adotado pelo agente público em questão deve ser considerado válido, e não abusivo. Agora, se a norma não permite interpretações diversas, seja por conta da literalidade do texto legal (*limitação literal*) – não se pode interpretar "dia" como "noite", nem vice-versa, ou seja, não se pode interpretar o texto legal de modo a promover a ruptura da literalidade da norma –, seja quando a interpretação daquela norma tiver sido pacificada de maneira vinculante por determinado Tribunal (*limitação jurisprudencial*), a exemplo do que ocorre quando o Supremo Tribunal Federal delibera pela aprovação de súmula vinculante,[14] a atuação em descompasso com a norma legal poderá configurar crime de abuso de autoridade, desde que presente o especial fim de agir do art. 1º, §1º.[15]

É possível afirmar, portanto, que não haverá crime de abuso de autoridade apenas quando se tratar de divergência *razoável* na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas. Logo, em se tratando de *interpretação* absurda, teratológica, manifestamente descabida, é dizer, em contrariedade a essa *limitação literal ou jurisprudencial* anteriormente explicada, não será cabível a aplicação da causa excludente do dolo constante do art. 1º, §2º, da nova Lei de Abuso de Autoridade. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 2** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, salvo quando teratológica, não configura abuso de autoridade, fixando excluído o dolo". A título de ilustração, suponha-se que determinado juiz, a despeito de ter consciência da súmula vinculante n. 25 ("É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito"), resolva decretar, a título de vingança contra um antigo desafeto, sua prisão civil diante do descumprimento de seus deveres como depositário. Ora, se há súmula vinculante com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 103-A, *caput)* vedando a possibilidade de decretação de qualquer prisão civil de depositário infiel, não há espaço para quaisquer interpretações em sentido diverso. De todo modo, para que o magistrado responda pelo crime do art. 9º, *caput,* da Lei n. 13.869/19, subsiste a necessidade de se demonstrar cabalmente que agiu com o especial fim de agir do art. 1º, §1º, verdadeira elementar em relação a todos os crimes de abuso de autoridade. Do contrário, será um *error in judicando,* passível de ser sanado pelos recursos ordinários, correição parcial, habeas corpus, etc., sem que se possa cogitar de qualquer responsabilidade criminal do julgador.[16]

emanadas do TST referentes à prerrogativa institucional de membro do MPU de ter assento no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem na condição de parte ou de fiscal da lei, além de terem praticado outros atos contra expressa disposição de lei, com vistas a satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Esta Corte já firmou posicionamento, concordante com a doutrina penal, no sentido de que a intenção de satisfazer interesse ou sentimento pessoal é essencial à tipificação do delito do art. 319 do Estatuto Repressor. Precedente. A controvérsia quanto à interpretação da legislação, como ocorreu no caso dos autos, não é hábil a configurar o elemento subjetivo do crime de prevaricação. Se não resta caracterizada a satisfação de interesse ou sentimento pessoal na conduta dos acusados, afasta-se a tipicidade da conduta. Ante a ausência de correspondência do fato, tal como narrado na peça acusatória, à norma jurídica, vislumbra-se a inexistência de fato típico, afetando a possibilidade de responsabilização penal dos acusados pela prática do delito descrito no art. 319 do Código Penal. Denúncia rejeitada". (STJ, Corte Especial, APn 471/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/11/2007, DJe 10/03/2008).

14. O raciocínio em questão seria válido não apenas para as hipóteses de súmulas vinculantes (CF, art. 103-A), mas também para outras hipóteses em que houvesse uma decisão do Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, a exemplo do que ocorre com as decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade, recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, recursos repetitivos, etc.

15. A propósito: AGI, Samer. *Comentários à nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019).* Brasília: Editora CP Iuris, 2019. p. 18.

16. Nessa linha: PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. Op. cit. p. 16.

CAPÍTULO II

DOS SUJEITOS DO CRIME

Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:

I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;

II - membros do Poder Legislativo;

III - membros do Poder Executivo;

IV - membros do Poder Judiciário;

V - membros do Ministério Público;

VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo *caput* deste artigo.

6. SUJEITO ATIVO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE.

Diversamente do conceito mais restrito conferido pelo Direito Administrativo, a **norma penal interpretativa** do art. 2º da Lei n. 13.689/19 considera *agente público* todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território.

Esse conceito incide tanto na esfera da **Administração Pública Direta**, como também no campo da **Administração Pública Indireta**, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendendo, mas não se limitando a servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas, membros do Poder Legislativo, membros do Poder Executivo, membros do Poder Judiciário, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais ou Conselhos de Contas. Como se percebe, partindo da premissa de que é elemento essencial de uma República que todos estejam sob o império da lei, o art. 2º deixa entrever que até mesmo os *agentes políticos* estão sujeitos à punição cível, administrativa e criminal por abuso de autoridade.[17]

Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado. O conceito abrange, portanto, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, cada qual com sua estrutura administrativa e seus órgãos. Por sua vez, **Administração Indireta** é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada. Consoante disposto no art. 4º, inciso II, do Decreto-Lei n. 200/67, a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista; d) fundações públicas. Vale lembrar que os territórios federais têm natureza jurídica de autarquias, pertencendo, pois, à Administração Indireta.

Interessante notar que a nova Lei de Abuso de Autoridade não faz referência, como o faz o Código Penal em seu art. 327, §1º, incluído pela Lei n. 9.983/00, aos denominados *funcionários públicos por equiparação,* assim compreendido como aquele que "exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração". Destarte, atento ao princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali),* tal conceito não pode ser aplicado à nova Lei de Abuso de Autoridade. Repete-se, portanto, uma situação inusitada, que, aliás, já existia na revogada Lei n. 4.898/65.[18] Deveras, enquanto aquele indivíduo que exerce uma função numa empresa contratada para a execução de atividade típica da administração pública (v.g., coleta de lixo) é considerado funcionário público no tocante aos crimes contra a Administração Pública, haja vista a norma do art. 327, §1º, do CP, podendo responder, portanto, por crimes como peculato e corrupção passiva, este mesmo

17. Nesse sentido, como já se pronunciou o STJ, "(...) excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. (...)". (STJ, 2ª Turma, REsp 1.108.490/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/09/2016, DJe 11/10/2016).

18. Nessa linha, referindo-se à revogada Lei n. 4.898/65: ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação Criminal para concursos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 122.

funcionário público por equiparação não pode ser considerado *agente público* para efeito de aplicação da nova Lei de Abuso de Autoridade, haja vista o silêncio da norma especial em relação à equiparação feita pelo Código Penal, revelando-se inviável, pois, qualquer espécie de analogia, que, *in casu*, seria evidentemente *in malam partem*.

O parágrafo único do art. 2º da Lei n. 13.869/19 refere-se a mandato, cargo, emprego ou função. Vejamos tais conceitos, separadamente: a) **mandato**: é aquele que, pela sua própria natureza, possui um tempo certo de duração, podendo ou não ser renovado, a exemplo do que ocorre com os mandatos eletivos, conquistados através do voto popular, tal como ocorre com vereadores, prefeitos, deputados (estaduais e federais), senadores, Governadores, Presidente da República, etc.; b) **cargo**: de acordo com o art. 3º da Lei n. 8.112/90, cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor; c) **emprego**: é a terminologia utilizada para identificar uma relação funcional de trabalho; é um núcleo de encargo de trabalho permanente a ser preenchido por agente contratado para desempenhá-lo. Portanto, também conta com um conjunto de atribuições e responsabilidades, distinguindo-se das situações anteriores pelo regime adotado (CLT); d) **função**: é a atividade em si mesma, ou seja, é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência do cargo.

Noutro giro, não são considerados *agentes públicos* aqueles que exercem apenas um *munus* público, como, por exemplo, os curadores e tutores dativos, os inventariantes judiciais, os administradores judiciais, os depositários judiciários, os leiloeiros dativos, etc., havendo prevalência, nesses casos, do interesse privado. Especificamente quanto aos advogados dativos, nomeados para exercer a defesa de acusado necessitado em locais onde a Defensoria Pública não tenha sido instituída, o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes[19] no sentido de que, conquanto não sejam servidores públicos propriamente ditos, pois não são Defensores Públicos, devem ser considerados funcionários públicos para fins penais, nos termos do art. 327 do Código Penal, daí por que também hão de ser considerados agentes públicos à luz do art. 2º da Lei n. 13.869/19.

Para a caracterização dos crimes de abuso de autoridade, não se faz necessário que a conduta seja contemporânea ao exercício efetivo da função. Subsistirá a infração penal, portanto, ainda que o agente se encontre licenciado, em férias ou não tenha assumido o cargo, mas já tenha sido, por exemplo, aprovado no concurso público ou nomeado formalmente para exercer determinada função. É exatamente nesse sentido, aliás, o disposto no art. 1º, *caput,* da Lei n. 13.869/19, que define como crimes de abuso de autoridade aqueles cometidos por agente público, servidor ou não, que, *no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las*, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

Contudo, embora não se exija efetivo exercício funcional no momento da conduta, é imperioso que o sujeito ativo goze do *status* de agente público no sentido do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Caso contrário, a ele não se poderá imputar o delito. É o que ocorre, por exemplo, com o funcionário público aposentado, que não pode figurar como sujeito ativo dos crimes de abuso de autoridade, vez que, à época do delito, já havia se desvinculado funcionalmente da Administração Pública.

De todo modo, deve restar caracterizada a correlação entre o abuso e as funções desempenhadas pelo agente. Como adverte Renee do Ó Souza, na eventualidade de a conduta delituosa ser praticada com total desvinculação às funções, "em ato ligado essencialmente à vida privada do agente, não há que se falar em abuso de autoridade".[20] É nesse sentido a jurisprudência: "(...) não há falar em abuso de poder, se a ação de polícia do réu resulta de atividade como particular desvinculada de determinação oficial e da função específica".[21] Portanto, se um policial militar de folga, ao fazer um "bico" como segurança privada em um estabelecimento qualquer, constranger uma pessoa detida, mediante violência, a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro, não poderá responder pelo crime do art. 13, inciso III, da Lei n. 13.869/19, porquanto o delito não guardará qualquer relação

19. Para o STJ, "o advogado que, por força de convênio celebrado com o Poder Público, atua de forma remunerada em defesa dos agraciados com o benefício da Justiça Pública, enquadra-se no conceito de funcionário público para fins penais (Precedentes). (REsp n. 902.037/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 17/04/2007, DJ 04/06/2007). Sendo equiparado a funcionário público, possível a adequação típica aos crimes previstos nos arts. 312 e 317 do Código Penal. (...)". (STJ, 5ª Turma, HC 264.459/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 10/03/2016, DJe 16/03/2016). Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, RHC 33.133/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/05/2013, DJe 05/06/2013.

20. *Leis Penais Especiais Comentadas artigo por artigo.* Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renee do Ó Souza. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm. p. 271.

21. TACRIM-SP-AC- Rel. Ary Belfort – Jutacrim 65/248.

com suas funções. Subsistirá, porém, o delito de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do Código Penal.

6.1. Concurso de agentes com particulares *(extraneus).*

Como exposto anteriormente, o sujeito ativo dos crimes de abuso de autoridade é apenas o agente público. Trata-se, portanto, de **crime próprio**. Todavia, como a condição especial *agente público* funciona como verdadeira elementar desses delitos, comunica-se ao particular que eventualmente concorra, na condição de coautor ou partícipe, para a prática do crime, nos termos do art. 30 do Código Penal, segundo o qual "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime". Destarte, é necessário que pelo menos um dos autores reúna a condição especial de agente público, podendo os demais não ostentar tal qualidade. Caso contrário, é dizer, se o particular agir sozinho, jamais poderá responder por abuso de autoridade. Se praticar alguma das condutas contidas nos artigos seguintes, poderá ser responsabilizado por crimes diversos, como, por exemplo, lesão corporal, constrangimento ilegal, ameaça, etc.

De todo modo, se o particular agir em concurso de pessoas com um agente público, é indispensável que o *extraneus* tenha consciência de sua qualidade especial, sob pena de não responder pelo crime de abuso de autoridade. De fato, desconhecendo essa condição de agente público, o *dolo* do particular não terá o condão de abranger todos os elementos constitutivos do tipo, configurando-se o denominado *erro de tipo,* que afasta a tipicidade da conduta. Responderá, todavia, por outro crime, nos termos da previsão do art. 29, §2, do Código Penal, que cuida da chamada *cooperação dolosamente distinta.*

7. SUJEITO PASSIVO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE.

Os crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 13.869/19 são delitos de "dupla subjetividade passiva". Isso porque são condutas que atingem dois sujeitos passivos: de um lado, o Estado (Poder Público), que tem a sua imagem, credibilidade e até patrimônio ofendidos quando um agente pratica um ato abusivo; do outro, a pessoa física ou jurídica diretamente atingida ou prejudicada pela conduta abusiva, como, por exemplo, a pessoa presa, no caso do crime do art. 13.

Ousamos discordar de parte da doutrina, que costuma apontar o Estado como sujeito passivo principal ou imediato, e, na condição de sujeito passivo secundário (ou mediato), a pessoa física ou jurídica diretamente atingida pela conduta delituosa.[22] Na verdade, não conseguimos visualizar nenhuma razão lógica ou jurídica para se colocar o particular em segundo plano, ainda que se queira argumentar que estamos diante de crimes de responsabilidade em sentido amplo, semelhantes, pois, àqueles previstos entre os arts. 312 e 326 do Código Penal. Ora, tomando-se como exemplo o delito previsto no art. 10 da Lei n. 13.869/19 ("Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo"), parece não haver qualquer dúvida quanto ao fato de se tratar de um delito que lesa tanto bem jurídico pertencente à Administração Pública – dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados –, quanto bem jurídico pertencente ao particular – *in casu,* a liberdade de locomoção da testemunha ou do investigado. Nesses casos, se alguém deve ser denominado como sujeito passivo secundário, este alguém deveria ser o Estado, que é sempre ofendido diante do desvio de finalidade perpetrado pelo agente público, mas como tal jamais se poderia considerar o particular diretamente lesado.

Em síntese, o sujeito passivo permanente de todos os crimes previstos na Lei n. 13.869/19 é o Estado, que deve, porém, ser considerado como o sujeito passivo secundário, sempre que a conduta tiver lesado ou ofendido diretamente bem jurídico pertencente à alguma pessoa física ou jurídica.

8. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE.

Pelo menos em regra, a competência para o processo e julgamento dos crimes de abuso de autoridade previstos tortura previstos na Lei n. 13.869/19 recai sobre os juízes de primeira instância. Todavia, se o autor do delito for titular de foro por prerrogativa de função, e se o crime em questão for praticado no exercício do cargo e em razão das funções (regra da contemporaneidade),[23] haverá que ser respeitada a competência originária do respectivo Tribunal. A título de exemplo, se um Promotor de Justiça do Estado de Minas

22. Nessa linha: AGI, Samer. Op. cit. p. 22.

23. No julgamento de uma questão de ordem na Ação Penal n. 937 (Rel. Min. Roberto Barroso, j. 03/05/2018, DJe 265 10/12/2018), concluiu o Supremo que o foro por prerrogativa de função deve ser aplicado exclusivamente aos *crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.*

Gerais, com a finalidade específica de prejudicar um investigado, requisitar a instauração de um procedimento investigatório de infração penal em seu desfavor, à falta de qualquer indício da prática de crime, deverá responder pela prática do crime do art. 27 da nova Lei de Abuso de Autoridade perante o Tribunal de Justiça mineiro, nos exatos termos do art. 96, inciso III, da Constituição Federal, e do art. 106, inciso I, alínea "b", da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Quanto à *Justiça* competente para o julgamento dos crimes sob comento, a regra é que tais feitos sejam processados perante a Justiça Comum Estadual. Não se trata, porém, de regra absoluta. Com efeito, a depender das circunstâncias do caso concreto, é perfeitamente possível que os crimes de abuso de autoridade sejam julgados por outras *Justiças,* senão vejamos:

a) Justiça Comum Federal: presente uma das hipóteses constantes do art. 109 da Constituição Federal, a competência para o processo e julgamento dos crimes de abuso de autoridade será da Justiça Federal. Vejamos alguns exemplos: a.1) crime previsto na Lei n. 13.869/19 cometido por (ou contra) funcionário público federal em razão das funções (**súmula n. 147 do STJ**), conforme disposto no art. 109, IV, da CF; a.2) crime de abuso de autoridade praticado no interior de Delegacia da Polícia Federal;[24] a.3) crime cometido a bordo de navio ou aeronave (CF, art. 109, IX); a.4) crime cometido por (ou contra) índio envolvendo a disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); a.5) crime de competência da Justiça Comum Estadual praticado em conexão e/ou continência com delito da competência da Justiça Comum Federal: de acordo com a **súmula n. 122 do STJ**, "compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal";

b) Justiça Militar da União (ou dos Estados): originariamente, a Justiça Militar da União (ou dos Estados) não tinha competência para o processo e julgamento dos crimes de abuso de autoridade, ainda que cometidos por militares em serviço. Isso porque tais delitos não estavam previstos no Código Penal Militar, e sim na legislação especial – na revogada Lei n. 4.898/65. Logo, não podiam ser considerados crimes militares.[25] Daí, aliás, os dizeres da **Súmula n. 172 do STJ**, segundo a qual "compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço". Como, à época, a competência da Justiça Castrense estava restrita ao processo e julgamento dos *crimes militares*, leia-se, àqueles previstos exclusivamente no Código Penal Militar, à Justiça Comum – Estadual, no caso de militares estaduais, e Federal, no caso de militares das Forças Armadas – caberia o processo e julgamento de tais feitos. Todavia, com o advento da Lei n. 13.491/17, de duvidosa constitucionalidade,[26] o cenário mudou completamente. Isso porque, consoante disposto no art. 9º, II, do Código Penal Militar, com redação dada pelo referido diploma normativo, a Justiça Militar da União e dos Estados passou a ter competência para julgar não apenas os crimes previstos no referido *Codex,* mas também aqueles previstos na *legislação penal*, quando praticados por militar da ativa em um dos contextos ali elencados. Referindo-se o inciso II do art. 9º do CPM aos crimes previstos na *legislação penal*, é dizer, àqueles previstos no Código Penal Comum e na Legislação Especial (v.g. Lei n. 8.666/93, Lei n. 13.869/19, etc.), é de se concluir que, pelo menos enquanto não declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 13.491/17, a Justiça Militar da União ou dos Estados passou a ter competência para o processo e julgamento dos crimes de abuso de autoridade. Por conseguinte, na eventualidade de um Policial Militar do Estado do Ceará, no exercício da função, com a finalidade específica de prejudicar

24. Com esse mesmo raciocínio, reconhecendo, porém, a competência da Justiça Federal, a teor do art. 109, IV, da CF, para processar e julgar crime de tortura praticado por policiais militares estaduais no interior de Delegacia da Polícia Federal: STJ, 3ª Seção, CC 102.714/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 26/05/2010, DJe 10/06/2010.

25. Nesse contexto: STF, 1ª Turma, RHC 59.444/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 16/03/1982, DJ 18/06/1982.

26. Quando aprovada pelo Congresso Nacional, a Lei n. 13.491/17 trazia, em seu bojo, o art. 2º, que tinha a seguinte redação: "Art. 2º. Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada". O dispositivo, todavia, acabou sendo vetado pelo então Presidente da República Michel Temer. Exsurge daí a grande controvérsia acerca da Lei n. 13.491/17: seria possível que o Presidente da República vetasse o art. 2º da Lei n. 13.491/17, transformando uma lei temporária em permanente? À primeira vista, pode-se chegar à conclusão de que o veto apresentado pelo Presidente da República estaria em plena consonância com a Constituição Federal, notadamente com o art. 66, §2º, que prevê que o veto parcial somente abrangerá *texto integral de artigo*, de parágrafo, de inciso ou de alínea. Ora, como o art. 2º foi vetado em sua integralidade, e não de maneira parcial, ter-se-ia como válido o veto do Presidente da República. De mais a mais, o veto presidencial ao art. 2º do Projeto de Lei estaria plenamente justificado diante de sua manifesta inconstitucionalidade, porquanto não se pode admitir uma mudança temporária de competência, sob pena de criação de um verdadeiro tribunal de exceção. Com a devida vênia, por mais que tenha havido o veto integral de um artigo, não nos parece possível concluir pela constitucionalidade da Lei n. 13.491/17, sob pena de se admitir que o Presidente da República modifique, por completo, aquilo que fora aprovado pelo Congresso Nacional. Bem ou mal, fato é que o Projeto de Lei aprovado pelo Congresso previa uma mudança temporária de competência. Ao vetar o art. 2º, o Presidente da República conferiu a essa mudança uma natureza definitiva, permanente, desnaturando integralmente aquilo que fora aprovado pelo Poder Legislativo. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor ao nosso *Manual de Processo Penal* (8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020).

um preso, constrangê-lo mediante violência a ter seu corpo exibido à curiosidade pública, caberá à Justiça Militar do respectivo Estado o processo e julgamento do crime militar previsto no art. 13, inciso I, da Lei n. 13.869/19, c/c art. 9º, II, alínea "c", do Código Penal Militar, com redação dada pela Lei n. 13.491/17.

Por fim, a competência territorial será determinada com base no local em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, com base no lugar em que for praticado o último ato de execução, consoante disposto no art. 70 do CPP.

CAPÍTULO III
DA AÇÃO PENAL

Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

§1º Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

§2º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de 6 (seis) meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.

9. AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE.

9.1. Ação penal pública incondicionada como regra geral.

O titular da ação penal pública incondicionada é o Ministério Público (CF, art. 129, I), e sua peça inaugural é a denúncia. É denominada de incondicionada porque a atuação do Ministério Público não depende da manifestação da vontade da vítima ou de terceiros. Ou seja, verificando a presença das condições da ação e havendo justa causa para o oferecimento da denúncia, a atuação do Parquet prescinde do implemento de qualquer condição.

Funciona a ação penal pública incondicionada como a regra geral em nosso ordenamento jurídico. De acordo com o art. 100, *caput*, do CP, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. Por isso, é de todo evidente que o disposto no art. 3º da Lei n. 13.869/19 revela-se absolutamente desnecessário, porquanto redundante. Ora, se não constasse da referida Lei nenhuma referência explícita à necessidade de *representação* ou de *queixa crime*, a transformar os crimes nela previstos em delitos de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal de iniciativa privada, respectivamente, ter-se-ia como inexorável a conclusão de que os crimes seriam de ação penal pública incondicionada. Afinal, consoante disposto no art. 12 do Código Penal, as regras gerais deste *Codex* aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

Aliás, não por outro motivo, deliberou o Presidente da República por vetar o referido dispositivo, fazendo-o nos seguintes termos: "A ação penal será sempre pública incondicionada, salvo quando a lei expressamente declarar o contrário, nos termos do art. 100 do Código Penal, logo, é desnecessária a previsão do *caput* do dispositivo proposto. Ademais, a matéria, quanto à admissão de ação penal privada, já é suficientemente tratada na codificação penal vigente, devendo ser observado o princípio segundo o qual o mesmo assunto não poderá ser disciplinado em mais de uma lei, nos termos do inciso IV do art. 7º da Lei Complementar 95, de 1998. Ressalta-se, ainda, que nos crimes que se procedam mediante ação pública incondicionada não há risco de extinção da punibilidade pela decadência prevista no art. 103 cumulada com o inciso IV do art. 107 do CP, conforme precedentes do STF (v.g. STF. RHC 108.382/SC. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. T1, j. 21/06/2011)." O veto, porém, foi inexplicavelmente rejeitado pelo Congresso Nacional.

9.2. Ação penal privada subsidiária da pública.

Diz a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIX, que será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. A ação penal privada subsidiária da pública, conhecida como ação penal acidentalmente privada (ou supletiva), também encontra previsão expressa no CP (art. 100, § 3º) e no CPP (art. 29). A previsão da ação penal privada subsidiária da pública no art. 5º da Constituição Federal denota que se trata de um direito fundamental, verdadeira cláusula pétrea, funcionando como importante forma de fiscalização do exercício da ação penal pública pelo Ministério Público.

Supondo, assim, a prática de um crime de abuso de autoridade, caso o Ministério Público

permaneça inerte, o ofendido – e tão somente ele,[27] ou seus sucessores, no caso de morte ou ausência (CPP, art. 31) – passa a deter legitimidade *ad causam* supletiva para o exercício da ação penal privada (no caso, subsidiária da pública). Logo, considerando-se que o Ministério Público tem o prazo de 5 (cinco) dias para se pronunciar quando o investigado está preso, e 15 (quinze), quando solto (CPP, art. 46, *caput*), se o órgão ministerial permanecer inerte – ou seja, se o órgão ministerial não oferecer denúncia, não requisitar diligências,[28] não requerer o arquivamento[29] ou a declinação de competência, nem tampouco suscitar conflito de competência –, surgirá para o ofendido, seu representante legal, ou sucessores, no caso de morte ou ausência da vítima, o direito de ação penal privada subsidiária da pública.

Para o Supremo Tribunal Federal, há de ser feita uma interpretação estrita em relação ao que se pode atribuir como atuação do Ministério Público, dela excluindo as posturas que, ainda que formalmente demonstrem uma forma de agir do acusador público, em realidade – e materialmente – não passam de subterfúgios utilizados para mascarar sua inércia acusatória. Por isso, em julgado da 1ª Turma,[30] concluiu-se que somente diligências imprescindíveis é que poderiam obstaculizar o ajuizamento da ação penal privada subsidiária da pública, excluindo, assim, aquelas movimentações na fase de investigação que seriam inúteis, ilegais ou destinadas a um não ajuizamento proposital da ação penal. Em outras palavras, somente atuações pautadas por um agir fundado em justificativas legalmente previstas é que desautorizam o ajuizamento daquela ação privada.

Caracterizada a inércia do *Parquet*, enquanto o ofendido não oferecer a queixa subsidiária, também denominada de queixa substitutiva, o Ministério Público continua podendo propor a ação penal pública, sendo possível fazê-lo inclusive após a propositura da queixa, caso opte por repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva (CPP, art. 29). Afinal, a inércia do Ministério Público não transforma a natureza da ação penal, que continua sendo pública. Tal conclusão é importante, porque demonstra que a ação continua sendo regida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade. Portanto, após o nascimento do direito de ação penal privada subsidiária da pública, por conta da inércia do órgão ministerial, o mesmo fato delituoso fica sujeito, simultaneamente, à ação penal privada subsidiária da pública, exercida pelo ofendido por meio da queixa subsidiária, e à ação penal pública, exercida pelo órgão do Ministério Público por intermédio de denúncia, em verdadeira hipótese de legitimação concorrente.

Vigora, quanto à ação penal privada subsidiária da pública, o princípio da oportunidade ou da conveniência. Portanto, caracterizada a inércia do órgão ministerial, fica a critério do ofendido ou de seu representante legal fazer a opção pelo oferecimento (ou não) da queixa subsidiária.

Para exercer o direito de ação penal privada subsidiária da pública, o ofendido deverá constituir um advogado. Caso não tenha condições de contratar um profissional da advocacia, tal atribuição ficará a cargo da Defensoria Pública. Por fim, na eventualidade de não haver Defensoria Pública na comarca, impõe-se ao juiz a nomeação de um advogado, nos termos do art. 32, *caput*, do CPP.

9.2.1. Atribuições do Ministério Público na ação penal privada subsidiária da pública.

Na ação penal privada subsidiária da pública, o Ministério Público atua como verdadeiro interveniente adesivo obrigatório (ou parte adjunta), devendo intervir em todos os termos do processo, sob pena de nulidade (CPP, art. 564, III, "d"). Quanto aos poderes do Ministério Público na ação penal privada subsidiária da pública, convém ficar atento ao dispositivo do art. 3º, §1º, da Lei n. 13.869/19, que, grosso modo, repete os dizeres do art. 29 do CPP, elencando as seguintes atribuições do Parquet:

a) rejeição da queixa-crime subsidiária: conquanto não elencada nos dispositivos citados, é

27. Como já se pronunciou o STF (1ª Turma, Pet 6.071 AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 13/09/2016, DJe 63 29/03/2017), "(...) a legitimidade para o ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública pertence a quem sofra, diretamente, as consequências do delito, e não à toda coletividade. A condição de cidadão não confere um direito difuso ao ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública. (...)".

28. Na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, a 2ª Turma do STF (HC 71.282/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20/09/1994, DJ 18/11/1994) já havia se manifestado no sentido de que a ação penal privada subsidiária da pública só teria cabimento se ficasse comprovada a inércia do Ministério Público. Logo, revelar-se-ia indevido falar em omissão do Ministério Público, se este, pelo fato de a representação não estar instruída com elementos de informação suficientes para a denúncia, tivesse requisitado a instauração de inquérito com tal finalidade.

29. Tendo o órgão do Ministério Público promovido o arquivamento dos autos do inquérito policial, resta claro que não houve inércia do *Parquet*, logo não cabe ação penal privada subsidiária da pública. Com esse entendimento: STF, Pleno, Inq 2.242 AgR/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 07/06/2006, DJ 25/08/2006, p. 16. Se houve a instauração de procedimento investigatório contra Promotora de Justiça, o qual, ao final, foi arquivado pela Procuradoria-Geral de Justiça por falta de tipicidade da conduta, não há como ter por cabível a ação privada subsidiária, mesmo que se reconheça como ausência de manifestação do MP o fato de o procurador-geral só ter arquivado a representação após o ajuizamento da citada ação penal subsidiária, pois eventual inação do MP estaria suprida por seu parecer de rejeição da queixa-crime, pedido que, segundo a jurisprudência, é irrecusável: STJ, 6ª Turma, HC 175.141/MT, Rel. Min. Celso Limongi, j. 02/12/2010, DJe 17/12/2010.

30. STF, 1ª Turma, HC 74.276/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/09/1996, DJe 37 23/02/2011.

perfeitamente possível que o Ministério Público opine pela rejeição da queixa-crime subsidiária, caso conclua pela presença de uma das hipóteses do art. 395 do CPP, quais sejam, inépcia da peça acusatória (I), ausência de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal (II) ou ausência de justa causa para o exercício da ação penal (III);

b) aditamento da queixa-crime: na ação penal exclusivamente privada e na ação penal privada personalíssima, o Ministério Público só tem legitimidade para proceder ao aditamento para corrigir aspectos formais, incluindo circunstâncias de tempo ou de lugar. Não poderá fazê-lo para adicionar um novo fato delituoso ou outro corréu, porquanto não possui *legitimatio ad causam* para tanto. Todavia, em se tratando de ação penal privada subsidiária da pública, como o crime é, em essência, de ação penal pública, o Ministério Público pode aditar a queixa subsidiária tanto em seus aspectos acidentais quanto em seus aspectos essenciais, quer incluindo novos fatos delituosos, quer adicionando outros coautores ou partícipes do fato delituoso;

c) repúdio da queixa-crime com subsequente oferecimento de denúncia substitutiva: pode o Ministério Público repudiar a queixa-crime subsidiária, desde que o faça até o recebimento da peça acusatória, apontando, fundamentadamente, que não houve inércia de sua parte. Nessa hipótese, prevalece o entendimento de que o Ministério Público se vê obrigado a oferecer denúncia substitutiva. Uma vez oferecida a queixa subsidiária, não pode o Ministério Público repudiá-la e requerer o arquivamento do inquérito policial. De fato, fosse possível ao Parquet repudiar a queixa subsidiária e nada fazer, tornar-se-ia cláusula morta o dispositivo constitucional do art. 5º, inciso LIX;

d) intervenção em todos os termos do processo: por força do art. 29 do CPP, c/c art. 3º, §1º, *in fine*, da Lei n. 13.869/19, na ação penal privada subsidiária da pública, deve o Ministério Público intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, assim como interpor recurso. Ademais, de acordo com o art. 564, III, "d", do CPP, haverá nulidade caso não haja a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

e) retomada da ação como parte principal (ação penal indireta): verificando-se a inércia ou negligência do querelante, deve o Ministério Público retomar o processo como parte principal. É o que se denomina de ação penal indireta. Como se vê, diversamente do que ocorre nas hipóteses de ação penal privada personalíssima e exclusivamente privada, em que a desídia do querelante poderá dar ensejo a perempção (CPP, 60), a inércia do querelante nos casos de ação penal privada subsidiária da pública não produz a extinção da punibilidade, já que a ação penal, em sua origem, é de natureza pública. De se ver, então, que a ação penal privada subsidiária da pública não está sujeita ao princípio da disponibilidade, porquanto, desistindo o querelante de prosseguir com o processo ou abandonando-o, o Ministério Público retomará o processo como parte principal.

9.3. Prazo para o exercício da ação penal privada subsidiária da pública (decadência imprópria).

A ação penal privada subsidiária da pública também está sujeita ao prazo decadencial de 6 (seis) meses, porém este prazo só começa a fluir do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia (CPP, art. 38, última parte, c/c art. 3º, §2º, da Lei n. 13.869/19). Além disso, como essa ação penal, em sua essência, é de natureza pública, a decadência do direito de ação penal privada subsidiária da pública não irá produzir a extinção da punibilidade, sendo, por isso, chamada de decadência imprópria.[31] Portanto, ainda que tenha havido a decadência do direito de queixa subsidiária, o Ministério Público continua podendo propor a ação penal pública em relação ao crime de abuso de autoridade em questão, logicamente desde que não tenha se operado a prescrição ou outra causa extintiva da punibilidade.

A título de exemplo, suponha-se que o Ministério Público tenha recebido os autos de inquérito policial de indivíduo solto investigado pela prática de abuso de autoridade em data de 1º de outubro de 2019 (terça-feira). Considerando que o Ministério Público tem 15 (quinze) dias para oferecer denúncia (CPP, art. 46), e tendo em conta que prazo de natureza processual só começa a fluir a partir do primeiro dia útil subsequente – no caso, dia 2 de outubro (quarta-feira) – temos que o prazo para o oferecimento da denúncia finda-se no dia 16 de outubro de 2019 (quarta-feira), data esta que deve ser considerada, então, como o último dia do prazo do órgão ministerial. Verificada a inércia do Ministério Público até essa data, surge

31. No sentido de que a decadência não acarreta a extinção da punibilidade em crimes de ação penal pública incondicionada: STF, 1ª Turma, RHC 108.382/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21/06/2011, DJe 146 29/07/2011.

para o ofendido o direito de propor a queixa subsidiária no dia seguinte – 17 de outubro de 2019. O ofendido terá, para tanto, o prazo decadencial de 6 (seis) meses. Esse prazo decadencial, apesar de não produzir a extinção da punibilidade, tem natureza penal, a ser contado nos termos do art. 10 do CP, logo, incluindo-se o dia do início no cômputo do prazo. Iniciando-se a contagem desse prazo decadencial no dia 17 de outubro de 2019 (quinta-feira), conclui-se que o ofendido decairá de seu direito de queixa subsidiária no dia 16 de abril de 2020 (quinta-feira), decadência esta, todavia, que não irá gerar a extinção da punibilidade, já que, em sua origem, o crime é de ação penal pública. Observe-se que esse prazo decadencial não se suspende, não se interrompe e nem se prorroga. Logo, se o prazo decadencial tivesse se expirado num sábado ou domingo, caberia ao ofendido antecipar a propositura da queixa-subsidiária.

CAPÍTULO IV

DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO E DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Seção I

Dos Efeitos da Condenação

Art. 4º São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos;

II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos;

III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública.

Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

10. EFEITOS EXTRAPENAIS DECORRENTES DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.

Efeitos da condenação são todas as consequências que, direta ou indiretamente, atingem a pessoa do condenado por sentença penal transitada em julgado. Esses efeitos não se limitam ao campo penal, incidindo também nas áreas cível, administrativa, trabalhista e político-eleitoral, entre outras. Esses efeitos extrapenais da sentença condenatória, por sua vez, podem ser subdivididos da seguinte forma:

a) efeitos extrapenais obrigatórios (ou genéricos): estão previstos no art. 91 do Código Penal (ou na Legislação Especial) e são aplicáveis por força de lei, independentemente de expressa declaração por parte da autoridade jurisdicional, uma vez que são inerentes à condenação, qualquer que seja a pena imposta (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa). Na verdade, a única condição para o implemento desses efeitos é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Recebem essa denominação por serem aplicáveis, em tese, a toda e qualquer condenação criminal;[32]

b) efeitos extrapenais específicos: previstos nos arts. 91-A (confisco alargado) e 92 do Código Penal (ou na Legislação Especial), esses efeitos não são automáticos, nem tampouco obrigatórios. Demandam declaração expressa e fundamentada constante da sentença condenatória. É nesse sentido, a propósito, o teor do art. 92, parágrafo único, do Código Penal: "Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença".

Firmada essa distinção, é possível concluir que o efeito da condenação constante do art. 4º, inciso I, da Lei n. 13.869/19 – obrigação de reparar o dano causado pelo crime – é um efeito extrapenal obrigatório em relação aos crimes de abuso de autoridade. Nesse ponto, é importante não confundir a *obrigação de indenizar o dano causado pelo crime*, que continua sendo um efeito obrigatório, à semelhança, portanto, do art. 91, I, do Código Penal, com a possibilidade de *fixação na sentença de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração*, que deve ser feita pelo juiz apenas se houver requerimento do ofendido nesse sentido. Em sentido diverso, os outros dois efeitos listados pelos incisos II e III do art. 4º devem ser compreendidos como de natureza específica. Prova disso, aliás, é o fato de o parágrafo único do art. 4º da nova Lei de Abuso de Autoridade dispor expressamente que estes dois últimos efeitos estão condicionados à ocorrência da reincidência em crime de abuso de autoridade

32. Por força do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), foi acrescentado ao Código Penal o denominado *confisco alargado* (confisco ampliado ou perda ampliada), nos seguintes termos: "Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito".

e *não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.*

Essas consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 4º da Lei n. 13.869/19 são decorrentes de sentença penal condenatória irrecorrível. Isso não ocorre, portanto, quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante.[33]

10.1. Obrigação de reparar o dano causado pelo delito.

O primeiro efeito extrapenal decorrente do trânsito em julgado de sentença condenatória pela prática de crime de abuso de autoridade é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, *a requerimento do ofendido*, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos (Lei n. 13.689/19, art. 4º, I).

Na parte inicial, o dispositivo reproduz, integralmente, os dizeres do art. 91, inciso I, do Código Penal, que também aponta como efeito extrapenal obrigatório da condenação *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime*. Diferencia-se, porém, pelo fato de, na sequência, dispor que, *a requerimento do ofendido*, deverá o juiz fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos. Nessa parte final, o art. 4º, I, da Lei n. 13.869/19 assemelha-se ao art. 387, inciso IV, do CPP, com redação alterada pela Lei n. 11.719/08, que também prevê que, ao proferir sentença condenatória, o juiz *fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.* A única diferença entre o art. 387, inciso IV, do CPP, e o art. 4º, inciso I, *in fine*, da nova Lei n. 13.869/19, é que, no caso da nova Lei de Abuso de Autoridade, há menção explícita à necessidade de requerimento do ofendido, o que não ocorre no âmbito do Código de Processo Penal.

Por consequência, o ofendido não é mais obrigado a promover a liquidação para apuração do *quantum debeatur*, podendo promover, de imediato, no âmbito cível, a execução do montante arbitrado na sentença condenatória transitada em julgado. No entanto, esse valor fixado pelo juiz criminal na sentença condenatória não é definitivo para a vítima. Isso porque, de acordo com o art. 63, parágrafo único, do CPP, transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do art. 387, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. A título de exemplo, suponha-se que, em sentença condenatória referente à prática do crime de abuso de autoridade, tenha o juiz fixado o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais) como indenização mínima em favor do ofendido. Com o trânsito em julgado desta decisão, a vítima poderá promover, de imediato, no âmbito cível, a execução deste valor, sem a necessidade de anterior procedimento de liquidação. Concomitantemente, caso entenda que este *quantum* ficara aquém do prejuízo efetivamente causado, poderá promover, também no juízo cível, liquidação por artigos da sentença condenatória transitada em julgado. Suponho que o prejuízo total apurado na liquidação cível irrecorrível seja de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), poderá ingressar com nova ação de execução *ex delicto*, limitada, todavia, à diferença entre o valor fixado na sentença condenatória irrecorrível a título de indenização mínima e o *quantum* total apurado na liquidação civil, a exemplo do que prevê o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97, art. 297, § 3º) e o Código Penal (art. 45, § 1º). Logo, restará a execução da quantia restante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Como se percebe, o mesmo título executivo judicial representado pela sentença condenatória com trânsito em julgado poderá dar ensejo, simultaneamente, à execução de valor líquido e outro ilíquido, devendo apenas esta última passar por prévia liquidação.

No âmbito do Código de Processo Penal – art. 387, inciso IV –, há controvérsias acerca da (im) possibilidade de fixação desse valor mínimo independentemente de requerimento do ofendido nesse sentido. No caso específico da nova Lei de Abuso de Autoridade, não deve haver qualquer discussão acerca do tema. Isso porque o art. 4º, inciso I, da Lei n. 13.869/19 é explícito acerca da necessidade de *requerimento do ofendido*, o que significa dizer que o magistrado não pode arbitrar o valor mínimo para reparação dos danos de ofício. Especificamente quanto ao momento para a formulação desse requerimento, há precedentes do STJ, relativos, porém, ao art. 387, IV, do CPP, no sentido de que se faz indispensável o pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público, este firmado ainda na denúncia, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.[34]

33. Com esse entendimento: STF, Pleno, RE 795.567/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 28/05/2015, DJe 177 08/09/2015.

34. STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.626.962/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 06/12/2016, DJe 16/12/2016. Na mesma linha, a súmula n. 131 do

Nos mesmos moldes que o art. 63, *caput*, do CPP, a legitimidade para requerer a fixação desse valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito recai sobre o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros (CPP, art. 63, caput). Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, parece-nos perfeitamente possível a aplicação subsidiária do art. 68 do CPP, segundo o qual a execução da sentença condenatória ou a ação civil poderão ser promovidas, a seu requerimento, pelo Ministério Público, que atuará como verdadeiro substituto processual. Com o advento da Constituição Federal, outorgando ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*), e à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (CF, art. 134), houve forte discussão quanto à recepção do art. 68 do CPP, já que, ao promover a ação civil *ex delicto* em favor de vítima pobre, o Ministério Público estaria agindo em nome próprio na defesa de interesse alheio, de natureza patrimonial e, portanto, disponível. Chamado a se pronunciar a respeito do assunto, o Supremo entendeu que o dispositivo seria dotado de inconstitucionalidade progressiva (ou temporária), ou seja, de modo a viabilizar o direito à assistência jurídica e judiciária dos necessitados, assegurado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXIV), enquanto não houvesse a criação de Defensoria Pública na Comarca ou no Estado, subsistiria, temporariamente, a legitimidade do Ministério Público para a ação de ressarcimento e de execução prevista no art. 68 do CPP, sendo irrelevante o fato de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.[35]

Em conclusão, como o art. 4º, inciso I, da Lei n. 13.869/19 faz menção genérica aos *danos causados pela infração*, sem estabelecer qualquer restrição quanto à espécie, não se pode restringir a reparação apenas aos danos patrimoniais. Se a fixação desse valor visa antecipar, ao menos em parte, o valor que seria apurado em ulterior liquidação de sentença no juízo cível, na qual toda e qualquer espécie de dano poderia ser objeto de quantificação, não há por que se negar ao juiz criminal a possibilidade de quantificá-los, desde já, na própria sentença condenatória. Portanto, para além dos danos patrimoniais, aí incluídos os danos emergentes (ou positivos) e os lucros cessantes (ou negativos), parece-nos possível a fixação de valor mínimo para reparação dos danos morais e estéticos, mas desde que haja elementos probatórios que permitam a fixação desse valor.[36]

10.2. Inabilitação para o exercício do cargo, mandato ou função pública.

O segundo efeito extrapenal previsto na nova Lei de Abuso de Autoridade é a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública,[37] pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos. A título de exemplo, suponha-se que, no curso do processo penal, sobrevenha a notícia de que o agente tenha pedido exoneração, renunciado ao mandato, ou que tenha sido demitido. Nesse caso, por razões óbvias, não seria possível que o juiz determinasse a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Mas seria perfeitamente possível que, motivadamente, inviabilizasse que o referido agente voltasse a exercer qualquer outro cargo, mandato ou função pública, por um período que pode variar entre 1 (um) a 5 (cinco) anos. Este efeito diferencia-se do seguinte – perda do cargo, do mandato ou da função pública – pelo fato de que, uma vez decorrido o

TRF da 4ª Região dispõe: "Para que o juiz possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, é necessário que a denúncia contenha pedido expresso nesse sentido ou que controvérsia desta natureza tenha sido submetida ao contraditório da instrução criminal".

35. STF, Tribunal Pleno, RE 135.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/06/1994, DJ 20/04/2001. Em sentido semelhante: STF, 1ª Turma, RE 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/05/1998, DJ 19/06/1998, p. 136; STJ, 4ª Turma, REsp 219.815/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal convocado do TRF/1ª –, j. 11/11/2008, DJe 24/11/2008. Reconhecendo a legitimação extraordinária do Ministério Público para promover, como substituto processual, a ação de indenização ex delicto em favor do necessitado quando, embora existente no Estado, os serviços da Defensoria Pública não se mostrarem suficientes para a efetiva defesa da vítima carente: STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 509.967/GO, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 12/12/2005, DJ 20/03/2006 p. 276.

36. Com base no art. 387, inciso IV, do CPP, a 6ª Turma do STJ tem precedentes admitindo a possibilidade de o juiz sentenciante quantificar o valor do dano moral sofrido pela vítima, desde que fundamente essa opção. A propósito, confira-se: STJ, 6ª Turma, REsp 1.585.684/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 09/08/2016, DJe 24/8/2016. Especificamente em relação a crimes cometidos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, mas cujo raciocínio também nos parece válido para crimes de abuso de autoridade, a 3ª Seção do STJ concluiu, recentemente, no julgamento do REsp 1.643.051/MS (Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 28/02/2018, DJe 08/03/2018), processado sob o rito dos recursos repetitivos, que é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória. No tocante à reparação dos danos morais, aquele Colegiado entendeu que não haveria razoabilidade na exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima, etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo ao valor da mulher como pessoa e à sua própria dignidade. É dizer, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela resultantes seriam evidentes e nem teriam mesmo como ser demonstrados. O merecimento à indenização seria ínsito à própria condição de vítima de violência doméstica e familiar. O dano, pois, seria *in re ipsa*.

37. Os conceitos de cargo, mandato e função, foram objeto de análise nos comentários ao art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 13.869/19, para onde remetemos o leitor.

período estabelecido na sentença condenatória, o agente público condenado volta a estar habilitado ao exercício das referidas atividades.

10.3. Perda do cargo, do mandato ou da função pública.

Em seu art. 92, inciso I, o Código Penal prevê, como efeito da condenação, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Em sentido diverso, ao se referir à *perda do cargo, do mandato ou da função pública*, a nova Lei de Abuso de Autoridade demanda apenas que o agente público seja reincidente em crime de abuso de autoridade. Nada dispõe acerca da quantidade de pena. Funciona, assim, o inciso III do art. 4º da Lei n. 13.869/19, como norma especial em relação ao art. 92, I, do Código Penal, daí por que, em se tratando de crimes dessa natureza, a aplicação motivada desse efeito poderá ocorrer independentemente do tipo de pena ou *quantum* de pena aplicada, desde que o agente seja reincidente específico em crime de abuso de autoridade.

À semelhança do entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto ao art. 92, inciso I, do CP, esta perda prevista no art. 4º, inciso III, da Lei n. 13.869/19, deve ficar restrita ao cargo, mandato ou função pública exercida pelo agente no momento do delito. Noutro giro, se o acusado encontrava-se, à época do crime, em pleno exercício do cargo, vindo a se aposentar dias depois, é plenamente legítima a cassação de sua aposentadoria, se tiver havido a declaração fundamentada da perda do cargo como efeito extrapenal da condenação por crime cometido na atividade.[38]

Portanto, diante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decretar a perda do cargo, do mandato ou da função pública, a autoridade administrativa tem o dever de proceder à demissão do servidor ou à cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária. Isso porque qualquer resultado a que chegar a apuração realizada no âmbito administrativo não terá o condão de modificar a força do decreto penal condenatório. Do administrador não se pode esperar outra conduta, sob pena, inclusive, de eventual responsabilização criminal pelos delitos de prevaricação e/ou desobediência.[39]

Diversamente do efeito específico do inciso II do art. 4º, em que a inabilitação ocorre por um período de 1 (um) a 5 (cinco) anos, a perda do cargo, do mandato ou da função pública funciona como efeito permanente, ou seja, o agente não só perde tais funções, mas se torna incapacitado para o exercício de outro cargo, função pública ou mandato. Somente por meio de reabilitação criminal (CP, arts. 93 a 95) poderá readquirir sua capacidade de ocupar novo cargo, função ou mandato, desde que por meio de uma nova investidura (concurso público ou eleição), sendo vedado, entretanto, o restabelecimento da situação anterior, ou seja, o retorno aos postos anteriormente ocupados.

10.4. Pressupostos para a aplicação dos efeitos dos incisos II e III do art. 4º da Lei n. 13.869/19.

De acordo com o parágrafo único do art. 4º, a aplicação dos efeitos previstos nos incisos II (inabilitação) e III (perda) está condicionada à ocorrência de *reincidência em crime de abuso de autoridade* e não é automática, devendo ser declarada motivadamente na sentença.

Referindo-se o parágrafo único do art. 4º à *reincidência em crime de abuso de autoridade*, denota-se que estamos diante de uma reincidência específica por outro crime de abuso de autoridade, mas não necessariamente pela incidência do mesmo tipo penal. Exemplificando, se o agente for condenado irrecorrivelmente pelo crime do art. 10 da Lei n. 13.869/19, e vier a praticar outro crime de abuso de autoridade (v.g., art. 12, *caput)* em momento posterior, observado o lapso temporal de 5 (cinco) anos do art. 64, I, do Código Penal, deverá ser considerado *reincidente em crime de abuso de autoridade*. Por outro lado, se um agente público cometer um crime de abuso de autoridade

38. Com esse entendimento, referindo-se, porém, ao art. 92, inciso I, do CP: STJ, 5ª Turma, REsp 914.405/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 23/11/2010, DJe 14/02/2011. Em sentido diverso, entendendo que a cassação da aposentadoria não pode ser aplicada como consectário lógico de condenação penal, mesmo que o fato apurado tenha sido cometido quando o funcionário ainda estava na ativa, o que, no entanto, não impede que a prática de crime em serviço acarrete a cassação da aposentadoria em eventual processo administrativo: STJ, 6ª Turma, RMS 31.980/ES, Rel. Min. Og Fernandes, j. 02/10/2012. No sentido de que, ainda que condenado por crime praticado durante o período de atividade, o servidor público não pode ter a sua aposentadoria cassada com fundamento no art. 92, I, do CP, mesmo que a sua aposentadoria tenha ocorrido no curso da ação penal: STJ, 5ª Turma, REsp 1.416.477/SP, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 18/11/2014.

39. STJ, 5ª Turma, RMS 22.570/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/03/2008, DJe 19/05/2008.

qualquer, já tendo, à época, e dentro do período de 5 (cinco) anos, sido condenado irrecorrivelmente por delito de natureza diversa (v.g., estelionato), por mais que se trate de *reincidente* para efeito de aplicação do art. 63 do Código Penal, não o será para fins de aplicação dos efeitos extrapenais específicos dos incisos II e III do art. 4º da Lei n. 13.869/19, pois, nesse caso, faz-se necessária a *reincidência específica em crime de abuso de autoridade*.

Por fim, convém destacar que a fundamentação a que se refere a parte final do parágrafo único do art. 4º da Lei n. 13.869/19 não se satisfaz com a mera reprodução dos critérios objetivos previstos na lei para a aplicação de tais efeitos. A título de ilustração, imagine-se a seguinte decisão: "(...) Por fim, em atenção ao disposto no art. 4º, III, da Lei n. 13.869/19, decreto a perda do cargo como efeito da condenação". Elaborada com tal singeleza, a decisão careceria de fundamentação suficiente a ensejar a nulidade desta parte do *decisum*. Na verdade, exige-se que o magistrado aponte a necessidade e adequação de tal medida às circunstâncias fáticas que deram ensejo à condenação do acusado. Enfim, deve a sentença declarar, motivadamente, os fundamentos da inabilitação ou da perda do cargo, mandato ou função, em fiel observância ao art. 93, IX, da Constituição Federal, sob pena de reconhecimento da nulidade do dispositivo da sentença condenatória em relação a esse ponto. Em conclusão, a despeito de necessidade de motivação na sentença, a aplicação desses efeitos específicos não está condicionada à formulação de pedido expresso na denúncia, vez que decorre de previsão legal expressa.

Seção II

Das Penas Restritivas de Direitos

Art. 5º As penas restritivas de direitos substitutivas das privativas de liberdade previstas nesta Lei são:

I - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;

II - suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens;

III - (VETADO).

Parágrafo único. As penas restritivas de direitos podem ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

11. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

Segundo o art. 68 do Código Penal, o cálculo da pena deve ser feito em três fases distintas: primeiro, deve ser encontrada a *pena-base*, analisando-se, para tanto, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; segundo, com base nas circunstâncias atenuantes e agravantes, deve ser fixada a *pena provisória*; por fim, chega-se à *pena definitiva*, levando-se em consideração as causas de aumento e de diminuição de pena. Uma vez fixada a pena definitiva, o passo seguinte é estipular o *regime inicial de cumprimento da sanção*. Na sequência, incumbe ao magistrado verificar a possibilidade de substituição da prisão por penas restritivas de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Essas penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade. Logo, não se pode admitir que alguém seja condenado a cumprir determinada pena privativa de liberdade e, simultaneamente, ao cumprimento de penas restritivas de direito. A propósito, eis o teor da **Súmula nº 493 do STJ**: "É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto". Na visão do STJ, também não cabe substituir por pena restritiva de direitos, com fundamento no art. 44 do CP, a pena privativa de liberdade aplicada aos crimes militares. Isso porque o art. 59 do CPM disciplinou de modo diverso as hipóteses de substituição cabíveis sob sua égide.[40]

Apesar de o art. 5º da Lei n. 13.869/19 apontar as espécies de restritivas de direitos passíveis de aplicação em relação aos crimes de abuso de autoridade, nada dispõe acerca dos requisitos para essa substituição. Destarte, ante o silêncio da lei especial, impõe-se a aplicação das regras gerais do art. 44 do Código Penal, nos termos do seu art. 12.

11.1. Espécies de penas restritivas de direitos passíveis de aplicação em relação aos crimes de abuso de autoridade.

De acordo com o art. 43 do Código Penal, as penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana. Em sentido relativamente diverso, o art. 5º da Lei n. 13.869/19 dispõe que *as penas restritivas de direitos substitutivas das privativas*

40. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 286.802-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23/10/2014.

de liberdade nela previstas são: I – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; II – suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens.

Da leitura desse dispositivo podemos extrair que o art. 5º da Lei n. 13.689/19 funciona como norma especial em relação ao art. 43 do Código Penal. Ora, não fosse a intenção do legislador restringir as espécies de restritivas de direitos passíveis de aplicação em relação aos crimes de abuso de autoridade, sequer haveria razão de ser para a existência do dispositivo legal sob comento. Se assim o fez, é porque houve a intenção de delimitar as restritivas de direitos que podem ser aplicadas para os crimes previstos na Lei n. 13.869/19.[41] Por consequência, na eventualidade de alguém ser condenado por um crime de abuso de autoridade, as únicas penas restritivas de direitos passíveis de aplicação são aquelas duas ali enumeradas. Em relação a tais delitos, revela-se inviável, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito de prestação pecuniária, perda de bens e valores e limitação de fim de semana, sendo que, quanto à interdição temporária de direitos, a única subespécie passível de aplicação é aquela constante do inciso II do art. 5º da Lei n. 13.869/19, qual seja, a suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens.

Superada tal controvérsia, vejamos as restritivas de direitos passíveis de aplicação em relação aos crimes de abuso de autoridade:

I – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas: a Lei n. 13.689/19 nada dispõe acerca do cumprimento dessa restritiva de direitos. Destarte, aplicam-se as regras gerais constantes do art. 46 do Código Penal;

II – suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens: diversamente do que ocorre com o inciso I do art. 5º, onde a prestação de serviços à comunidade terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no §4º do art. 46 do Código Penal, o inciso II do art. 5º determina que a suspensão do exercício do cargo, aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, poderá ser aplicada pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses. Noutro giro, a redação do inciso II também deixa claro que a suspensão deve se dar com a perda dos vencimentos e das vantagens. Ora, fosse mantido o pagamento do agente nesse período de suspensão de suas funções, criar-se-ia uma situação de desigualdade ou injustiça em comparação com o servidor que teve que trabalhar durante todo o mês para perceber sua remuneração. Em conclusão, importante não confundir a suspensão do exercício de cargo, mandato ou função, prevista no art. 5º, inciso II, da Lei n. 13.869/19, com a medida cautelar diversa da prisão de suspensão do exercício de função pública prevista no art. 319, inciso VI, do CPP. Enquanto aquela é espécie de pena restritiva de direito, aplicável, pois, ao final do processo em substituição à pena privativa de liberdade, esta é espécie de medida cautelar, passível de decretação durante a investigação preliminar ou no curso do processo, desde que presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* (necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais);[42]

III – (VETADO): quando aprovado pelo Congresso Nacional, o Projeto que deu origem à Lei n. 13.869/19 contemplava uma terceira pena restritiva de direito, qual seja a "proibição de exercer funções de natureza policial ou militar no Município em que tiver sido praticado o crime e naquele em que residir ou trabalhar a vítima, pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) anos." Este dispositivo (inciso III do art. 5º), todavia, acabou sendo vetado pelos seguintes motivos: "A propositura legislativa, ao prever a proibição apenas àqueles que exercem atividades de natureza policial ou militar no município da pratica do crime e na residência ou trabalho da

41. No mesmo sentido: AGI, Samer. Op. cit. p. 33. E ainda: MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. *A nova Lei de Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 – Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 48.

42. Como já se pronunciou o STJ (5ª Turma, EDcl no AgRg no HC 484.222/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11/04/2019, DJe 23/04/2019), "(...) parece-me consentâneo com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, a manutenção da medida cautelar imposta, a qual foi estabelecida de maneira suficiente aos fins visados, para garantia da ordem pública, evitando-se a reiteração delitiva, tendo o eg. Tribunal de origem consignado a necessidade de "obviar eventual abuso das prerrogativas parlamentares e manejo de uma potencial força política de autoridade (a denunciada A. ocupa, hoje, o cargo de Presidente da Casa Legislativa local), construída ao longo de anos a partir da influência e do capital político do seu irmão". Logo, na espécie, não existem elementos que indiquem, inequivocamente, que a revogação da medida alternativa à prisão cautelar seja a solução mais adequada ao caso concreto, mormente porque o v. acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte firmado sobre o tema no sentido de que a medida cautelar de afastamento do cargo mostra-se adequada e proporcional quando o agente se vale da função pública para prática de delitos, tornando a medida imprescindível para garantia da ordem pública, ante o fundado receio de reiteração delitiva, além de o e. magistrado ter reforçado a atualidade da medida, porquanto "até o presente momento os denunciados se encontram em plena atividade criminosa", [...] a servidora comissionada C. S. continua desempenhando a função de assessora de vereador, sendo remunerada pelos cofres públicos para desempenhar atividades de interesse privado dos ora denunciados. (...)".

vítima, fere o princípio constitucional da isonomia. Podendo, inclusive, prejudicar as forças de segurança de determinada localidade, a exemplo do Distrito Federal, pela proibição do exercício de natureza policial ou militar." Como este veto não foi derrubado pelo Congresso Nacional, é de se concluir que referida pena restritiva de direito não pode ser aplicada de modo a substituir eventual pena privativa de liberdade prevista na Lei n. 13.869/19.

11.2. Possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos de maneira autônoma ou cumulativa.

Verificada a presença dos requisitos que autorizam a substituição da pena de prisão pela restritiva de direitos, deve o magistrado escolher a mais adequada, assim como fixar a quantidade de restritivas que serão aplicadas no caso concreto. Caso a pena de prisão substituída não seja superior a um ano, o juiz poderá aplicar uma pena restritiva de direitos ou multa. Se a pena for superior a um ano, a lei faculta ao juiz substituí-la por duas penas restritivas de direitos ou uma pena restritiva de direito cumulada com multa (CP, art. 44, § 2º). Na mesma linha, o art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 13.869/19 prevê que as penas restritivas de direitos podem ser aplicadas autônoma ou cumulativamente. Por fim, na hipótese de não ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o juiz analisar a possibilidade de concessão da suspensão condicional da pena, nos termos dos arts. 77 e 78 do Código Penal.

CAPÍTULO V
DAS SANÇÕES DE NATUREZA CIVIL E ADMINISTRATIVA

Art. 6º As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.

Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração.

12. ILICITUDE PENAL, CÍVEL E ADMINISTRATIVA.

Nem todo desvio funcional praticado por um agente público terá o condão de tipificar um crime de abuso de autoridade. Na verdade, é possível afirmar que todo ilícito penal também será um ilícito cível e/ou administrativo, mas nem todo ilícito extrapenal será necessariamente um crime previsto na Lei n. 13.869/19. No plano abstrato, incumbe ao legislador decidir, mediante um juízo seletivo, quando uma conduta será considerada ilícito penal ou apenas administrativo/cível, verdadeiro *minus* quando comparado àquele.

A diferença entre ambos não é ontológica, mas apenas de grau. Nas lições de Nélson Hungria: "(...) Na diversidade de tratamento de fatos antijurídicos, a lei não obedece a um critério de rigor científico ou fundado numa distinção ontológica entre tais fatos, mas simplesmente a um ponto de vista de conveniência política, variável no tempo e no espaço. Em princípio, ou sob o prisma da lógica pura, a voluntária transgressão da norma jurídica deveria importar sempre a pena (*stricto sensu*). Praticamente, porém, seria isso uma demasia. O legislador é um oportunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas. Se o fato *contra jus* não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarme coletivo, contenta-se ele com o aplicar a mera sanção civil (ressarcimento do dano, execução forçada, nulidade do ato). O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem não se possa obter por outros meios de reação, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do direito que não o penal). A pena é um *mal*, não somente para o réu e sua família, senão também, sob o ponto de vista econômico, para o próprio Estado. Assim, dentro de um critério prático, é explicável que este se abstenha de aplicá-la fora dos casos em que tal abstenção represente um *mal maior*".[43]

De mais a mais, ainda que cometido determinado crime de abuso de autoridade, é de rigor a aplicação do **princípio da subsidiariedade** para se determinar quando estará configura a infração penal ou uma simples falta disciplinar (ilícito administrativo). Ora, não se pode perder de vista que o Direito Penal funciona como medida de *ultima ratio*, pois se constitui em disciplina excessivamente gravosa e invasiva da liberdade de locomoção do indivíduo. Por conseguinte, se a violação à Administração Pública não ingressar na seara penal, podendo ser solucionada pelo Direito Administrativo Sancionador, será vedado o recurso à Lei n. 13.869/19. Nesse caso, o desvio funcional cometido pelo agente público será solucionado pela própria

43. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V. VII, p. 172-173.

Administração Pública, por meio do exercício de seu poder disciplinar ou atribuição disciplinar, é dizer, a prerrogativa fundada na supremacia do interesse público e reconhecida em favor do Poder Público para punir seus agentes pelo cometimento de infrações funcionais.

Por outro lado, a depender da gravidade do abuso de autoridade cometido pelo agente público, é perfeitamente possível a utilização de técnicas distintas para a proteção dos bens jurídicos tutelados, hipótese em que o agente estará sujeito às sanções passíveis de aplicação não apenas pelo Direito Penal, mas também pelo Direito Administrativo Sancionador e pelo Direito Civil. Nesse caso, não há falar em violação ao princípio do *ne bis in idem*. Afinal, estamos diante de ilícitos de natureza diversas, cujas sanções devem ser aplicadas pelas respectivas autoridades competentes, sempre respeitando-se o princípio do devido processo legal.

É exatamente nesse sentido o teor do art. 6º da nova Lei de Abuso de Autoridade, segundo o qual as penas nela previstas deverão ser aplicadas *independentemente* das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis. A título de exemplo, suponha-se que um Delegado de Polícia, com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, deixe de comunicar, imediatamente, a execução de prisão preventiva à autoridade judiciária que a decretou. Nesse caso, para além da persecução penal pelo crime do art. 12, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19, o agente também estará sujeito a eventual punição pela Corregedoria da Polícia Civil, sem prejuízo, ademais, de possíveis sanções civis (v.g., reparação do dano material, moral, etc.).

Em conclusão, revela-se oportuno lembrar que, ainda que um mesmo fato seja capaz de gerar consequências no âmbito cível, administrativo e criminal, não há necessidade de se determinar a suspensão do curso do processo cível até o julgamento definitivo daquele de natureza criminal, nem vice-versa. Não há, *in casu*, nenhuma questão prejudicial à luz dos arts. 92 e 93 do CPP.

12.1. Dever de comunicação de faltas funcionais à autoridade competente.

O parágrafo único do art. 6º da Lei n. 13.869/19 determina que o agente público responsável pelo recebimento de notícias de crimes deverá informar à autoridade competente eventual falta funcional – o que, via de regra, sempre ocorrerá, já que todo ilícito penal necessariamente também configura ilícito funcional –, com vistas à instauração de processo administrativo disciplinar (PAD) e ulterior punição disciplinar.[44] Em crimes de ação penal pública incondicionada, como é o caso do abuso de autoridade, essa *notitia criminis* pode ser feita por qualquer pessoa, nos exatos termos do art. 5º, §3º, do CPP.

> **Art. 7º** As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.

13. EFEITOS CIVIS DA ABSOLVIÇÃO PENAL.

A sentença absolutória não exerce qualquer influência sobre o processo cível e administrativo, salvo quando reconhece, categoricamente, a inexistência material do fato ou afasta peremptoriamente a autoria ou participação. É nesse sentido o disposto no art. 7º da Lei n. 13.869/19. O dispositivo guarda semelhança com o art. 66 do CPP e com o art. 935 do Código Civil.[45]

Como se percebe, a depender do fundamento, a sentença absolutória no tocante ao crime de abuso de autoridade poderá impedir não apenas a propositura de eventual ação civil *ex delicto*, mas também a responsabilização do agente no âmbito administrativo. Daí a importância de analisarmos o art. 386 do CPP, cujos incisos dispõem sobre os fundamentos da sentença absolutória:

I – estar provada a inexistência do fato: neste caso, o juiz formou sua convicção no sentido da inocorrência do fato no mundo fenomênico, isto é, o fato não ocorreu no mundo da natureza. Não se trata de falta de provas, ou de um estado de dúvida. Na verdade, há prova nos autos que confirmam peremptoriamente que o fato delituoso imputado ao acusado não ocorreu. Por isso, esse decreto absolutório faz coisa julgada no âmbito cível/administrativo, nos termos do art. 7º da Lei n. 13.869/19, c/c arts. 66 do CPP e 935 do CC;

44. Consoante disposto no art. 127 da Lei n. 8.112/90, são penalidades disciplinares: I – advertência; II – suspensão; III – demissão; IV – cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V – destituição de cargo em comissão; VI – destituição de função comissionada.

45. Como já se pronunciou o STJ, "(...) não havendo sentença penal que declare a inexistência do fato ou a negativa de autoria, remanesce a independência das esferas penal, cível e administrativa, permitindo-se que a Administração imponha ao servidor a pena de demissão, pois não há interferência daquelas premissas no âmbito da ação por improbidade administrativa". (STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 17.974/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 08/11/2011, DJe 11/11/2011).

II – não haver prova da existência do fato: esta decisão deve ser proferida pelo magistrado quando, por ocasião da sentença, persistir dúvida quanto à existência do fato delituoso. Em outras palavras, o crime de abuso de autoridade pode até ter existido, mas o juiz entende que não há provas suficientes que atestem sua existência. Trata-se, pois, de decisão baseada na regra de julgamento do *in dubio pro reo*. Logo, esta sentença absolutória não faz coisa julgada no âmbito cível e administrativo, porquanto não houve o reconhecimento categórico da inexistência do fato delituoso. É possível, pois, que o ofendido consiga, no âmbito extrapenal, eventual reparação pelos prejuízos sofridos em virtude da infração penal, valendo-se, para tanto, de outras provas que demonstrem a existência do fato e, consequentemente, a obrigação de reparar o dano. Subsiste, ademais, a possibilidade de responsabilidade administrativa do agente;

III – não constituir o fato infração penal: sempre que o legislador utiliza a expressão "não constituir o fato infração penal", refere-se à atipicidade da conduta imputada ao agente, seja no plano formal, seja no plano material (v.g, insignificância). Exemplificando, apesar de a Lei n. 13.689/19 não tipificar nenhuma conduta de abuso de autoridade a título culposo, isso não significa dizer que tal conduta não acarrete o dever de indenizar (CC, art. 186). Esta absolvição não repercute no âmbito cível e administrativo, já que o reconhecimento da atipicidade da conduta em sede processual penal não afasta a possibilidade de reconhecimento de sua ilicitude no âmbito extrapenal, com o consequente reconhecimento da obrigação de reparar os danos (CPP, art. 67, III). Idêntico raciocínio é aplicável nas hipóteses em que o agente público for absolvido devido à ausência do especial fim de agir do art. 1º, §1º;[46]

IV – estar provado que o acusado não concorreu para a infração penal: nos mesmos moldes que a decisão do inciso I do art. 386, esta decisão absolutória também é baseada em um juízo de certeza, porém, nesse caso, no sentido de que o acusado não concorreu para a prática delituosa na condição de autor, coautor ou partícipe. A título de exemplo, é possível que a instrução probatória demonstre que o autor, efetivamente, não poderia ter praticado o crime de abuso de autoridade, seja porque outro o autor, seja porque faticamente impossível a sua realização, vez que comprovada sua localização, temporal e espacial, em local diverso do crime. Como se trata de decisão absolutória baseada em um juízo de certeza, que reconhece categoricamente que o acusado não concorreu para o cometimento do delito, esta absolvição faz coisa julgada no âmbito extrapenal;

V – não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal: cuida-se de decisão baseada na existência de dúvida razoável acerca da autoria, coautoria ou participação. A título de exemplo, em processo penal no qual seja imputada ao acusado a execução de um crime de abuso de autoridade, se a defesa apresentar um álibi e o Ministério Público não conseguir provar a contento que o acusado encontrava-se efetivamente no local do crime, deve o magistrado absolver o acusado com fundamento no art. 386, V, do CPP. Ao contrário do inciso anterior, em que se reconhece categoricamente que o acusado não concorreu para a infração penal e, por isso, repercute no cível/administrativo, a hipótese do inciso V do art. 386 do CPP não faz coisa julgada no âmbito extrapenal, porquanto baseada na existência de dúvida razoável;[47]

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o acusado de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência: havendo certeza (ou mesmo fundada dúvida) sobre a existência de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, incumbe ao juiz absolver o acusado. Quanto aos reflexos civis da sentença absolutória proferida com base no art. 386, VI, do CPP, há de se ficar atento às diversas possibilidades:

a) provada a existência de causa excludente da ilicitude real: a decisão absolutória fará coisa julgada no cível, mas desde que o ofendido tenha dado causa à excludente. Reproduzindo, grosso

46. Na dicção do STJ, "(...) não é toda e qualquer decisão criminal transitada em julgado que produz efeito automático no cível, sendo certo que os arts. 65, 66, e 67, III, do CPP, requerem interpretação sistemática. Na hipótese sob exame, os recorrentes foram absolvidos em processo criminal gerado por apontado crime ambiental pelos mesmos fatos discutidos no juízo cível, mas não houve, na solução da controvérsia penal, o reconhecimento da inexistência do fato, sendo que a decisão absolutória limitou-se a dispor que o ato praticado não constitui crime, pelo que, tornou-se claro que o determinado nesse âmbito em nada repercute nas medidas administrativas cíveis ora discutidas. (...)". (STJ, 1ª Turma, REsp 539.189/SC, Rel. Min. José Delgado, j. 11/05/2004, DJ 02/08/2004 p. 316).

47. Como já se pronunciou o STJ, "(...) a sentença absolutória proferida na esfera penal por ausência de provas suficientes da autoria não vincula as esferas administrativa e cível, o que ocorre somente quando naquela instância tenha sido taxativamente declarado que o réu não foi o autor do crime ou que o fato não existiu". (STJ, 6ª Turma, REsp 879.734/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/10/2010, DJe 18/10/2010). No sentido de que a absolvição na esfera criminal por insuficiência de provas não interfere na seara da punição administrativa, tendo, porém, repercussão na instância administrativa apenas quando a sentença proferida no juízo criminal negar a existência do fato criminoso ou afastar sua autoria: STJ, 5ª Turma, REsp 1.028.436/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 15/09/2011, DJe 17/11/2011.

modo, os dizeres do art. 65 do CPP, o art. 8º da Lei n. 13.869/19 dispõe que faz coisa julgada no cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa,[48] em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.[49] Por exemplo, na legítima defesa, se o ofendido deu início à agressão injusta, o acusado absolvido no processo penal com fundamento no art. 25, *caput*, do CP não se sujeitará à ação no âmbito extrapenal. Raciocínio semelhante será aplicado ao estado de necessidade defensivo, se o ofendido tiver provocado a situação de perigo atual, ou se, nos casos de estrito cumprimento do dever legal ou de exercício regular de direito, a vítima tiver sido a responsável pelas respectivas justificantes. Todavia, se o fato praticado ao amparo da excludente da ilicitude tiver atingido terceiro inocente ou se o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito não tiverem sido desencadeados pela pessoa ofendida, mas por um terceiro (v.g., estado de necessidade agressivo), a vítima não fica impedida de buscar no cível, em demanda proposta contra o acusado absolvido, a indenização pelos prejuízos sofridos. Nesse caso, o acusado absolvido, uma vez acionado pela vítima, poderá intentar ação regressiva contra o terceiro que deu causa à situação. Por fim, eventual absolvição do agente público com base em causa excludente da ilicitude real não impede que a vítima busque, no cível, e exclusivamente em face do Estado, a devida reparação, já que, nesse caso, vigora a regra da responsabilidade objetiva;[50]

b) provada a existência de causa excludente da ilicitude putativa e erro na execução (*aberratio ictus*): a absolvição com fundamento na legítima defesa putativa não impede a propositura da ação civil *ex delicto*, salvo se a repulsa resultar de agressão do próprio ofendido.[51] Na mesma linha, se o acusado, em legítima defesa real, atinge terceiro inocente em virtude de erro na execução, também deverá ser absolvido na esfera criminal, o que não afasta sua responsabilidade na esfera civil. Nesse caso, poderá promover ação regressiva contra aquele que deu ensejo à excludente de ilicitude, nos termos do art. 930, parágrafo único, do Código Civil;

c) provada a existência de causa excludente da culpabilidade: eventual absolvição do acusado com base no reconhecimento categórico de causa exculpante (v.g., erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica, inexigibilidade de conduta diversa, embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior) não faz coisa julgada no âmbito cível;

d) fundada dúvida acerca de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade: como se trata de decisão absolutória baseada na regra probatória do *in dubio pro reo*, não tem ela o condão de impedir que o acusado absolvido seja acionado civilmente;

VII – não existir prova suficiente para a condenação: como se demanda um juízo de certeza para a prolação de um decreto condenatório, caso persista uma dúvida razoável por ocasião da prolação da sentença, o caminho a ser adotado pelo magistrado penal é a absolvição do acusado. Mais uma vez, como se trata de decisão baseada no *in dubio pro reo*, esta absolvição não gera qualquer repercussão na seara cível, daí por que é plenamente possível que a vítima ingresse com ação ordinária de indenização em face do acusado, e que o agente público seja punido no âmbito disciplinar.

> **Art. 8º** Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

13.1. Efeitos civis de absolvição penal com fundamento nas excludentes de ilicitude.

O tema foi objeto de análise nos comentários ao art. 7º da Lei n. 13.869/19, para onde remetemos o leitor.

48. Consoante disposto no art. 25, parágrafo único, do CP, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), "observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes".

49. A despeito de o legislador não fazer referência às demais causas excludentes da ilicitude, revela-se possível o emprego de analogia *in bonam partem* para concluir que estas também devem vincular a esfera penal.

50. Como já se pronunciou o STJ, "(...) a questão federal está em saber se, absolvidos os agentes da polícia no juízo criminal em razão de causa excludente de ilicitude - no estrito cumprimento do dever legal (art. 65, CPP) -, pode ser o Estado demandado em razão do dano causado (homicídio) a herdeiros da vítima, existindo, como causa de pedir, a responsabilidade objetiva estatal - fato do serviço. (...) Realmente, a sentença absolutória fundada em excludente de ilicitude repercute sobremaneira no juízo cível, a teor do art. 65 do CPP. Entretanto, a repercussão integral só acontece quando se está diante da responsabilidade civil subjetiva, hipótese bem diversa dos autos. Entendimento doutrinário e jurisprudência (...)". (STJ, 2ª Turma, REsp 884.198/RO, Rel. Min. Humberto Martins, j. 10/04/2007, DJ 23/04/2007 p. 247).

51. No sentido de que a legítima defesa putativa não exclui a responsabilidade civil pelos danos que dela decorrem: STJ, 3ª Turma, REsp 513.891/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 20/03/2007, DJ 16/04/2007, p. 181.

CAPÍTULO VI

DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(...)

14. DECRETAÇÃO DE MEDIDA DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE EM MANIFESTA DESCONFORMIDADE COM AS HIPÓTESES LEGAIS.[52]

14.1. Rejeição do veto presidencial pelo Congresso Nacional.

Tão logo aprovado pelo Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 7.596, de 2017 (n. 85/17 no Senado Federal), que deu origem à nova Lei de Abuso de Autoridade, foi alvo de diversos vetos por parte do Presidente da República – no total, foram 33 (trinta e três –, nos termos do art. 66, §1º, da Constituição Federal. Dentre os dispositivos vetados estava a integralidade do art. 9º (*caput* e parágrafo único). Na visão do Chefe do Poder Executivo, "a propositura legislativa, ao dispor que se constitui crime 'decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais', gera insegurança jurídica por se tratar de tipo penal aberto e que comportam interpretação, o que poderia comprometer a independência do magistrado ao proferir a decisão pelo receio de criminalização da sua conduta." Ocorre que o veto em questão foi rejeitado pelo Congresso Nacional (CF, art. 66, §4º)[53] em sessão conjunta realizada no dia 24 de setembro de 2019.

14.2. Direito intertemporal.

A conduta incriminada pelo art. 9º, *caput*, da Lei n. 13.869/19, já era tipificada na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, nos seguintes termos: "Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder". Houve, porém, um sensível incremento da pena privativa de liberdade. Com efeito, na vigência da legislação pretérita, a pena privativa de liberdade prevista para essa conduta delituosa era de detenção por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.869/19, a pena de prisão cominada passou a ser de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Por se tratar de *lex gravior*, esse novo preceito secundário deve abranger apenas as condutas delituosas cometidas a partir da vigência desta figura delituosa, o que ocorreu no dia 25 de janeiro de 2020,[54] sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa (CF, art. 5º, XL).

14.3. Bem jurídico tutelado.

O crime do art. 9º, *caput*, tutela não apenas a Administração Pública, mas também a liberdade de locomoção do indivíduo (CF, art. 5º, incisos XV e LXI), diretamente prejudicado pela decretação de medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais.

14.4. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime é o agente público, nos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Cuida-se, pois, de crime próprio, porquanto se exige uma qualidade especial do agente. Há quem entenda que o único agente público capaz de praticar o crime do art. 9º, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade seria o magistrado – Juiz de 1ª instância, Desembargador ou Ministro –, porquanto somente ele poderia *decretar* medida de privação de liberdade.[55] Não nos parece ser este o melhor entendimento. A uma porque, comparando-se a redação do *caput* com a do parágrafo único, ambos do art. 9º, é possível notar que, neste último caso, o legislador faz referência expressa à *autoridade judiciária*, expressão esta que não consta daquele. Não bastasse isso, é fora de dúvida que todo e qualquer agente público, pelo menos em tese, pode decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. Basta imaginar que um Promotor de Justiça, teratologicamente, decrete a prisão temporária de alguém, ou que um Delegado de Polícia determine a prisão em flagrante de uma pessoa que não esteja

52. Note o leitor que, na esteira do que geralmente ocorre no âmbito da Legislação Especial (v.g. Lei de Lavagem de Capitais, Lei de Drogas, etc.), a nova Lei de Abuso de Autoridade optou por não colocar acima de cada um dos crimes nela definidos uma rubrica marginal (*nomen juris* ou título do delito), como ocorre, por exemplo, no âmbito do Código Penal (v.g., *Homicídio* – art. 121) e, em raríssimas oportunidades, na legislação extravagante (v.g., Estatuto do Desarmamento). Sem embargo, optamos por *criar* essas rubricas marginais na presente obra exclusivamente por razões didáticas, de modo a facilitar a compreensão do leitor acerca dos diversos tipos penais existentes na Lei n. 13.869/19.

53. No total, foram derrubados 18 (dezoito) dos 33 vetos parciais do Presidente da República.

54. Para mais detalhes acerca das diferentes datas de entrada em vigor de alguns dispositivos da nova Lei de Abuso de Autoridade, remetemos o leitor aos comentários ao art. 45.

55. Com esse entendimento: AGI, Samer. Op. cit. p. 41; MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. Op. cit. p. 56.

em situação de flagrante delito (CPP, art. 302, I, II, III e IV). Ora, em tais hipóteses, parece não haver qualquer dúvida quanto à possibilidade de tipificação do crime do art. 9º, *caput*, desde que presente o especial fim de agir do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19.[56] É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 5** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "O sujeito ativo do art. 9º, *caput*, da Lei de Abuso de Autoridade, diferentemente do parágrafo único, não alcança somente autoridade judiciária. O verbo núcleo 'decretar' tem o sentido de determinar, decidir e ordenar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais".

Por sua vez, o sujeito passivo, para além do Estado, é a pessoa que teve contra si decretada uma media de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. Na hipótese em que a vítima for uma criança ou adolescente, não se aplica o disposto no art. 9º da Lei n. 13.869/19, mas sim o art. 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente ("Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente"), por se tratar de norma especial.

14.5. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo do *caput* do art. 9º é **decretar**, que significa determinar, decidir, ordenar, estabelecer explicitamente, mandar, etc. O objeto dessa ordem é uma **medida de privação da liberdade**, penal ou extrapenal, cujo conceito abrange, exemplificativamente:

a) prisão em flagrante: trata-se de medida de autodefesa da sociedade consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância (CPP, art. 302, incisos I, II, III e IV), a ser executada independentemente de prévia autorização judicial (CF, art. 5º, LXI);

b) prisão preventiva: cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente – juiz das garantias, se decretada na fase investigatória (CPP, art. 3º-B, V, incluído pela Lei n. 13.964/19), ou juiz da instrução e julgamento, se decretada após o recebimento da denúncia (CPP, art. 3º-C, §1º, incluído pela Lei n. 13.964/19) – mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente – jamais de ofício (CPP, art. 282, §2º, com redação determinada pela Lei n. 13.964/19) –, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP (garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal), e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319);

c) prisão temporária: trata-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente exclusivamente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*;

d) prisão penal: a prisão penal, prisão-pena ou *carcer ad poenam*, é aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impôs o cumprimento de pena privativa de liberdade (STF, Pleno, ADC 43/DF, ADC 44/DF, ADC 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/11/2019);

e) medidas cautelares diversas da prisão: introduzidas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal pela Lei n. 12.403/11, as cautelares diversas da prisão funcionam como espécies de medidas cautelares de natureza pessoal. Conquanto não acarretem a privação absoluta da liberdade de locomoção, parece-nos perfeitamente possível inseri-las dentro do conceito de *medida de privação da liberdade* para fins de tipificação do crime do art. 9º, *caput*, da Lei n. 13.869/19. Isso porque tais medidas implicam em determinada restrição à liberdade de ir, vir e ficar. Basta pensar, a título de exemplo, no recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, previsto no inciso V do art. 319 do CPP, de onde se extrai evidente privação da liberdade de locomoção do indivíduo;

f) medida de segurança de internação: consiste na internação em hospital de custódia e tratamento

56. No mesmo sentido: PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. Op. cit. p. 74; GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 60.

psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado (CP, art. 96, I);

g) prisão do militar nos casos de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar: em ambas as hipóteses, o militar federal ou estadual poderá ser preso independentemente de prévia autorização judicial e mesmo que não esteja em situação de flagrante delito (CF, art. 5º, LXI, última parte);

h) semiliberdade: de acordo com o art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial;

i) internação: consoante disposto no art. 121 da Lei n. 8.069/90, a internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O art. 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente refere-se apenas à *apreensão* de criança ou adolescente, daí por que, em se tratando de internação decretada em manifesta desconformidade com as hipóteses legais, o juízo de tipicidade deve ser feito à luz do art. 9º, *caput,* da Lei n. 13.869/19;

j) internação psiquiátrica: o art. 6º da Lei n. 10.216/01 prevê que a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: a) internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; b) internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e c) internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Para fins de tipificação do crime do art. 9º, *caput,* da Lei n. 13.869/19, a decretação dessa medida de privação da liberdade deve se dar **em manifesta desconformidade com as hipóteses legais**. Mas qual seria o significado dessa preliminar? Difícil dizer.

De fato, o grau de indeterminação dessa elementar do art. 9º, *caput,* vem de encontro ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX). Como é sabido, na garantia da *lex certa,* uma das dimensões de garantia do referido postulado, está contemplado o "princípio da precisão", da "certeza" ou da "taxatividade" (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), isto é, o tipo penal deve ser rigorosamente delimitado pelo legislador, sob pena de se desconhecer o limite entre o lícito e o ilícito. Lei incerta não pode, portanto, criar obrigação certa. A descrição do preceito incriminador da norma primária, assim como da sanção, deve ser de tal modo patente e evidente que evite qualquer atividade criativa por parte do juiz.[57]

Não há dúvidas de que, à semelhança do art. 9º, *caput,* constam da nova Lei de Abuso de Autoridade outras dezenas de tipos penais que serão – aliás, já são – objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal à luz da regra da taxatividade. Isso porque revelam uma abstração poucas vezes vista no nosso ordenamento jurídico. De fato, o que se pode compreender por medida de privação da liberdade *em manifesta desconformidade com as hipóteses legais* para fins de tipificação do crime do art. 9º? E a expressão *manifestamente cabível,* constante dos incisos II e III do parágrafo único do art. 9º? O que dizer, então de expressões como *manifestamente descabida* (art. 10), *pleito de preso* à autoridade judiciária competente (art. 19), *qualquer indício da prática de crime* (art. 27), *justa causa fundamentada* (art. 30), *estender injustificadamente a investigação* (art. 31), demorar *demasiada e injustificadamente* (art. 37), entre outras tantas? Confere-se, por meio de tipos penais de duvidosa constitucionalidade, perigosa discricionariedade ao magistrado para atestar o que seria e o que não seria típico, o que pode acarretar uma reação em cadeia dos agentes públicos que passarão a se omitir por medo. É dizer, ainda que tenham consciência de que seus atos podem ser objeto de impugnação por meio de recursos ou ações constitucionais, estarão sujeitos ao risco de serem admoestados, como, aliás, já vêm sendo por diversos advogados, ou representados criminalmente sem qualquer fundamento, o que, em última análise, pode causar prejuízos não apenas à segurança pública (CF, art. 144), como também à própria efetividade da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Enfim, resta aguardar o deslinde das diversas ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra a Lei n. 13.869/19 ora em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal.[58]

57. Nesse contexto: GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral.* Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 38.

58. Desde a publicação da Lei n. 13.869/19 no dia 5 de setembro de 2019, diversas ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas contra a nova Lei de Abuso de Autoridade: 1) **ADI n. 6.234**: ajuizada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e Distrito Federal (Anafisco); 2) **ADI n. 6.236**: de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); 3) **ADI n. 6.238**: proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e pela Associação dos Procuradores da República (ANPR); 4) **ADI n. 6.239**: apresentada pela Associação dos Juízes Federais do Brasil; 5) **ADI n. 6.240**: oferecida pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip); 6) **ADI n. 6.266**: ajuizada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF). Como a primeira ADI foi distribuída ao Min. Celso de Mello, as demais

De todo modo, ante a obrigação de comentarmos todos os dispositivos legais da nova Lei de Abuso de Autoridade, nos resta a difícil tarefa de buscar a correta interpretação dessa elementar. Pois bem. Levando-se em consideração a vedação do crime de hermenêutica constante do art. 1º, §2º, o ideal é concluir que eventual divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas jamais terá o condão de caracterizar o crime do art. 9º, *caput*. Portanto, é indispensável que a medida decretada seja teratológica, ou seja, que se trate de uma ilegalidade chapada, manifesta, flagrante. Exemplificando, se um juiz da instrução e julgamento de primeira instância decretar, de ofício, a *prisão temporária* de alguém durante a *fase processual*, em virtude da prática de um crime de *ameaça*, parece não haver qualquer dúvida de que se trata de decisão em *manifesta desconformidade com as hipóteses legais*. Primeiro, porque referida prisão cautelar tem seu âmbito de aplicação restrito à fase investigatória. Segundo, porque o crime de ameaça não está elencado entre aqueles que admitem a prisão temporária. Terceiro porque, com o advento do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), nenhuma espécie de medida cautelar pode ser decretada de ofício, seja na fase investigatória, seja na fase processual da persecução penal (CPP, art. 282, §§2º e 4º, c/c art. 311). Daí por que o agente deverá responder pelo crime do art. 9º, *caput*, da Lei n. 13.869/19. Agora, se um juiz das garantias decretar, no curso de um inquérito policial instaurado para apuração de crime de homicídio qualificado, uma prisão temporária por entender presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, eventual discordância do Tribunal, por ocasião da apreciação de um *habeas corpus*, quanto à presença dos referidos pressupostos, jamais poderá levar à conclusão de que o magistrado de primeira instância teria incidido, sob o ponto de vista objetivo, em abuso de autoridade, porquanto o que houve foi uma mera divergência no tocante à avaliação dos fatos e das provas constantes dos autos.

14.6. Tipo subjetivo.

Pune-se o crime a título de dolo. Exige-se, ademais, a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal (art. 1º, §1º), sendo certo que a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade (art. 1º, §2º). Não se admite a modalidade culposa.

14.7. Consumação e tentativa.

Estamos diante de um **crime formal** (de consumação antecipada). Consuma-se, pois, no exato momento em que a medida de privação da liberdade é decretada pelo agente público em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. Não há necessidade, portanto, da efetiva privação da liberdade do indivíduo, que, se vier a ocorrer, deverá ser compreendida como mero exaurimento do crime. Exemplificando, se um juiz decretar a prisão preventiva de um indivíduo *primário* pela prática de um crime de *furto simples* durante a *fase investigatória de ofício* com o especial fim de agir de prejudicá-lo, deverá responder pelo crime do art. 9º, *caput*, da Lei n. 13.869/19 em sua modalidade consumada, pouco importando que a detenção do indivíduo jamais tenha se concretizado devido à concessão de liminar em *habeas corpus* pelo Tribunal, que reconheceu o caráter ilegal da medida, seja pelo fato de não se admitir a decretação da preventiva de ofício durante a fase investigatória e na fase processual (CPP, art. 282, §2º, c/c art. 311, ambos com redação determinada pela Lei n. 13.964/19), seja pelo fato de a pena máxima cominada ao delito do art. 155, *caput*, do CP, não ser superior a 4 (quatro) anos e se tratar de cidadão não reincidente. Como exposto nos comentários ao art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19, considerando-se que *a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal*, funciona como mero elemento subjetivo especial do injusto, a consecução (ou não) desse resultado almejado pelo agente em nada interfere na consumação dos delitos de abuso de autoridade.

Pelo menos em regra, não se admite a tentativa, pois o verbo decretar traduz a ideia de conduta unissubsistente. No entanto, se a conduta for praticada por escrito, é factível a configuração do *conatus*.

14.8. Classificação doutrinária.

O art. 9º, *caput*, da Lei n. 13.869/19, pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio**: todos os crimes previstos na Lei n. 13.869/19 são próprios, pois exigem uma qualidade especial do agente, qual seja, agente público, objeto de análise nos comentários ao art. 2º. Ademais, ainda que não conste do tipo penal qualquer referência explícita nesse sentido, é indispensável que o agente público

também lhe foram distribuídas em virtude da prevenção (RISTF, art. 77-B), haja vista a coincidência total ou parcial de objetos.

em questão tenha o poder de mando concreto no que diz respeito àquela prerrogativa que alegou ter, sob pena de atipicidade da conduta. Afinal, consoante disposto no art. 1º, *in fine*, da Lei n. 13.869/19, todo e qualquer crime de abuso de autoridade pressupõe que o agente *abuse do poder que lhe tenha sido atribuído*; **b) crime formal (de consumação antecipada ou de resultado cortado)**: existe um resultado – privação da liberdade de locomoção –, que, no entanto, não precisa ocorrer para que se verifique a consumação do delito; **c) crime comissivo:** pelo menos em regra, o que não impede que o fato seja praticado por meio de omissão imprópria, nas hipóteses em que o agente ostente a condição de garantidor (CP, art. 13, §2º) e, dolosamente, com o especial fim de agir do art. 1º, §1º, nada faça para impedir a superveniência do resultado; **d) crime unissubjetivo**: o crime pode ser praticado por uma única pessoa, conquanto admita o concurso de agentes; **e) crime unissubsistente ou plurissubsistente**: se praticado verbalmente, ter-se-á crime unissubsistente, não admitindo, portanto, a tentativa. Se, todavia, a conduta for praticada por escrito, a conduta poderá ser fracionada (plurissubsistente), hipótese em que não se pode afastar a possibilidade de configuração do *conatus;* **f) crime de dano:** pressupõe a efetiva lesão ao bem jurídico; **g) crime instantâneo:** a conduta criminosa não se dilata no tempo; **h) crime de forma livre**: são aqueles que admitem qualquer meio de execução; **i) crime pluriofensivo:** é aquele que atinge dois ou mais bens jurídicos. No caso específico do art. 9º, *caput,* tutela-se a Administração Pública e a liberdade de locomoção do indivíduo.

14.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

Como exposto nos comentários ao art. 3º da nova Lei de Abuso de Autoridade, a ação penal é pública incondicionada, admitindo-se a ação penal privada subsidiária da pública se acaso verificada a inércia do órgão ministerial.

A pena cominada aos crimes do art. 9º da Lei n. 13.869/19 é de *detenção*, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, *e multa*. A leitura do preceito secundário autoriza a extração de importantes conclusões: a) como a pena privativa de liberdade é de detenção, o regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso possível, mesmo em caso de reincidência, será o semiaberto, admitindo-se, a título de regressão de regime, a imposição do fechado, nos exatos termos do art. 33 e seguintes do Código Penal; b) como a pena máxima é de 4 anos e se trata de crime que não é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, admite-se a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos previstas no art. 5º da Lei n. 13.869/19; c) quanto à pena de multa, ante o silêncio da Lei n. 13.869/19, aplica-se o disposto no Código Penal (art. 49 e seguintes).

Tendo em conta que a pena máxima é superior a 2 (dois) anos, não se trata de infração de menor potencial ofensivo. A competência, portanto, não é dos Juizados Especiais Criminais, mas sim do juízo comum, aplicando-se, *in casu*, o procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (CPP, arts. 513 a 518).[59]

Por se tratar de infração penal à qual é cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, admite-se a celebração de acordo de não persecução penal, desde que presentes os demais requisitos elencados pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.964/19. A propósito, eis o teor do **enunciado n. 28** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Crimes de abuso de autoridade, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, presentes os pressupostos do art. 18 da Res. 181/17 do CNMP,[60] admitirão o acordo de não persecução penal, salvo se a sua celebração não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime".

Se, por qualquer motivo, não for celebrado o acordo de não persecução penal, será possível o oferecimento de uma proposta de suspensão condicional do processo, consoante disposto no art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/95, já que a pena mínima cominada ao delito não é superior a 1 (um) ano.

> **Art. 9º (...)**
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:
>
> I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;
>
> (...)

59. Para mais detalhes acerca da necessidade de observância do referido procedimento, remetemos o leitor aos comentários ao art. 39.

60. Note o leitor que o enunciado sob comento faz referência ao art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP, e não ao art. 28-A do CPP, porquanto editado em momento anterior à vigência da Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime).

15. NÃO RELAXAMENTO DA PRISÃO MANIFESTAMENTE ILEGAL.

15.1. Direito intertemporal.

A conduta incriminada pelo art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19, já era tipificada na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, nos seguintes termos: "Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade: (...) d) deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada". Houve, porém, um incremento da pena privativa de liberdade, daí por que sua aplicação ficará restrita aos crimes cometidos a partir da vigência da Lei n. 13.869/19.

15.2. Noções gerais acerca do relaxamento da prisão ilegal.

Segundo o art. 5º, LXV, da Constituição Federal, "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária." O dispositivo constitucional consagra o direito subjetivo de todo e qualquer cidadão de ter restabelecida sua liberdade de locomoção caso sua prisão tenha sido levada a efeito fora dos balizamentos legais. Esse vício, que macula a custódia de ilegal, pode se apresentar desde a origem do ato de constrição à liberdade de locomoção ou mesmo no curso de sua incidência: em ambas as hipóteses, deve ser reconhecida a ilegalidade da prisão, com seu consequente relaxamento.[61]

Relaxar a prisão significa reconhecer a ilegalidade da restrição da liberdade imposta a alguém, não se restringindo à hipótese de flagrante delito. Conquanto o relaxamento seja mais comum nas hipóteses de prisão em flagrante delito, dirige-se contra todas as modalidades de prisão, desde que tenham sido levadas a efeito sem a observância das formalidades legais.

Dentre as causas mais comuns de relaxamento da prisão, podemos citar, a título de exemplo: 1) prisão por fato atípico (v.g, flagrante preparado, flagrante forjado, etc.); 2) inobservância dos requisitos essenciais ao mandado de prisão (CPP, art. 285, parágrafo único); 3) inexistência de situação de flagrância (CPP, art. 302, I, II, III e IV); 4) prisão em flagrante daquele que se apresenta espontaneamente à autoridade policial; 5) inobservância das formalidades legais e constitucionais no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante; 6) falta de laudo de constatação da natureza da substância entorpecente (Lei nº 11.343/06, art. 50, § 1º); 7) ausência de requerimento da vítima em se tratando de prisão em flagrante por crime de ação penal privada; 8) ausência de representação do ofendido, no caso de crime de ação penal pública condicionada à representação (v.g., estelionato, pelo menos em regra – art. 171, , §5º, incluído pela Lei n. 13.964/19); 9) não entrega de nota de culpa ao preso no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão; 10) não comunicação imediata da prisão à autoridade judiciária competente; 11) não encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, quanto o autuado não informa o nome de seu advogado; 12) não realização de audiência de custódia sem motivação idônea transcorridas 48 (quarenta e oito horas) horas após a realização da prisão em flagrante (CPP, art. 310, *caput*, e §4º, incluído pela Lei n. 13.964/19); 13) prisão preventiva desprovida de fundamentação, como ocorre, por exemplo, quando o juiz emprega conceitos jurídicos indeterminados (v.g., garantia da ordem pública), sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso concreto (CPP, art. 315, §2º, II, incluído pela Lei n. 13.964/19); 14) excesso de prazo da prisão preventiva; 15) inobservância dos pressupostos que autorizam a prisão preventiva: prova da materialidade e indícios suficientes de autoria (CPP, art. 312, *caput*); 16) prisão preventiva decretada em crime não listado no rol do art. 313 do CPP; 17) prisão temporária decretada em relação a crime que não comporte a medida; 18) prisão temporária em curso por prazo superior àquele previsto em lei; 19) prisão preventiva decretada com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (CPP, art. 313, §2º, incluído pela Lei n. 13.964/19); 20) ausência de revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada (CPP, art. 316, parágrafo único, incluído pela Lei n. 13.964/19).

O relaxamento da prisão ilegal não tem natureza de medida cautelar, nem tampouco de *medida de contracautela*, funcionando, na verdade, como garantia do réu em face do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção decorrente de prisão ilegal. Como observa Garcez Ramos, "o relaxamento da prisão em flagrante, por ser providência que não apresenta as características da cautelaridade (não é baseada na aparência nem é temporária), nem da antecipação de tutela (não tem referibilidade com o direito material que se discute no processo principal), pode ser definido como uma medida

61. Nessa linha: SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 319.

de urgência fundada no poder de polícia da autoridade judiciária. Como se trata de um poder propenso à defesa da ordem jurídica e, na hipótese, à proteção do direito constitucional de liberdade de ir e vir, que só pode ser coarctado com base em título legítimo, o juiz protege-a de ofício ou a requerimento das partes, na primeira ocasião em que a prisão preventiva aparentar ilegalidade".[62]

Reconhecida a ilegalidade da prisão, e deferido o relaxamento da constrição, o agente não fica sujeito ao cumprimento de deveres e obrigações. Permanece livre de quaisquer ônus ou restrições de direito. Trata-se de liberdade plena, diferenciando-se, portanto, das hipóteses de liberdade provisória com vinculação.[63] Todavia, se presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, é perfeitamente possível a imposição fundamentada de medidas cautelares de natureza pessoal.[64]

Ainda em relação ao art. 5º, LXV, da Constituição Federal, há de se ressaltar que, enquanto alguns dispositivos legais, de duvidosa constitucionalidade, vedam a concessão da liberdade provisória, o relaxamento da prisão é cabível em relação a todo e qualquer delito. Prova disso, aliás, é a **súmula nº 697 do STF**: "a proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo".[65]

15.3. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao art. 9º, *caput*.

15.4. Sujeitos do crime.

Diversamente do crime do *caput*, que pode ser praticado por qualquer agente público, os delitos previstos nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 9º só podem ser praticados pela *autoridade judiciária*, aí compreendidos Juízes, Desembargadores e Ministros. Quando a prisão manifestamente ilegal exsurgir no curso da investigação criminal, e desde que não se trate de infração de menor potencial ofensivo, a autoridade judiciária em questão será exclusivamente o *juiz das garantias*, nos termos do art. 3º-B, inciso II, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19; após o recebimento da denúncia, o sujeito ativo será o *juiz da instrução e julgamento* (CPP, art. 3º-C, *caput, in fine*, e §1º, incluídos pela Lei n. 13.964/19).

15.5. Tipo objetivo.

A conduta incriminada pelo art. 9º, parágrafo único, I, da Lei n. 13.869/19 é deixar de relaxar a prisão manifestamente ilegal, cujo conceito já foi objeto de análise. A título de exemplo, suponha-se que, não obstante a existência de prova audiovisual (captação de áudio e vídeo) de um flagrante preparado, a autoridade judiciária deixa de relaxar a prisão em flagrante manifestamente ilegal. Trata-se, pois, de típica hipótese de **crime omissivo próprio ou puro**, pois a omissão é descrita pelo próprio tipo penal.

Para não incorrer no crime em questão, a autoridade judiciária deve decidir *dentro de prazo razoável*. Não consta da Lei n. 13.869/19 nenhuma norma penal explicativa acerca desse elemento normativo. Quando a referida decisão é proferida em sede de audiência de custódia, nos exatos termos do art. 310, inciso I, do CPP, o questionamento não apresenta maiores controvérsias, vez que tal ato deve ser realizado no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, consoante disposto no art. 310, *caput*, do CPP, com redação determinada pela Lei n. 13.964/19. Mas e nas hipóteses em que não for realizada audiência de custódia? Nesse caso, o prazo a ser observado é aquele constante do art. 322, parágrafo único, do CPP, que prevê que, na hipótese de a fiança não ser concedida pela autoridade policial, deve ela ser requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. Ora, se a lei estabelece que o juiz dispõe de 48 (quarenta e oito) horas para a concessão da fiança, a qual é elencada como uma das cautelares do art. 319 do CPP, parece ser este o *prazo razoável* para os demais pronunciamentos em relação ao flagrante, capaz, portanto, de tipificar a figura delituosa do art. 9º, parágrafo único, inciso I, da nova Lei de Abuso de Autoridade. De todo modo, este prazo razoável de 48 (quarenta e oito) horas deve funcionar apenas como parâmetro, sem que se possa olvidar da realidade do órgão jurisdicional em questão. Isto é, o prazo razoável em uma comarca de vara única com 18.000 (dezoito mil) processos certamente não pode ser o mesmo de uma vara especializada com dois juízes, devidamente assessorados, com apenas 2.000 (dois mil) feitos em andamento.

62. RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte/MG: Editora Del Rey, 1998. p. 406.

63. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Regimes constitucionais da liberdade provisória*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 85.

64. Reconhecendo o excesso de prazo na formação da culpa, causa de relaxamento da prisão preventiva, mas sujeitando o acusado ao vínculo de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de restauração da prisão cautelar: STJ, 6ª Turma, HC 69.382/BA, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 08/10/2007 p. 371.

65. STJ, 5ª Turma, Edcl no HC 74.623/SP, Relatora Ministra Jane Silva, Desembargadora Convocada do TJ/MG, DJ 10/12/2007 p. 404.

15.6. Tipo subjetivo.

Pune-se o crime a título de dolo. Exige-se, ademais, a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal (art. 1º, §1º), sendo certo que a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade (art. 1º, §2º). Não se admite a modalidade culposa.

15.7. Consumação e tentativa.

O delito estará consumado quando a autoridade judiciária deixar de relaxar a prisão manifestamente ilegal **dentro de prazo razoável**. Por se tratar de crime omissivo próprio, a tentativa é inadmissível. É dizer, se ainda não houve o decurso do prazo razoável para que o magistrado proferisse sua decisão, não há falar em *conatus*, pois sequer teve início a execução do delito. Porém, expirado o prazo razoável, porém quedando-se inerte a autoridade judiciária, o delito já estará consumado.

15.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 9º, parágrafo único, I, da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: **a) próprio; b) formal; c) omissivo próprio ou puro: a omissão está descrita pelo tipo penal; d) de perigo abstrato; e) de forma livre; f) unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual; g) unissubsistente; h) instantâneo; i) crime a prazo:** é aquele em que o tipo penal exige, para sua configuração, o decurso de certo espaço de tempo, *in casu, dentro de prazo razoável*; **j) crime de forma livre.**

15.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

Consultar comentários ao *caput* do art. 9º da Lei n. 13.869/19.

15.10. Não realização da audiência de custódia (ou de apresentação).

Na sistemática adotada pelo art. 310, *caput*, do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), a audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência *sem demora* após a prisão em flagrante de alguém, permitindo o contato imediato do custodiado com o juiz das garantias, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público.

Em prática em inúmeros países, dentre eles Peru, Argentina e Chile, a audiência de custódia tem 2 (dois) objetivos precípuos: 1) coibir eventuais excessos como torturas e/ou maus tratos, verificando-se o respeito aos direitos e garantias individuais do preso; 2) conferir ao juiz das garantias, no caso da prisão em flagrante, uma ferramenta mais eficaz para fins de convalidação judicial, é dizer, para ter mais subsídios quanto à medida a ser adotada – relaxamento da prisão ilegal, decretação da prisão preventiva (ou temporária), ou imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP. Indiretamente, sua realização também visa à diminuição da superpopulação carcerária. Afinal, em contraposição à simples leitura de um auto de prisão em flagrante, o contato mais próximo com o preso proporcionado pela realização da audiência de custódia permite elevar o nível de cientificidade da autoridade judiciária, que terá melhores condições para fazer a triagem daqueles flagranteados que efetivamente devem ser mantidos presos.

Por anos, o Poder Legislativo quedou-se inerte no sentido de implantar a realização da audiência de custódia no Brasil. Por isso, o Conselho Nacional de Justiça e diversos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais passaram a adotar resoluções e provimentos com o objetivo de implementá-la, porquanto se trata de garantia convencional decorrente da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92), dotada de status normativo supralegal, cujo art. 7º, § 5º, dispõe que "toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais". É o caso, por exemplo, do Estado de São Paulo: o Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça, de 27 de janeiro de 2015, passou a determinar a apresentação da pessoa detida em flagrante delito até 24 (vinte e quatro) horas após a sua prisão para participar de audiência de custódia (art. 1º).

Para o Supremo Tribunal Federal, essa *regulamentação* das audiências de custódia por meio de Resoluções e Provimentos dos Tribunais de Justiça (ou dos Tribunais Regionais Federais) não importaria violação aos princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual penal (CF, art. 5º, II, e art. 22, I, respectivamente). Por isso, o Plenário do STF julgou improcedente

pedido formulado em Ação direta ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) em face do Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJ/SP. Para o Supremo, não teria havido, por parte dos referidos provimentos, nenhuma extrapolação daquilo que já constaria da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, § 5º), e do próprio CPP, numa interpretação teleológica de seus dispositivos, como, por exemplo, o art. 656, que dispõe que, recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, poderá determinar que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.[66] Com o advento da Lei n. 13.964/19, a controvérsia em questão deixou de existir, visto que, doravante, a audiência de custódia passa a constar expressamente do art. 310, *caput*, e parágrafos, do Código de Processo Penal.

Ao tratar da audiência de custódia, a Convenção Americana dispõe que a pessoa será conduzida, sem demora, à presença de um juiz *ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais*. Por conta da parte final do art. 7º, §5º, da CADH, causou muita polêmica decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu que o ato em questão poderia ser presidido por um Delegado de Polícia, *in verbis*: "(...) No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, *in concreto*, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante".[67]

Com a devida vênia, não se pode afirmar que toda e qualquer autoridade possa presidir a audiência de custódia. Somente terá competência para tanto aquela *autoridade legalmente autorizada ao exercício de função judicial*. É difícil afirmar quem seria essa 'outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais', já que os pactos possuem abrangência mundial (ou regional), devendo-se atentar, por isso, à realidade interna de cada nação que os subscrevem. Mas parece certo que, pelo menos na realidade brasileira, não seria o Delegado de Polícia, nem tampouco o órgão do Ministério Público. Longe de se pretender estabelecer, com essa premissa, qualquer demérito às funções do Delegado de Polícia e do Promotor de Justiça, mas não são eles dotados de autorização para exercer funções judiciais.

Firmada a premissa de que a audiência de custódia só pode ser presidida por uma autoridade judiciária, jamais pelo órgão do Ministério Público, nem tampouco pelo Delegado de Polícia, resta saber qual é o juiz competente para tanto. A despeito do silêncio do art. 310, *caput*, do CPP, acerca da matéria – o dispositivo faz referência apenas ao *juiz* –, é de rigor a conclusão no sentido de que o magistrado em questão será, doravante, o juiz das garantias. Primeiro, porque, dentre suas competências estão a de receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, a de receber o auto de prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código, e a de zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo (CPP, art. 3º-B, I, II e III), competências estas que evidentemente compreendem a realização da audiência de custódia. De mais a mais, se se trata, a audiência de custódia, na sistemática adotada pelo art. 310, *caput*, do CPP, de espécie de audiência a ser realizada sem demora após a prisão em flagrante de alguém, espécie de medida pré-cautelar levada a efeito na fase investigatória, logo, antes do recebimento da denúncia, a competência para a sua presidência deverá recair sobre o juiz das garantias, nos exatos termos do art. 3º-C, *caput*, do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19.

Sempre houve controvérsia acerca do prazo para a realização da audiência de custódia. O Pacto de São José da Costa Rica não determina a apresentação "imediata" da pessoa presa, mas, sim, que a pessoa presa seja conduzida "sem demora" à presença de um juiz. Conforme precedentes de Cortes Internacionais de Direitos Humanos, "sem demora" pode ser considerado "poucos dias", a ser analisado caso a caso, e não 24 horas improrrogáveis, como consta, por exemplo, do provimento conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria Geral de Justiça. Aliás, curiosamente, quiçá por reconhecer a existência de um crônico quadro de fragilidade institucional, o mesmo provimento que prevê a realização da audiência de custódia em até 24 (vinte e quatro) horas dispõe que a implantação da referida audiência no Estado de São Paulo será *gradativa e obedecerá ao cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes* (art. 2º).

66. STF, Pleno, ADI 5.240/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/08/2015.

67. TJSP, 16ª Câmara, HC n. 2016152-70.2015.8.26.0000, Rel. Desembargador Guilherme de Souza Nucci, j. 12/05/2015.

A propósito, no julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347) em que se discute a configuração do chamado "estado de coisas inconstitucional" relativamente ao sistema penitenciário brasileiro – violação generalizada de direitos fundamentais dos presos inseridos no sistema prisional brasileiro no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades –, em virtude do qual as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios teriam sido convertidas em penas cruéis e desumanas, o Plenário do Supremo Tribunal deferiu medida cautelar para determinar que juízes e tribunais de todo o País, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até 90 dias, *audiências de custódia*, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão.[68] Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020, temos, enfim, um regramento legal acerca da matéria. Consoante disposto no art. 310, *caput*, do CPP, referido ato deverá ser realizado no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão.

Em conclusão, resta saber quais serão as consequências decorrentes da não realização da audiência de custódia em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão. Será que estamos diante de um prazo próprio, cujo descumprimento implica o reconhecimento da ilegalidade da prisão, autorizando, por consequência, o relaxamento da prisão (nossa posição)? Ou será que, valendo-se da premissa de que a contagem para o excesso de prazo na formação da culpa é global, e não individualizado, eventual excesso na apresentação do preso para fins de realização da audiência de custódia pode ser compensando durante o curso do processo judicial, transformando-se, assim, o referido prazo, em mais um prazo impróprio constante do CPP, funcionando como mero balizador para os operadores do Direito, mas cuja inobservância não gera qualquer sanção? Quanto à controvérsia, mesmo antes do advento do Pacote Anticrime já era firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, uma vez realizada a conversão da prisão em flagrante em preventiva, ficaria superada a alegação de nulidade porventura existente em relação à ausência de audiência de custódia.[69] Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, a controvérsia foi dirimida pelo art. 310, §4º, do CPP, que passou a dispor: "Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva".

Considerando-se, pois, que o prazo para a comunicação da prisão em flagrante é de 24 (vinte e quatro) horas após a realização da captura do agente – art. 310, *caput*, do CPP –, a ilegalidade capaz de dar ensejo ao relaxamento dessa prisão estará caracterizada quando transcorridas mais 24 (vinte e quatro) horas desse prazo de comunicação, logo, 48 (quarenta e oito) horas depois da prisão, desde que não haja motivação idônea justificando a não realização da audiência de custódia nesse interregno.[70]

A parte final do art. 310, §4º, do CPP, deixa entrever que o relaxamento da prisão em flagrante ilegal não impede a decretação da prisão preventiva e/ou temporária, nem tampouco a decretação das medidas cautelares diversas da prisão, desde que presente seus requisitos legais. Não se pode confundir o juízo de legalidade da prisão em flagrante com o juízo de necessidade das medidas cautelares. O que não se pode admitir, todavia, é o relaxamento da prisão em flagrante em virtude da não realização da audiência de custódia sem motivação idônea, e a subsequente e automática decretação de eventual prisão preventiva. Esta modalidade de prisão cautelar somente se afigura possível quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e indícios de autoria, e o *periculum libertatis* – garantia da ordem pública,

68. STF, Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015. Com vigência a partir do dia 1º de fevereiro de 2016, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, em data de 15 de dezembro de 2015, a Resolução nº 213, regulamentando a implantação da audiência de custódia em todo o território nacional, fixando o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentação do preso, salvo por situações excepcionais devidamente justificadas. Consta expressamente do art. 1º da referida Resolução que a comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante não supre a apresentação pessoal do flagranteado efetivada por meio da audiência de custódia.

69. STJ, 5ª Turma, RHC 103.333/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/12/2018, DJe 12/12/2018; STJ, 6ª Turma, HC 474.093/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 04/12/2018, DJe 04/02/2019; STJ, 6ª Turma, RHC 98.748/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/12/2018, DJe 19/12/2018; STJ, 5ª Turma, HC 423.564/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 13/11/2018, DJe 28/11/2018; STJ, 5ª Turma, RHC 85.101/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/08/2017, DJe 21/08/2017.

70. É nesse sentido, aliás, o **Enunciado n. 30** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "A comunicação da prisão deverá ocorrer em até 24 horas da sua realização. Transcorridas 24 horas desse prazo de comunicação, sem a realização da audiência de custódia, sem motivação idônea, a prisão deverá ser relaxada, o que não obstará a decretação da preventiva".

da ordem econômica, da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal –, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão listadas no art. 319 do CPP.[71]

Não obstante a importância do novel dispositivo para conferir à audiência de custódia certo grau de coercibilidade, convém ressaltar que, em sede de apreciação de cautelar nos autos da ADI n. 6.305 (j. 22/01/2020), **o Min. Luiz Fux concedeu a medida requerida para suspender *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (CPP, art. 310, §4º, incluído pela Lei n. 13.964/19).**

Em conclusão, especial atenção deve ser dispensada ao art. 310, §3º, do CPP, também incluído pela Lei n. 13.964/19: "§3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no *caput* deste artigo responderá administrativa, civil e *penalmente pela omissão*" (nosso grifo). Ante a explícita referência à *responsabilidade penal pela omissão*, indaga-se: haverá crime de abuso de autoridade previsto na Lei n. 13.869/19 se acaso o juiz das garantias não determinar a realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no *caput* do art. 310 do CPP? Sobre o tema, certamente surgirão 2 (duas) correntes:

a) não tipificação do crime de abuso de autoridade: inexplicavelmente, a nova Lei de Abuso de Autoridade olvidou-se de prever uma figura específica quanto à não realização da audiência de custódia. Deveria tê-lo feito. É dizer, deveria ter acrescentado ao parágrafo único do art. 9º um inciso IV no seguinte sentido: "IV - Deixar a autoridade judiciária de realizar audiência de custódia no prazo legal". Não o fez, todavia. Logo, por mais que o art. 310, §3º, do CPP, faça referência à responsabilidade penal pela omissão em questão, firmada a premissa de que tal dispositivo não é um tipo penal, já que não contém sujeito ativo, tipos objetivo e subjetivo, etc., é de todo evidente que, isoladamente considerado, jamais terá o condão de alçar referida conduta à categoria de crime. Assim, se, a despeito de não ter sido realizada a audiência de custódia, o juiz das garantias tiver deliberado, tão logo recebida a comunicação do flagrante, pelo relaxamento da prisão manifestamente ilegal, pela concessão de liberdade provisória manifestamente cabível, ou até mesmo pela conversão do flagrante em prisão preventiva ou temporária, não há falar em crime de abuso de autoridade à luz da Lei n. 13.869/19, seja por conta do absurdo esquecimento do legislador em criar um tipo penal específico nesse sentido, seja por conta da impossibilidade de qualquer construção hermenêutica para que se entenda que a conduta em questão também estaria tutelada pelo art. 9º, *caput*, ou por qualquer um dos incisos de seu parágrafo único, sob pena de evidente analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade. Isso, todavia, não afastaria eventual responsabilização do juiz das garantias no âmbito cível e/ou administrativo;

b) tipificação do crime de abuso de autoridade (nossa posição): é bem verdade que o legislador da nova Lei de Abuso de Autoridade não tipificou de maneira autônoma a não realização da audiência de custódia no prazo legal. Porém, se acaso restaurada a eficácia do art. 310, §4º, do CPP, em decisão do Plenário do Supremo revogando a medida cautelar concedida pelo Min. Luiz Fux no julgamento da ADI n. 6.305 (j. 22/01/2020), como o dispositivo prevê que, transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no *caput* do art. 310, a não realização de audiência de custódia *sem motivação idônea* ensejará também a *ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente*, é perfeitamente possível concluir que a não realização do ato em questão pode vir a tipificar o crime do art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19, visto que, em tal hipótese, ter-se-á, ao fim e ao cabo, uma *prisão manifestamente ilegal que não foi relaxada pela autoridade judiciária dentro de prazo razoável*. Logo, se determinado juiz das garantias receber um auto de prisão em flagrante, deixando de determinar a realização da audiência de custódia, por exemplo, em até 5 (cinco) dias após a prisão, e desde que não haja nenhuma motivação idônea justificando sua inércia, a conduta em questão terá o condão de tipificar o delito sob comento, ainda que, dentro desse prazo, tenha o magistrado concedido liberdade provisória ou convertido o flagrante em preventiva (ou temporária), porquanto tais decisões não teriam o condão de suprir a ausência da realização da audiência de apresentação. A ressalva ficaria por conta da possibilidade de o juiz ter determinado o relaxamento da prisão em flagrante imediatamente após receber o respectivo auto, por exemplo, em virtude de suposto flagrante preparado (súmula n.

71. Nessa linha, eis o teor do **Enunciado n. 33** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Não obstante o relaxamento da prisão em flagrante por transcurso do prazo prevista no §4º do art. 310, pode a autoridade judicial, no mesmo ato, decretar a prisão preventiva se preenchidos os requisitos legais, sanando-se qualquer irregularidade".

145 do STF), vez que, nesse caso, se a prisão em flagrante já fora anteriormente relaxada, sequer seria possível cogitar em novo relaxamento decorrente da não realização da audiência de custódia, o que, em tese, inviabilizaria a tipificação do crime do art. 9º, parágrafo único, inciso I, da nova Lei de Abuso de Autoridade, eis que o magistrado já teria relaxado a prisão manifestamente ilegal, ainda que por outro motivo que não aquele previsto no art. 310, §4º, do CPP. De todo modo, convém lembrar que, para fins de tipificação de abuso de autoridade, há de se demonstrar a presença do especial fim de agir do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19 – "finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal" –, algo que dificilmente estaria presente, a nosso juízo, não apenas na hipótese de o juiz haver concedido ao flagranteado liberdade provisória com ou sem fiança, cumulada ou não com as cautelares diversas da prisão, mas também quando o juiz deixasse de adotar quaisquer das providências dos incisos do art. 310 em virtude do excesso de trabalho (v.g., acúmulo de varas em comarcas diversas na condição de juiz das garantias).

> **Art. 9º** (...)
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:
>
> (...)
>
> **II** - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;
>
> (...)

16. NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDA CAUTELAR DIVERSA OU NÃO CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, QUANDO MANIFESTAMENTE CABÍVEL.

16.1.Direito intertemporal.

Sob a égide da revogada Lei n. 4.898/65, constituía abuso de autoridade *qualquer atentado à liberdade de locomoção* (art. 3º, alínea "a"). Também se incriminava a conduta de *levar à prisão e nela deter quem quer se propusesse a prestar fiança, permitida em lei.* Como a fiança é arbitrada por meio de uma decisão que concede a liberdade provisória, é possível, em tese, associar a figura delituosa do art. 9º, parágrafo único, II, da Lei n. 13.869/19, aos referidos tipos penais. Afinal, em ambas as hipóteses haveria a negativa de concessão de liberdade provisória. Independentemente dessa discussão quanto ao fato de se tratar de *novatio legis* incriminadora (ou não), fato é que o novo preceito secundário é evidentemente mais gravoso que o anterior, daí por que terá seu âmbito de aplicação restrito aos crimes cometidos após a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade.

16.2. Noções gerais acerca da liberdade provisória e das medidas cautelares diversas da prisão.

O direito à liberdade provisória tem fundamento constitucional no art. 5º, inciso LXVI, segundo o qual *ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.* Como consectário lógico da regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência, cuida-se de verdadeiro direito subjetivo do cidadão preso frente ao Estado, quando ausentes razões de cautela, e não de um poder discricionário atribuído ao juiz, que não pode impor uma prisão cautelar sem a necessária motivação judicial.[72]

Antes do advento da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória, com ou sem fiança, funcionava como uma medida de contracautela que substituía apenas a prisão em flagrante – nunca a preventiva e a temporária, com as quais era incompatível –, se presentes determinados pressupostos e sob determinadas condições de manutenção da liberdade. Funcionava, pois, tão somente como sucedâneo da prisão em flagrante. Nessa hipótese, em que a liberdade provisória funciona como medida de contracautela, que ainda subsiste com o advento da Lei nº 12.403/11 (CPP, art. 310, III), o acusado posto em liberdade fica submetido a certas obrigações que o vinculam ao processo e ao juízo, com o escopo de assegurar sua presença aos atos do processo sem a necessidade de que permaneça privado de sua liberdade. Daí se dizer que é *provisória*, pois a liberdade não é definitiva, encontrando-se sujeita a condições resolutórias, que podem acarretar sua revogação.[73]

Com o advento da Lei n. 12.403/11, houve uma ampliação significativa do rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, proporcionando ao juiz a escolha da providência mais ajustada ao

72. Nessa linha: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 99.

73. Nesse contexto: BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 38.

caso concreto, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade. De acordo com a nova redação do art. 319 do CPP, são previstas 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, todas aplicáveis pelo juiz, de forma isolada ou cumulativa, *como vínculos da liberdade provisória (CPP, art. 321)*, ou, ainda, de forma autônoma à prisão, sendo que o art. 320 do CPP também passou a prever a possibilidade de retenção do passaporte quando for imposta ao acusado a proibição de se ausentar do país. A nova redação do art. 321 do CPP confirma que, doravante, deverá o juiz conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código, quando considerar que tais medidas são suficientes para produzir o mesmo resultado que a prisão preventiva, porém com menor lesividade à liberdade de locomoção do agente.

Leitura apressada do art. 310, inciso III, do CPP, pode levar o intérprete à conclusão de que somente seria possível a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, o que não é verdade. Isso porque tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 321 do CPP, o qual prevê que, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder *liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e observados os critérios constantes do art. 282*. Como se percebe, com o advento da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória já não se restringe mais àquela anteriormente concedida: com ou sem fiança. Para além da concessão (ou não) da fiança, é plenamente possível que o juiz aplique isolada ou cumulativamente as medidas cautelares diversas da prisão, desde que evidenciada sua necessidade para neutralizar uma das situações de perigo listadas no art. 282, I, do CPP. Supondo, assim, funcionário público preso em flagrante pela prática do crime de concussão (CP, art. 316), ao juiz é permitido conceder liberdade provisória com fiança, impondo, cumulativamente, a suspensão do exercício da função pública, nos termos do art. 319, VI, c/c art. 282, I, do CPP, desde que evidenciado que a manutenção do agente no exercício funcional poderá dar ensejo à reiteração delituosa.

16.3. Bem jurídico tutelado.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao *caput* do art. 9º da nova Lei de Abuso de Autoridade.

16.4. Sujeitos do crime.

Consultar comentários ao art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19.

16.5. Tipo objetivo.

O crime do art. 9º, inciso II, da Lei n. 13.869/19, restará caracterizado quando o magistrado, dentro de prazo razoável, deixar de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa da prisão ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível.

16.6. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19.

16.7. Consumação e tentativa.

Consultar comentários ao art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19.

16.8. Classificação doutrinária.

Consultar comentários ao art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19.

16.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

Consultar comentários ao *caput* do art. 9º da Lei n. 13.869/19.

> **Art. 9º** (...)
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:
>
> (...)
>
> **III** - deferir liminar ou ordem de *habeas corpus*, quando manifestamente cabível.

17. NÃO DEFERIMENTO DE LIMINAR OU DE ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, QUANDO MANIFESTAMENTE CABÍVEL.

17.1. Direito intertemporal.

Sob a égide da revogada Lei n. 4.898/65, não havia figura delituosa absolutamente idêntica à do art. 9º, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 13.869/19. Cuida-se, pois, de *novatio legis in pejus*,

com aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade, o que, *in casu*, teria ocorrido no dia 3 de janeiro de 2020.

17.2. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao art. 9º, *caput*, da Lei n. 13.869/19.

17.3. Sujeitos do crime.

Quanto ao sujeito ativo, a redação do parágrafo único do art. 9º deixa evidente que o legislador mira exclusivamente a **autoridade judiciária**. Importante lembrar que um *habeas corpus* também pode ser apreciado por um juiz de primeira instância: se a autoridade coatora for um Delegado de Polícia e o *writ* for impetrado antes do oferecimento da denúncia, a competência será do juiz das garantias, nos termos do art. 3º-B, XII, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19. Destarte, para além de Desembargadores e Ministros, o sujeito ativo do crime em análise também pode ser um juiz em exercício no primeiro grau de jurisdição. De seu turno, o sujeito passivo direto ou imediato será o indivíduo prejudicado pela demora no deferimento de liminar ou na concessão de *habeas corpus*, figurando o Estado como sujeito passivo indireto (ou mediato).

17.4. Tipo objetivo.

Incrimina-se a conduta da autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável,[74] *deixar de deferir liminar* – é a decisão concessiva do pedido formulado pelo impetrante antes da conclusão do julgamento definitivo do processo do remédio heroico – *ou ordem de habeas corpus* – é a decisão concessiva do pedido ao final do processo –, quando manifestamente cabível.

No Título referente aos direitos e garantias fundamentais – Título II –, a Carta Magna prevê que "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (CF, art. 5º, LXVIII). Em termos semelhantes, consta do CPP que "dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar" (art. 647).

Trata-se de ação autônoma de impugnação, de natureza constitucional, vocacionada exclusivamente à tutela da liberdade de locomoção. Logo, desde que a violência ou coação ao direito subjetivo de ir, vir e ficar decorra de ilegalidade ou abuso de poder, o *writ of habeas corpus* servirá como o instrumento constitucional idôneo a proteger o *ius libertatis* do agente. Conquanto sua utilização seja muito mais comum no âmbito criminal, o remédio heroico vista prevenir e remediar toda e qualquer restrição ilegal ou abusiva à liberdade de locomoção, daí por que pode ser utilizado para impugnação de quaisquer atos judiciais, administrativos e até mesmo de particulares.

Sua utilização está condicionada à demonstração de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. As hipóteses em que a coação é tida como ilegal estão listadas no rol não taxativo do art. 648 do CPP: I – quando não houver justa causa; II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI – quando o processo for manifestamente nulo; VII – quando extinta a punibilidade.

Quanto à liminar, convém lembrar que há certas situações excepcionais que recomendam a imediata antecipação da restituição da liberdade de locomoção do paciente, ou, na hipótese de habeas corpus preventivo, da adoção de providências urgentes para que coação ilegal não cause prejuízos irreversíveis ao direito de ir, vir e ficar. Por esses motivos, apesar de não ter previsão legal, doutrina e jurisprudência admitem a concessão da medida liminar em *habeas corpus*, desde que presentes os requisitos das medidas cautelares em geral: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Para tanto, costuma-se aplicar, subsidiariamente, o dispositivo previsto no procedimento atinente ao mandado de segurança. De fato, segundo o art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, ao despachar a inicial, o juiz ordenará "que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica". Ora, se, no bojo do mandado de segurança, em que podem ser discutidas questões patrimoniais, afigura-se cabível a concessão de liminar, soaria estranho sua não concessão no procedimento do *habeas corpus*, ação

74. O conceito de prazo razoável foi objeto de análise nos comentários ao inciso I do parágrafo único do art. 9º, para onde remetemos o leitor.

constitucional destinada à tutela da liberdade de locomoção, bem indisponível de todo e qualquer cidadão. Portanto, demonstrada a necessidade da liminar para se resguardar a eficácia da decisão a ser proferida por ocasião do julgamento definitivo do *writ*, tal medida deverá ser concedida, ainda que não haja requerimento do impetrante nesse sentido. Afinal, se aos juízes e tribunais é dado expedir de ofício ordem de *habeas corpus* (CPP, art. 654, § 2º), é evidente que podem conceder a liminar independentemente de provocação do impetrante.

Como se percebe, ao tipificar a omissão quanto ao deferimento de liminar ou ordem de *habeas corpus* dentro de prazo razoável, o art. 9º, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 13.869/19, assume uma amplitude completamente diversa das figuras delituosas anteriores. Explica-se: os crimes do *caput* e dos incisos I e II do parágrafo único, ambos do art. 9º têm seu âmbito de aplicação restrito a medidas de privação da liberdade; de sua vez, o inciso III do parágrafo único do art. 9º também pode guardar relação com tais medidas, quando, por exemplo, um Desembargador deixar de deferir liminar para expedir um alvará de soltura em favor de alguém que estiver preso temporariamente há 120 (cento e vinte) dias, mas também pode ser aplicado para outras hipóteses, não necessariamente relacionadas à iminente prisão de alguém, haja vista o alargamento do campo de abrangência do remédio heroico, cuja impetração tem sido admitida para impugnar, por exemplo, a instauração de investigações, o recebimento de denúncia, a ordem de apresentação de alegações finais,[75] etc.

17.5. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19.

17.6. Consumação e tentativa.

Consultar comentários ao art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19.

17.7. Classificação doutrinária.

Consultar comentários ao art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19.

75. Como já se pronunciou a 2ª Turma do STF, "(...) cabe *habeas corpus* mesmo nas hipóteses que não envolvem risco imediato de prisão, como na análise da licitude de determinada prova ou no pedido para que a defesa apresente por último as alegações finais, se houver a possibilidade de condenação do paciente. Isso porque neste caso a discussão envolve liberdade de ir e vir". (STF, 2ª Turma, HC 157.627 AgR/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019).

17.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

Consultar comentários ao *caput* do art. 9º da Lei n. 13.869/19.

> **Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo:**
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

18. DECRETAÇÃO DE CONDUÇÃO COERCITIVA DE TESTEMUNHA OU INVESTIGADO MANIFESTAMENTE DESCABIDA OU SEM PRÉVIA INTIMAÇÃO DE COMPARECIMENTO AO JUÍZO.

18.1. Direito intertemporal.

A revogada Lei n. 4.898/65 não previa conduta delituosa absolutamente semelhante à do art. 10. Previa como abuso de autoridade, genericamente, qualquer atentado à liberdade de locomoção (art. 3º, alínea "a"). Cuida-se, portanto, de *novatio legis in pejus*, com aplicação restrita aos crimes cometidos após sua vigência (3 de janeiro de 2020).

18.2. Noções gerais acerca da condução coercitiva.

Conquanto não listada no rol das medidas cautelares diversas da prisão dos arts. 319 e 320 do CPP, a condução coercitiva também funciona como espécie de medida cautelar de coação pessoal. Por meio dela, o ofendido, a testemunha, o investigado/acusado ou até mesmo o perito são privados de sua liberdade de locomoção pelo lapso temporal necessário para que sejam levados, contra a sua vontade, à presença da autoridade judiciária (ou administrativa) para participar de ato processual penal (ou administrativo da investigação preliminar), no qual sua presença seja considerada imprescindível.

É equivocado acreditar que apenas o investigado/acusado possa ser objeto de condução coercitiva. De fato, uma simples leitura do nosso diploma processual penal aponta para a possibilidade de condução coercitiva das seguintes pessoas:

a) do ofendido: "se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido

poderá ser conduzido à presença da autoridade" (CPP, art. 201, §1º);[76]

b) de testemunhas: "se, regularmente intimada,[77] a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o *juiz* poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou *determinar seja conduzida* por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública" (CPP, art. 218). Inserido no capítulo que versa sobre a primeira fase do procedimento escalonado do Júri, o art. 411, §7º, do CPP, prevê que nenhum ato deverá ser adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, *determinado o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.* Em sentido semelhante, o art. 461, §1º, do CPP, aplicável, porém, especificamente à sessão de julgamento do Júri, dispõe que na eventualidade de a testemunha intimada não comparecer, o *juiz presidente* suspenderá os trabalhos e *mandará conduzi-la* ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, *ordenando a sua condução*;

c) do investigado (ou acusado): "se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença" (CPP, art. 260);

d) do perito: "no caso de não comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução" (CPP, art. 278).

Em comparação com uma prisão preventiva (ou temporária), há uma redução do grau de coerção da liberdade de locomoção do indivíduo, que fica restrita ao tempo estritamente necessário para a preservação das fontes de provas ou para a produção do meio de prova, não podendo persistir por lapso temporal superior a 24 (vinte e quatro) horas, hipótese em que assumiria, indevidamente, as vestes de verdadeira prisão cautelar. Ou seja, ao invés de o juiz decretar eventual prisão cautelar (preventiva ou temporária), poderá determinar a expedição de um mandado de condução coercitiva sempre que visualizar a necessidade da presença dessa pessoa para a colheita de elementos de informação para a elucidação da autoria e/ou da materialidade da infração penal, hipótese em que o cidadão será privado da sua liberdade de locomoção tão somente por algumas horas. A título de exemplo, de modo a evitar a supressão ou destruição de fontes de prova, é relativamente comum a expedição de mandados de condução coercitiva no mesmo dia em que operações policiais de maior complexidade são deflagradas, objetivando evitar que o investigado, em liberdade, prejudique o cumprimento de mandados de busca em seu domicílio e/ou local de trabalho.

Em relação à autoridade legitimada para expedir o mandado de condução coercitiva,[78] é interessante perceber que, à exceção dos dispositivos do Código de Processo Penal que versam sobre a decretação dessa medida em relação às testemunhas – arts. 218, 411, §7º e 461, §1º –, geralmente se faz referência apenas à *autoridade* (v.g., art. 260). Não estabelece se se trata exclusivamente da autoridade judiciária ou se, na verdade, também abrange a autoridade policial (ou ministerial). Talvez por conta da redação dúbia desses outros dispositivos legais, notadamente o art. 260 do CPP, tenha concluído o Supremo, em precedente isolado, que há possibilidade de a *autoridade policial* determinar a condução coercitiva do investigado para prestar esclarecimentos. Na visão do Relator Min. Ricardo Lewandowski, a própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. Logo, a polícia judiciária tem legitimidade para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos.[79]

A nosso juízo, a não ser que se queira retroceder à concepção autoritária do acusado como objeto de prova, cujo corpo pode ser coercitivamente submetido à condução pela polícia judiciária para fins de interrogatório policial, tido como verdadeiro meio de prova, somente o juiz natural da causa pode determinar a condução coercitiva do investigado, do acusado ou de qualquer pessoa.

76. Admitindo a condução coercitiva de vítima para depor em juízo, ainda que esta alegue não mais ter interesse em processar seu companheiro na esfera criminal: STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 506.814/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 06/08/2019, DJe 12/08/2019.

77. Sem embargo do silêncio do CPP acerca da matéria, queremos crer que a testemunha deve ser intimada com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência em relação à audiência, aplicando-se, subsidiariamente, e com fundamento no art. 3º do CPP, o disposto no art. 935 do CPC. Embora o dispositivo diga respeito à intimação para a pauta da sessão de julgamento dos recursos e ações originárias dos Tribunais, não se pode olvidar que as leis processuais constituem um sistema, de forma que a *ratio essendi* da norma irradia seus efeitos para além da sua literalidade, passando a constituir uma baliza para o julgador. Há precedentes do STJ nesse sentido, aplicando, porém, o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que era o prazo previsto no antigo CPC (art. 552, §1º): STJ, 5ª Turma, HC 109.967/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 02/02/2010, DJe 01/03/2010.

78. O mandado de condução coercitiva deve conter, além da ordem de condução, os requisitos formais do mandado de citação, nos termos do parágrafo único do art. 260 do CPP. A execução da ordem deve ser levada a efeito com total respeito à integridade física e moral do conduzido, com proteção do conduzido contra toda e qualquer forma de sensacionalismo (Lei de Execução Penal, arts. 40, 41, VIII, e 42). A utilização de algemas, por sua vez, deve se dar em fiel observância aos dizeres da súmula vinculante nº 11 do STF.

79. STF, 1ª Turma, HC 107.644/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/09/2011, DJe 200 17/10/2011.

Ora, estamos diante de medida que importa em supressão absoluta da liberdade de locomoção, ainda que temporária, sujeita, pois, à cláusula de reserva de jurisdição. Em síntese, a função de polícia judiciária e de apuração de infrações penais atribuída às Polícias Civis e à Polícia Federal, assim como a atribuição investigatória exercida subsidiariamente pelo Ministério Público, não lhes confere poderes para decretar medidas cautelares de coação pessoal, as quais pressupõem prévia autorização judicial, consoante disposto no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, interpretado extensivamente, e no art. 282, § 2º, do CPP.[80]

Faz-se necessária, portanto, uma decisão escrita, prévia e motivada da autoridade judiciária competente, demonstrando a proporcionalidade da medida no caso concreto (CPP, art. 282, II) e a presença dos seguintes pressupostos: a) somatório da prova da materialidade do crime com indícios de autoria (*fumus comissi delicti*); b) estrita necessidade da presença física do acusado (ou investigado) em ato processual (ou administrativo) que, sem ele, não possa ser realizado; c) prévia falta injustificada de atendimento à notificação para comparecer ao sobredito ato processual penal (ou administrativo).[81]

Na medida em que a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos asseguram ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo, tratando o interrogatório como meio de autodefesa, o art. 260 do CPP, que fala expressamente em possibilidade de condução coercitiva para a *realização do interrogatório*, precisa ser obrigatoriamente submetido a um controle de constitucionalidade e convencionalidade. Logo, reputa-se ilegal a expedição de mandado de condução coercitiva objetivando a consecução das seguintes finalidades: a) prestar declarações perante Comissão Parlamentar de Inquérito;[82] b) comparecer à audiência una de instrução e julgamento;[83] c) participar de reconstituição simulada do crime ou fornecer padrões gráficos ou vocais para perícia criminal;[84] d) fazer exame pericial de dosagem alcoólica;[85] e) prestar declarações em Delegacia de Polícia;[86] f) participar de acareação, etc.

Noutro giro, quando se tratar de meio de prova cuja realização não demande nenhum comportamento ativo por parte do investigado (ou acusado), logo, não protegido pelo direito à não autoincriminação, é perfeitamente possível a expedição de mandado de condução coercitiva. É o que ocorre, por exemplo, com o reconhecimento pessoal (CPP, art. 226) e com a identificação criminal nas hipóteses previstas em lei (Lei nº 12.037/09, art. 3º). Mesmo nessas hipóteses, em fiel observância ao princípio da proporcionalidade, a condução coercitiva será cabível apenas quando não houver nenhum outro meio de reconhecimento do acusado (v.g., fotográfico) ou esclarecimento de sua identidade (v.g., consulta a banco de dados).

A propósito, levando-se em consideração o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o Plenário do Supremo, por maioria, julgou procedente o pedido formulado nas ADPF's 395/DF e 444/DF[87] para declarar a não recepção da expressão "para o interrogatório" constante do art. 260 do CPP, e a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. O Tribunal destacou que a decisão não teria o condão de desconstituir interrogatórios realizados até a data do referido julgamento, ainda que os interrogados tivessem sido coercitivamente conduzidos para o referido ato processual. Esclareceu, ademais, que a condução coercitiva objeto da decisão seria tão

80. Reconhecendo a impossibilidade de o Ministério Público determinar a condução coercitiva do investigado no curso de procedimento investigatório presidido pelo órgão ministerial: STF, 2ª Turma, HC 94.173/BA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27/10/2009, DJe 223 26/11/2009. No sentido de que o Delegado de Polícia deve representar ao juiz competente com vistas à decretação de condução coercitiva: RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 163. Especificamente quanto às Comissões Parlamentares de Inquérito, o art. 3º, §1º, da Lei n. 1.579/52, com redação dada pela Lei n. 13.367/16, dispõe que, em caso de não comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a *sua intimação será solicitada ao juiz criminal* da localidade em que resida ou se encontre, nos termos dos arts. 218 e 219 do CPP. Como se percebe, os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais outorgados às Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, §3º) não abrange a possibilidade de decretação de conduções coercitivas.

81. Nesse contexto: MALAN, Diogo. *Condução coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal*. Boletim do IBBCRIM. Ano 23. nº 266. Janeiro/2015, p. 2-4.

82. STF, 2ª Turma, HC 119.941/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25/03/2014, DJe 80 28/04/2014.

83. No sentido de que a possibilidade de o acusado não comparecer à audiência é uma expressão do direito constitucional ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/88), pois "nemo tenetur se deterege": STF, 1ª Turma, RHC 109.978/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/06/2013, DJe 154 07/08/2013. Com entendimento semelhante: FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 264.

84. STF, 2ª Turma, HC 99.289/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/06/2009, DJe 149 03/08/2011.

85. No sentido de que não se pode presumir a embriaguez de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica, porquanto a Constituição impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo: STF, 1ª Turma, HC 93.916/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/06/2008, DJe 117 26/06/2008.

86. No sentido de que o não comparecimento do investigado à delegacia de polícia para prestar depoimento não autoriza, por si só, a decretação de sua custódia cautelar: STF, 2ª Turma, HC 89.503/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/04/2007, DJe 32 06/06/2007.

87. STF, Pleno, ADPF 395/DF e ADPF 444/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/06/2018.

somente àquela destinada à condução de investigados e acusados à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados, é dizer, não foi analisada a condução de outras pessoas como testemunhas, ou mesmo de investigados ou acusados para atos diversos do interrogatório, não abrangidos pelo princípio que veda a autoincriminação, como, por exemplo, aquela decretada pela autoridade judiciária quando houver dúvida sobre a identidade civil do imputado (CPP, art. 313, parágrafo único), ou aquela determinada para fins de qualificação do acusado, já que esta primeira parte do interrogatório não está abrangida pelo direito ao silêncio.

18.3. Bem jurídico tutelado.

Para além da dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, o delito do art. 10 da Lei n. 13.869/19 também tutela a liberdade de locomoção da testemunha ou do investigado, objeto de indevido constrangimento quando a condução coercitiva é decretada de maneira manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo.

18.4. Sujeitos do crime.

Para aqueles que entendem que a condução coercitiva pode ser decretada por outras autoridades que não apenas o juiz, como, por exemplo, Delegados de Polícia, Promotores de Justiça, etc., o sujeito ativo do delito do art. 10 poderia ser qualquer desses agentes públicos. Com tal conclusão não podemos concordar. Isso porque, como exposto anteriormente, partilhamos do entendimento segundo o qual apenas o juiz pode decretar a condução coercitiva de alguém, haja vista se tratar de evidente espécie de supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção, sujeita, portanto, à cláusula de reserva de jurisdição, nos termos do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. Em reforço a esse entendimento, é interessante notar que consta da parte final do art. 10 menção expressa à intimação prévia de *comparecimento ao juízo*. Ora, a única autoridade que pode intimar testemunha ou investigado a comparecer em juízo é o próprio magistrado. Na eventualidade de a condução coercitiva ser decretada no curso da fase de investigação, o juiz competente será o juiz das garantias, salvo em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, *ex vi* do art. 3º-B, incisos III e V, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime); caso a medida seja decretada após o recebimento da denúncia, a competência será do juiz da instrução e julgamento (CPP, art. 3º-C, *caput, in fine*, incluído pela Lei n. 13.964/19). Logo, é apenas o juiz que pode figurar como sujeito ativo do delito do art. 10.[88] Caso a condução coercitiva seja decretada por outro agente público que não o juiz, o ideal é tipificar a conduta à luz do art. 9º, *caput*, da Lei n. 13.869/19, porquanto terá havido, em última análise, a decretação de medida de privação da liberdade *em manifesta desconformidade com as hipóteses legais*.

Por outro lado, o sujeito passivo direto ou imediato é a testemunha ou investigado submetidos ao constrangimento ilegal decorrente de uma condução coercitiva manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo. Sujeito passivo indireto ou mediato é o Estado.

18.5. Tipo objetivo.

Decretar é ordenar, estabelecer explicitamente, determinar, mandar, etc. A medida decretada seria a condução coercitiva, que já foi objeto de análise. Conquanto a legislação processual penal admita a condução coercitiva do ofendido, de testemunhas, do investigado/acusado e até mesmo de peritos, o tipo penal do art. 10 da Lei n. 13.869/19 faz menção apenas à condução coercitiva de *testemunha ou investigado*. Daí podemos extrair três conclusões importantes: a) sob pena de evidente analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade, revela-se atípica a condução coercitiva de *ofendido* ou *de perito* manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo; b) o vocábulo *investigado* abrange toda e qualquer pessoa sobre a qual recaiam indícios da prática de um delito, pouco importando se se trata de mero suspeito, investigado, indiciado, etc.; c) estranhamente, o legislador fez uso apenas do termo *investigado*, não fazendo qualquer menção à figura do *acusado*. Diante desse imperdoável lapso do legislador, parece-nos inadmissível qualquer tipo de construção hermenêutica para que se entenda que a condução coercitiva de *acusado* durante o curso do processo judicial também estaria tutelada pelo tipo penal do art. 10 da Lei n. 13.869/19, sob pena de evidente analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade.[89]

88. Na mesma linha: PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. Op. cit. p. 78.

89. Greco e Cunha (op. cit. p. 97) sustentam que, em virtude da redação legal, se for decretada a condução coercitiva manifestamente descabia de *acusado*, não há falar em abuso de autoridade, sob pena de indevida analogia *in malam partem*.

Em sentido diverso, partindo da premissa de que a investigação não se limita à fase do inquérito policial (ou outra espécie de investigação preliminar), prolongando-se, na verdade, durante toda a persecução criminal, que abarca tanto a fase investigatória quanto o processo penal propriamente dito, certamente haverá quem entenda que a expressão *investigado* também teria o condão de abranger o próprio *acusado*, assertiva esta que ganha reforço quando se nota que o próprio tipo penal faz referência, em sua parte final, ao comparecimento em juízo.[90]

A condução coercitiva de testemunha (ou investigado) não está restrita a investigações ou processos criminais. Deveras, admite-se a utilização da medida em outras esferas, como, por exemplo, no curso de um inquérito civil, procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, processos cíveis, trabalhistas, etc. Portanto, ante o silêncio do art. 10 da Lei n. 13.869/19 acerca da matéria, o ideal é concluir que a tipificação do referido delito não fica condicionada à decretação da condução coercitiva em feitos de natureza criminal.

Haverá abuso de autoridade quando a condução coercitiva de testemunha ou investigado for decretada em uma das seguintes hipóteses *alternativas*:

a) **manifestamente descabida**: à semelhança da redação típica dos crimes do art. 9º, o legislador também condiciona a configuração do crime do art. 10 à decretação da condução coercitiva de maneira *manifestamente descabida*, sem, porém, especificar, quando essa elementar estaria configurada. Ante o caráter aberto e impreciso do tipo penal, o ideal é interpretá-lo, especificamente quanto à medida adotada contra o investigado, à luz das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal – ADPF's 395 e 444 –, quando concluiu ser incabível a condução coercitiva do imputado para fins de interrogatório, porquanto absolutamente incompatíveis com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, mesmo que o investigado tenha sido previamente notificado para comparecer perante a autoridade policial. Por outro lado, a condução coercitiva do investigado não será manifestamente descabida quando for decretada para a realização de ato investigatório não protegido pelo direito à não autoincriminação, como, por exemplo, quando houver dúvida sobre a identidade civil (CPP, art. 313, parágrafo único), para fins de reconhecimento pessoal, etc. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 6** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Os investigados e réus não podem ser conduzidos coercitivamente à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados. Outras hipóteses de condução coercitiva, mesmo de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, são possíveis, observando-se as formalidades legais";

b) **sem prévia intimação de comparecimento ao juízo**: a doutrina processual penal[91] sempre impôs, como condição *sine qua non* para a condução coercitiva de alguém, prévia intimação para comparecimento à Polícia (ou ao juízo). De fato, se alguém está sendo privado de sua liberdade de locomoção, ainda que momentaneamente, para a prática de determinado ato investigatório (ou processual), isso deveria ocorrer tão somente após uma tentativa frustrada de comparecimento voluntário. Especificamente quanto à necessidade de prévia intimação de testemunhas para comparecimento em juízo, tal exigência já consta inclusive do art. 218 do CPP ("Se, *regularmente intimada*, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública"). Enfim, com o advento da nova Lei de Abuso de Autoridade, resta claro que a condução coercitiva sem prévia intimação de testemunha ou investigado a comparecer em juízo terá o condão de tipificar a figura delituosa do art. 10. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 7** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "A condução coercitiva pressupõe motivação e descumprimento de prévia notificação". Conquanto a parte final do art. 10 da Lei n. 13.869/19 faça referência à *prévia intimação de comparecimento ao juízo*, daí não se pode concluir que o crime em

90. Nesse contexto, porém em relação à figura delituosa do art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/13 ("Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa"), a 5ª Turma do STJ (HC 487.962/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 28/05/2019, DJe 07/06/2019) já teve a oportunidade de concluir que "(...) a tese de que a investigação criminal descrita no art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/13 cinge-se à fase do inquérito, não deve prosperar, eis que as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto a ação penal deflagrada pelo recebimento da denúncia. Com efeito, não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita 'inquérito policial', compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal. (...)".

91. Nesse contexto: MALAN, Diogo. *Condução coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal*. Boletim do IBBCRIM. Ano 23. nº 266. Janeiro/2015, p. 2-4.

questão estaria restrito às conduções coercitivas decretadas durante a fase judicial.[92] A uma porque é o próprio tipo penal que faz referência à pessoa do *investigado*, terminologia própria para a fase investigatória. A duas porque o crime também resta caracterizado quando a decretação de condução coercitiva de testemunha ou investigado é *manifestamente descabida*, hipótese perfeitamente possível de caracterização na fase investigatória, quando, por exemplo, o juiz decreta a condução coercitiva de investigado para fins de interrogatório policial, contrariando frontalmente a decisão proferida pelo Supremo no julgamento das ADPF's 395 e 444.

18.6. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 1º, §1º.

18.7. Consumação e tentativa.

À semelhança do crime do art. 9º, *caput*, da Lei n. 13.869, o delito do art. 10 também se consuma com a mera prolação da decisão determinando a condução coercitiva, ainda que esta não seja concretizada, por exemplo, em virtude da não localização do investigado. Cuida-se, portanto, de **crime formal**, que não depende da produção do resultado naturalístico. Desse modo, imagine que o juiz decrete a condução coercitiva do investigado mesmo sendo manifestamente descabida. Antes que a providência seja cumprida, o investigado consegue do Tribunal uma ordem em *habeas corpus* cassando a decisão de 1ª instância. Em tese, o crime estará consumado mesmo não tendo havido a efetiva condução coercitiva. Por outro lado, conquanto seja de difícil configuração, admite-se a tentativa quando a medida for decretada por escrito, eis que, nesse caso, a conduta poderá ser fracionada em vários atos (crime plurissubsistente).

18.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 10 da Lei n. 13.869/19 pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio**: consultar comentários ao art. 2º; b) **crime formal (de consumação antecipada ou de resultado cortado)**: existe um resultado – condução coercitiva –, que, no entanto, não precisa ocorrer para que se verifique a consumação do delito; c) **crime unissubjetivo**: o crime pode ser praticado por uma única pessoa, conquanto admita o concurso de agentes; d) **crime unissubsistente ou plurissubsistente**: se praticado verbalmente, ter-se-á crime unissubsistente, não admitindo, portanto, a tentativa. Se, todavia, a conduta for praticada por escrito, a conduta poderá ser fracionada (plurissubsistente), hipótese em que não se pode afastar a possibilidade de configuração do *conatus*.

18.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 11. (VETADO).

19. EXECUÇÃO DE CAPTURA DE PESSOA QUE NÃO ESTEJA EM SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO OU SEM ORDEM ESCRITA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMPETENTE.

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o Projeto que deu origem à Lei n. 13.869 previa, em seu art. 11, a seguinte figura delituosa: "Executar a captura, prisão ou busca e apreensão de pessoa que não esteja em situação de flagrante delito ou sem ordem escrita de autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, ou de condenado ou internado fugitivo". Ao referido delito era cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa." Ocorre que o referido dispositivo acabou sendo vetado pelo Presidente da República, nos seguintes termos: "A propositura legislativa, ao dispor sobre a criminalização de execução de captura, prisão ou busca e apreensão de pessoa que não esteja em situação de flagrante delito gera insegurança jurídica, notadamente aos agentes da segurança pública, tendo em vista que há situações que a flagrância pode se alongar no tempo e depende de análise do caso concreto. Ademais, a propositura viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada." Levando-se em consideração que o veto em questão não foi derrubado pelo Congresso Nacional na sessão conjunta realizada no dia 24 de setembro de 2019, forçoso é concluir que a figura delituosa em questão não foi alçada à categoria de crime, pelo menos de maneira autônoma.

92. Para Pinheiro, Cavalcante e Branco (op. cit. p. 80), não há como considerar crime de abuso de autoridade a condução coercitiva de comparecimento à autoridade policial.

Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

(...)

20. OMISSÃO QUANTO À COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE À AUTORIDADE JUDICIÁRIA NO PRAZO LEGAL.

20.1. Direito intertemporal.

A despeito de não ter uma redação idêntica, é possível afirmar que a conduta incriminada pelo art. 12, *caput*, da Lei n. 13.869/19, já era tipificada na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, nos seguintes termos: "Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade: (...) c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; (...)". Houve, porém, um sensível incremento da pena privativa de liberdade. Com efeito, na vigência da legislação pretérita, a pena privativa de liberdade prevista para essa conduta delituosa era de detenção por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.869/19, a pena de prisão cominada passou a ser de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Por se tratar de *lex gravior*, esse novo preceito secundário deve abranger apenas as condutas delituosas cometidas a partir da vigência desta figura delituosa, o que ocorreu no dia 3 de janeiro de 2020,[93] sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa (CF, art. 5º, XL).

20.2. Noções gerais acerca do dever de comunicação imediata da prisão ao Juiz competente.

De acordo com o art. 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, *a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente* e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

Como se percebe, a Carta Magna estabelece que a prisão de qualquer pessoa será comunicada imediatamente ao juiz competente, sem se referir à espécie de prisão. Logo, toda e qualquer prisão deve ser comunicada à autoridade judiciária, seja ela preventiva, temporária, flagrante, prisão penal, cível, etc. A questão, todavia, assume especial relevância quando do estudo da prisão em flagrante, haja vista que tal modalidade de prisão independe de prévia autorização judicial.

Essa comunicação imediata da prisão de qualquer pessoa ao juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, I, incluído pela Lei n. 13.964/19) consiste em verdadeira garantia de liberdade, pois dela dependem outras garantias expressamente previstas no texto constitucional, como a análise da ocorrência ou não das hipóteses permissivas para a prisão (art. 5º, LXI), a possibilidade de relaxamento por sua ilegalidade (art. 5º, LXV), ou, nos casos de legalidade, se possível for, a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI).

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.449/07, o art. 306, *caput*, do CPP passou a prever que "*a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente* e à família do preso ou a pessoa por ele indicada". O art. 306, § 1º, do CPP, em acréscimo, estabelecia que "*dentro em 24 (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas* e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública".

Antes de qualquer coisa, é de bom alvitre destacar que a comunicação imediata da prisão de toda e qualquer pessoa ao juiz competente não se confunde com o posterior encaminhamento do auto de prisão em flagrante. São coisas distintas, em momentos diferentes.

Uma coisa é a imediata comunicação da prisão à autoridade judiciária. Como a própria Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, LXII, tal comunicação deve ser *imediata*, ou seja, tão logo haja o cerceamento à liberdade de locomoção, o juiz competente deve ser comunicado acerca da prisão. Outra coisa é a posterior remessa do auto de prisão em flagrante delito, em até 24 (vinte e quatro) horas depois da captura. A comunicação imediata informa a autoridade judiciária de que há uma pessoa que está detida sem que haja prévia autorização judicial, possibilitando que o magistrado, a partir de então, passe a controlar os passos da autoridade policial, até mesmo no que toca à conclusão do auto de prisão em flagrante no prazo legal de 24 (vinte e quatro) horas.[94]

93. Para mais detalhes acerca das diferentes datas de entrada em vigor de alguns dispositivos da nova Lei de Abuso de Autoridade, remetemos o leitor aos comentários ao art. 45.

94.

A Constituição Federal (art. 5º, LXII) dispõe que a prisão de qualquer pessoa será comunicada ao juiz competente. Logo, como a Constituição não faz qualquer menção à necessidade de que essa prisão seja mantida, conclui-se que, mesmo que a autoridade policial conceda ao preso liberdade provisória com fiança (CPP, art. 322), essa comunicação deve ser feita. Afinal, em última análise, houve cerceamento da liberdade de locomoção. Ademais, o afiançado fica submetido ao cumprimento de certas condições e, caso o flagrante seja anulado pelo juiz, tais obrigações deixarão de existir, com a consequente devolução do valor dado em garantia.[95]

Resta saber, então, quais são as consequências da ausência dessa comunicação do flagrante ao juiz das garantias. A princípio, se restar demonstrado que o agente público assim deixou de agir com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, restará caracterizado o crime do art. 12, *caput,* da Lei n. 13.869/19. Mas e em relação ao indivíduo que fora preso e cuja prisão não foi comunicada ao juiz? Será que a ausência dessa comunicação acarreta o obrigatório relaxamento da prisão? Ou será que se trata de mera irregularidade, sem o condão de determinar o relaxamento da prisão?

Há julgados antigos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais a ausência de comunicação da prisão à autoridade judiciária não teria o condão de excluir a legalidade da prisão, gerando tão somente responsabilidade funcional e criminal por parte da autoridade que presidiu o auto de prisão em flagrante.[96]

Com a devida vênia, pensamos que a ausência de comunicação do flagrante à autoridade judiciária configura grave violação a preceito constitucional (CF, art. 5º, LXII), o qual foi colocado na Carta Magna visando à preservação do *status libertatis* do indivíduo, determinando que toda e qualquer prisão seja comunicada à autoridade judiciária, a fim de que o magistrado possa verificar sua legalidade (para fins de eventual relaxamento), ou analisar o cabimento de liberdade provisória, com ou sem fiança. Não custa lembrar que estamos falando da prisão em flagrante, espécie de restrição à liberdade de locomoção que independe de prévia autorização judicial. Dizer que a não comunicação da prisão é mera irregularidade significa dizer que a inobservância de preceito constitucional é de todo irrelevante, tornando letra morta importante garantia constitucional.[97]

Temos, portanto, que a ausência da comunicação da prisão em flagrante importa em violação à garantia constitucional, gerando a perda da força coercitiva do auto de prisão, e o consequente relaxamento da prisão. Portanto, o auto de prisão em flagrante continuará valendo, mas tão somente como peça informativa.[98] No entanto, eventual relaxamento da prisão em flagrante por conta da ausência de comunicação ao juiz das garantias não impede a imposição de medidas cautelares de natureza pessoal, inclusive a própria prisão preventiva (ou temporária), desde que presentes seus pressupostos legais.

20.3. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se a dignidade da função pública e o prestígio que o poder público deve desfrutar perante os administrados, assim como a liberdade de locomoção do agente cuja prisão em flagrante não foi comunicada à autoridade judiciária no prazo legal.

20.4. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do delito previsto no art. 12, *caput,* da Lei n. 13.869/19 não é qualquer agente público. Para tanto, o agente deve ostentar a qualidade de Delegado de Polícia, porquanto é este que detém a atribuição legal de lavrar o auto de prisão em flagrante e, consequentemente, de comunicar sua execução à autoridade judiciária. É nesse sentido, aliás, o teor do art. 304 do CPP, segundo o qual, uma vez apresentado o preso à *autoridade competente*, deverá esta ouvir o condutor e colher, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Para fins de melhor compreensão do termo *autoridade competente*, há de se ter em mente o quanto disposto no art. 2º, §1º, da Lei n. 12.830/13 ("Ao *Delegado de Polícia*, na *qualidade de autoridade policial*, cabe a condução da investigação criminal

95. Nesse sentido: GONÇALVES, Daniela Cristina Rios (*Prisão em flagrante.* São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 103).

96. STF, 2ª Turma, RHC 64.152/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 29/08/1986 p. 15.186; STF, 2ª Turma, RHC 62.187/GO, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 08/03/1985, p. 2.599; STJ, 5ª Turma, HC 28.575/BA, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 28/10/2003 p. 321; STJ, 6ª Turma, RHC 4.274/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 20/03/1995 p. 6.145.

97. BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante.* 5ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

98. TRF1 – RHC 2002.38.00.019498-5/MG – 4ª Turma – Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz – DJ 04/10/2002 p. 122. E também: TRF1 – RCHC 2001.33.00.006872-1/BA – 4ª Turma – Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz – DJ 05/09/2001 p. 123).

por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais").

Por sua vez, o sujeito passivo direto ou imediato é o flagranteado, cuja prisão em flagrante não foi comunicada à autoridade judiciária no prazo legal. Sujeito passivo indireto (ou mediato) é o Estado.

20.5. Tipo objetivo.

A conduta incriminada pelo *caput* do art. 12 é deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal. *Deixar de comunicar* é uma conduta omissiva, significando não dar ciência de algo a alguém.

Para a caracterização do crime, não basta que o agente público deixe de comunicar a prisão em flagrante ao juiz das garantias no prazo legal. É preciso que o faça **injustificadamente** – sem haver alguma justificativa razoável para deixar de fazê-lo. A presença dessa justa causa (v.g., falha técnica e generalizada em todos os sistemas de comunicação disponíveis, ínfimo número de policiais em um determinado plantão conjugada com uma grande quantidade de prisões em flagrante, excepcional inexistência de magistrado na comarca, etc.) conduz à exclusão da tipicidade do fato.

Quando o *caput* do art. 12 diz que é crime deixar, injustificadamente, de comunicar a prisão em flagrante à autoridade judiciária no **prazo legal**, ele está se referindo ao *caput* do art. 306 do CPP ("imediatamente") ou ao §1º do art. 306 ("em até 24 horas")? Adotada uma interpretação literal do *caput* do art. 12, e firmada a premissa de que o dever de comunicação da prisão em flagrante à autoridade judiciária não se confunde com a ulterior remessa do auto de prisão em flagrante, poder-se-ia chegar à conclusão de que o tipo penal em questão refere-se ao *caput* do art. 306 do CPP (e não ao §1º). Isso porque o art. 12 fala em 'comunicar' (comunicação), mesmo verbo do *caput* do art. 306 do CPP. O §1º do art. 306, por sua vez, é mais do que a mera comunicação da prisão. Trata-se do encaminhamento (remessa) do auto de prisão em flagrante.

Ocorre que o *caput* do art. 306 do CPP não traz um prazo certo e determinado. Na verdade, faz uso da expressão 'imediatamente', que é vaga e subjetiva. Diante disso, para os fins do art. 12 da Lei de Abuso de Autoridade, o ideal é concluir que a *comunicação* ali prevista dar-se-á com a *remessa do auto de prisão em flagrante*, que deverá ocorrer no prazo legal previsto no §1º do art. 306 do CPP, ou seja, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão. Por consequência, o crime do art. 12, *caput*, da Lei n. 13.869/19 deve ser compreendido como o não encaminhamento ao juiz competente do auto de prisão em flagrante em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão. Essa é a interpretação que melhor se coaduna com o princípio da legalidade na vertente da *lex certa*, ou seja, o tipo penal deve ser claro e taxativo, traduzindo um mandado de certeza.[99]

Como a compreensão do conceito de *prazo legal* e, consequentemente, do próprio preceito primário do crime do art. 12 da Lei n. 13.869/19, demanda uma complementação por meio de lei, trata-se de espécie de **norma penal em branco**. Como se sabe, norma penal em branco é aquela cuja compreensão do preceito primário demanda complementação. Em outras palavras, por mais que exista a descrição de uma conduta proibida, esta descrição demanda um complemento extraído de um outro diploma, como, por exemplo, leis, decretos, regulamentos, etc., para que se possa compreender os limites da proibição feita pela lei penal. É o que ocorre, por exemplo, com a figura delituosa do art. 12, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade. O termo *prazo legal* previsto neste artigo não funciona como elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do magistrado. Na verdade, há uma verdadeira lacuna que precisa ser complementada por norma específica. Ou seja, somente após a leitura do art. 306, §1º, do CPP, é que poderemos saber o prazo legal para a comunicação da prisão em flagrante à autoridade judiciária. Como o complemento do art. 12, *caput*, da Lei n. 13.869/19, é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma cujo preceito primário precisa ser complementado – Congresso Nacional –, pode-se dizer que estamos diante de uma **norma penal em branco homogênea (em sentido amplo ou homóloga).** Noutro giro, levando-se em consideração que a lei incriminadora e seu complemento encontram-se alocadas em diplomas normativos diversos – Lei n. 13.869/19 e Código de Processo Penal –, também se pode concluir que estamos diante de uma **norma penal em branco homogênea heterovitelina**.

O objeto da conduta do *caput* do art. 12 é apenas a *prisão em flagrante*. A omissão da comunicação da execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou terá o condão de tipificar o crime do inciso I do parágrafo único

99. No mesmo sentido: GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 108.

do art. 12 da Lei n. 13.869/19. Vedada que é a analogia *in malam partem* no âmbito do Direito Penal, não nos parece possível ampliar os tipos penais em referência para outras espécies de prisão aí não mencionadas, como, por exemplo, a prisão civil, sob pena de evidente violação ao princípio da legalidade. Noutro giro, se a autoridade policial deixar injustificadamente de comunicar ao juiz a apreensão de criança ou adolescente, deverá responder pelo crime do art. 231 do Estatuto da Criança e do Adolescente ("Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada"), e não pelo delito do art. 12, *caput*, da Lei n. 13.869/19. Por fim, tendo em vista a taxatividade que há de orientar qualquer tipo penal, a ausência de comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público e à Defensoria Pública, quando o autuado não informar o nome de seu advogado (CPP, art. 306, *caput*, e §1º), não configurará este crime, pois há menção expressa à ausência de comunicação apenas à autoridade judiciária.

20.6. Tipo subjetivo.

O tipo subjetivo está representado pelo dolo, consubstanciado na vontade e consciência de deixar, injustificadamente, de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal. Logo, eventual desídia do Delegado de Polícia (ou da autoridade de polícia judiciária militar) em comunicar a prisão em flagrante ao juiz das garantias não terá o condão de configurar o crime do art. 12, *caput*, devendo a infração ser apurada exclusivamente na esfera do respectivo processo administrativo disciplinar. Também se faz necessária a presença do dolo específico de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal (Lei n. 13.869, art. 1º, §1º). Não se admite a modalidade culposa.

20.7. Consumação e tentativa.

Como estamos diante de crime omissivo próprio, o delito se consuma no exato momento em que o agente deixa de fazer aquilo que a norma lhe impõe como dever legal. No caso do art. 12, *caput*, da Lei n. 13.869, o crime estará consumado quando houver o decurso, injustificado, do prazo legal de 24 (vinte e quatro) horas sem que o agente público tenha comunicado a prisão em flagrante à autoridade judiciária. Por se tratar de crime omissivo próprio, não se admite o *conatus*.

20.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 12, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: **a) próprio; b) doloso; c) omissivo próprio:** o agente deixa de fazer aquilo que a norma contida no tipo penal determinava; **d) unissubjetivo;** e) **crime de mera conduta**.

20.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

Como exposto nos comentários ao art. 3º da nova Lei de Abuso de Autoridade, a ação penal é pública incondicionada, admitindo-se a ação penal privada subsidiária da pública se acaso verificada a inércia do órgão ministerial. A pena cominada ao crime do art. 12 da Lei n. 13.869/19 é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Tendo em conta que a pena máxima não é superior a 2 (dois) anos, trata-se de infração de menor potencial ofensivo. A competência, portanto, é dos Juizados Especiais Criminais, aplicando-se o procedimento comum sumaríssimo. Como se admite a transação penal, bem como os demais institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95, não será possível a celebração do acordo de não persecução penal, *ex vi* do art. 28-A, §2º, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19.

> **Art. 12.** (...)
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem:
>
> **I** - deixa de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou;
>
> (...)

21. OMISSÃO QUANTO À COMUNICAÇÃO IMEDIATA DA EXECUÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA OU PREVENTIVA À AUTORIDADE JUDICIÁRIA QUE A DECRETOU.

21.1. Direito intertemporal.

Referida figura delituosa já estava prevista, grosso modo, no art. 4º, alínea "c", da revogada Lei n. 4.898/65: "Deixar de comunicar, imediatamente,

ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa". Não há falar, portanto, em *abolitio criminis*. Todavia, considerando-se o caráter mais gravoso da pena cominada ao crime do art. 12, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19, seus ditames serão aplicáveis exclusivamente aos crimes cometidos após sua vigência, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da *lex gravior*.

21.2. Noções gerais acerca do dever de comunicação imediata da execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou.

Consoante disposto no art. 289-A do CPP, incluído pela Lei n. 12.403/11, o juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade. Esse dispositivo foi introduzido no nosso diploma processual penal com a finalidade de otimizar o sistema de comunicação e de troca de informações entre autoridades policiais e judiciais. Isso porque, pelo menos até o advento da referida Lei, a existência de mandado de prisão contra determinada pessoa costumava constar apenas dos registros da própria unidade federativa que o expediu, o que dificultava sobremaneira o seu cumprimento quando o indivíduo empreendia fuga para outro Estado. Objetiva-se, assim, unificar, em um só sistema, todos os mandados de prisão expedidos no país, possibilitando o seu cumprimento por qualquer agente público em qualquer localidade do território nacional, evitando que os limites territoriais das cidades e dos Estados sejam utilizados por pessoas foragidas como ferramentas para facilitar sua ocultação.

Esse Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) criado pela Lei nº 12.403/11 encontra-se, atualmente, disciplinado pela Resolução nº 251, de 4 de setembro de 2018, do Conselho Nacional de Justiça. As informações não sigilosas ou restritas constantes do "BNMP 2.0" são disponibilizadas na rede mundial de computadores a toda pessoa, independente de prévio cadastramento ou demonstração de interesse, por meio do Portal de Consulta Pública. Consoante disposto em seu art. 3º, abrangerá todas as pessoas privadas de liberdade por ordem judicial proferida em procedimentos de natureza criminal e civil. Para tanto, considera-se pessoa privada de liberdade o preso e o internado provisório, o condenado que esteja cumprindo pena em regime fechado, semiaberto ou aberto, desde que haja recolhimento em unidade penal do sistema penitenciário e o cumpridor de medida de segurança na modalidade internação. Por outro lado, o Banco não alcança pessoas que estiverem no cumprimento de medida cautelar diversa da prisão, os condenados que, no cumprimento de pena, estiverem submetidos ao sistema de monitoramento eletrônico, sem recolhimento, ou prisão domiciliar e os adolescentes apreendidos em razão de ato infracional.

Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu. Ademais, consoante disposto no art. 289-A, §2º, do CPP, incluído pela Lei n. 12.403/11, qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e **comunicando ao juiz que a decretou**, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo. Essa prisão também deve ser imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e **informará ao juízo que a decretou** (CPP, art. 289-A, §3º).

É dentro desse cenário que deve ser compreendida a figura delituosa do art. 12, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19. Firmado o dever constitucional (art. 5º, LXII) e legal de se comunicar ao juiz o cumprimento de prisão temporária (ou preventiva) por ele decretada – art. 289-A, §§2º e 3º do CPP, incluídos pela Lei n. 12.403/11 –, o agente público que se omitir no cumprimento desta obrigação deverá ser responsabilizado pelo crime de abuso de autoridade em comento, desde que, obviamente, presente o elemento subjetivo especial do injusto previsto no art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19.

21.3. Bem jurídico tutelado.

O bem jurídico tutelado pelo art. 12, parágrafo único, inciso I, da nova Lei de Abuso de Autoridade, é a própria dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, que são maculados pelo agente do crime. O delito também tutela a liberdade de locomoção do indivíduo, cuja prisão temporária ou preventiva não foi imediatamente comunicada à autoridade judiciária que a decretou.

21.4. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime é o agente público, nos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Cuida-se, pois,

de crime próprio, porquanto se exige uma qualidade especial do agente. À primeira vista, pode ficar a impressão de que o agente público em questão seria exclusivamente o integrante da Polícia Judiciária, porquanto é ele o responsável pelo cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária, sujeitando-se, portanto, ao dever de comunicação do art. 289-A, §2º, do CPP. Todavia, não se pode perder de vista que o §3º do art. 289-A do CPP também impõe ao juiz do local do cumprimento da medida, tão logo comunicado acerca da execução da prisão, o dever de informar ao juízo que a decretou. Logo, sem embargo de opiniões em sentido contrário, é perfeitamente possível que o magistrado também figure como sujeito ativo do presente crime de abuso de autoridade. De seu turno, o sujeito passivo é não apenas o Estado, mas também o preso preventivo ou temporário.

21.5. Tipo objetivo.

Deixar de comunicar significa quedar-se inerte em relação ao dever legal de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou. A comunicação em questão pode ocorrer por diversos meios, como, por exemplo, via telefone, e-mail, ofício entregue pessoalmente à autoridade judiciária, etc. Cuida-se de típica hipótese de **crime omissivo próprio (ou puro)**, pois a omissão está descrita diretamente no tipo penal.

Para fins de tipificação do crime do art. 12, parágrafo único, inciso I, da nova Lei de Abuso de Autoridade, o agente público deve deixar de comunicar, **imediatamente**, a execução da prisão temporária ou preventiva. "*Imediata*" é a comunicação que é feita sem delonga, ou seja, no mesmo instante. Em outras palavras, é aquela efetuada pelo agente público tão logo ocorra a execução da prisão preventiva (ou temporária). Revela-se equivocado equiparar a locução *imediatamente* ao prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Ora, se é verdade que não é fácil definir o conceito exato de *imediatamente*, também não é menos verdade que dentro desse conceito não se pode inserir um prazo tão elástico quanto o de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de subversão completa do próprio mandamento legal. De mais a mais, quando o legislador da Lei n. 13.869/19 quis se referir a este prazo mais elástico de 24 (vinte e quatro) horas, o fez expressamente, como, por exemplo, no inciso III do parágrafo único do mesmo art. 12. Logo, se o legislador optou por fazer uso da expressão *imediatamente* nos demais incisos do parágrafo único, não se pode querer equipará-las.

A omissão quanto à comunicação imediata deve recair sobre a execução de **prisão temporária ou preventiva**. Esses dois conceitos já foram objeto de estudo nos comentários ao *caput* do art. 9º da Lei n. 13.869/19, quando analisamos o elemento normativo *medidas de privação da liberdade*. Referindo-se o crime em questão exclusivamente à omissão de comunicação da execução de *prisão temporária ou preventiva*, revela-se atípica a conduta do agente público que deixar de comunicar a execução de qualquer outra espécie de medida cautelar de natureza pessoal (v.g., internação provisória, monitoramento eletrônico, etc.), sob pena de indevida analogia *in malam partem*.

21.6. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 1º, §§1º e 2º, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

21.7. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito no exato momento da omissão, *in casu*, quando o agente público não comunicar de imediato a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou. Tratando-se de crime omissivo próprio (ou puro), não se admite o *conatus*.

21.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 12, parágrafo único, inciso IV, pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio**; **b) crime formal**: independe da produção de qualquer resultado naturalístico; **c) crime unissubjetivo**; **d) crime unissubsistente**: a conduta não pode ser fracionada, daí por que não se admite a tentativa; **e) crime instantâneo**: a conduta criminosa não se dilata no tempo; **f) crime omissivo próprio (ou puro)**; **g) crime de forma livre**.

> **Art. 12.** (...)
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem:
>
> (...)
>
> **II** - deixa de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada;
>
> (...)

22. OMISSÃO QUANTO À COMUNICAÇÃO IMEDIATA DA PRISÃO DE QUALQUER PESSOA E DO LOCAL ONDE SE ENCONTRA À SUA FAMÍLIA OU À PESSOA POR ELA INDICADA.

22.1. Direito intertemporal.

Na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, tipificava-se apenas a omissão quanto ao dever de comunicar a prisão ou detenção de qualquer pessoa *ao juiz competente* (art. 4º, alínea "c"). Destarte, por mais que a Constituição Federal (art. 5º, LXII) exija a comunicação da prisão imediatamente ao juiz e à *família do preso ou à pessoa por ele indicada*, a ausência de comunicação a estes últimos não se subsumia ao referido crime de abuso de autoridade. Se, todavia, fosse apreendida alguma pessoa menor de idade, a ausência de comunicação da apreensão ao juiz ou à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada faria com que a autoridade responsável incorresse no crime do art. 231 do ECA. Portanto, cuida-se, o art. 12, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 13.869/19, de *novatio legis* incriminadora, de aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade.

22.2. Noções gerais acerca do dever de comunicação imediata da prisão de qualquer pessoa e do local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ele indicada.

A comunicação imediata da prisão de qualquer pessoa aos seus familiares ou à pessoa por ele indicada funciona como um ato de dignidade humana, enxergando no preso um sujeito de direitos, e não um mero objeto. Está relacionada a dois objetivos básicos: primeiro, pôr fim à angustia daquela família que não tem nenhuma informação acerca do paradeiro do seu ente querido; segundo, permitir que o preso obtenha de seus familiares a assistência e o apoio de que necessita.

Obviamente, caso o preso não indique a pessoa a quem deva ser comunicada sua prisão, não há como a autoridade policial dar cumprimento ao preceito constitucional do art. 5º, LXII, sendo inviável qualquer alegação de ilegalidade da prisão. Noutro giro, se do auto de prisão em flagrante constar menção à observância das garantias constitucionais acima mencionadas, incumbe ao preso o ônus de demonstrar o descumprimento dos preceitos constitucionais, haja vista a presunção de legitimidade que recai sobre o ato administrativo.[100]

Como já teve a oportunidade de se manifestar o STJ, "a Constituição da República visa a resguardar o *status libertatis*, ensejando a pessoas de confiança do preso o conhecimento do fato, a fim de, diante de qualquer ilegalidade, ser afrontado o vício jurídico. A participação imediata do juiz competente é impostergável. A comunicação à família ou à pessoa pelo preso indicada configura direito público subjetivo. A interpretação, porém, deve ser finalística. Pode ocorrer que o preso não tenha interesse, ou mesmo não deseje que tal aconteça. Urge respeito a sua intimidade. Se terceira pessoa, ainda que estranha à família ou pelo preso indicada, intervier, e de modo eficaz, compensar a ausência de alguém do rol constitucional, suprida estará a situação jurídica. Exemplificativamente, a presença de defensor".[101]

E qual é a consequência da inobservância desse preceito constitucional? Sob o ponto de vista processual, podemos dizer, como exposto anteriormente ao tratar da não comunicação da prisão em flagrante à autoridade judiciária, que a observância de todas as formalidades no momento da prisão de alguém é de extrema relevância, porque constituem meio de tutela da liberdade. Sua inobservância configura, pois, constrangimento ilegal, sanável por meio de *habeas corpus* objetivando o relaxamento da prisão. Por outro lado, sob o ponto de vista do direito material, é possível asseverar que a inobservância do preceito do art. 5º, inciso LXII, *in fine*, da Constituição Federal terá o condão de tipificar o crime do art. 12, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 13.869/19.

22.3. Bem jurídico tutelado.

À semelhança dos tipos penais anteriores, o bem jurídico tutelado pelo art. 12, parágrafo único, inciso II, também é a dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, que são maculados pelo agente do crime. O delito também tutela a liberdade de locomoção e o direito à comunicação da prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à família do preso ou à pessoa por ele indicada (CF, art. 5º, LXII, *in fine*).

100. STJ, 6ª Turma, HC 8.690/GO, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 07/06/1999 p. 133.

101. STJ, 6ª Turma, RHC 1.526/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 25/11/1991 p. 17.084. Ainda segundo o STJ, "em se tratando de prisão em flagrante de estrangeiros acusados de associação para a prática de crime de tráfico internacional de substâncias entorpecentes e roubo de aeronave, que residem na Colômbia onde tem famílias, a autoridade policial não está obrigada a comunicar a ocorrência aos familiares. Basta-lhe assegurar o direito de comunicação. Por outro lado, há nos autos notas assegurando-lhes os direitos constitucionais de assistência da família e de advogado". (STJ, 5ª Turma, RHC 3.894/PA, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ 12/09/1994 p. 23.775).

22.4. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime é o agente público, nos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Cuida-se, pois, de crime próprio, porquanto se exige uma qualidade especial do agente. O sujeito passivo é o Estado e a pessoa cuja prisão e localização não foram comunicadas à família ou à pessoa por ela indicada.

22.5. Tipo objetivo.

Deixar de comunicar significa quedar-se inerte em relação ao dever constitucional e legal de comunicar, imediatamente, a prisão e localização à família ou à pessoa indicada pelo preso. Cuida-se de típica hipótese de **crime omissivo próprio (ou puro)**, pois a omissão está descrita diretamente no tipo penal. O conceito de **imediatamente** foi objeto de análise nos comentários ao inciso I do parágrafo único do art. 12, para onde remetemos o leitor. Diversamente da figura delituosa do *caput* do art. 12, que versa sobre a ausência de comunicação da *prisão em flagrante*, o crime do inciso II do parágrafo único do art. 12 refere-se à *prisão* em sentido amplo, abrangendo, portanto, qualquer medida privativa da liberdade, como, por exemplo, prisão temporária, prisão civil, etc. Logicamente, não há falar em crime se o preso não indicar quaisquer pessoas a serem contatadas, ou se, a despeito de todos os esforços envidados pelo agente público, este não lograr êxito em entrar em contato com as pessoas indicadas pelo preso.

22.6. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 1º, §§1º e 2º, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

22.7. Consumação e tentativa.

Consultar comentários ao art. 12, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19.

22.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 12, parágrafo único, inciso IV, pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio**; **b) crime formal**: independe da produção de qualquer resultado naturalístico; **c) crime unissubjetivo**; **d) crime unissubsistente**: a conduta não pode ser fracionada, daí por que não se admite a tentativa; **e) crime instantâneo**: a conduta criminosa não se dilata no tempo; **f) crime omissivo próprio (ou puro)**; **g) crime de forma livre**.

> **Art. 12.** (...)
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem:
>
> (...)
>
> **III** - deixa de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas;
>
> (...)

23. OMISSÃO QUANTO À ENTREGA AO PRESO, NO PRAZO DE 24 (VINTE E QUATRO) HORAS, DA NOTA DE CULPA, ASSINADA PELA AUTORIDADE, COM O MOTIVO DA PRISÃO E OS NOMES DO CONDUTOR E DAS TESTEMUNHAS.

23.1. Direito intertemporal.

Sob a égide da revogada Lei n. 4.898/65, não havia um tipo penal absolutamente idêntico ao crime ora em análise. Na verdade, tipificava-se, de maneira genérica, tão somente qualquer atentado à liberdade de locomoção (art. 3º, alínea "a") e a conduta de ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder (art. 4º, alínea "a"), sujeitando o agente à pena de detenção por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses. Destarte, cuida-se, o art. 12, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 13.869/19, de *novatio legis* incriminadora, com aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade.

23.2. Noções gerais acerca do direito à entrega da nota de culpa.

De acordo com o art. 5º, inciso LXIV, da Constituição Federal, o preso tem direito à *identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial*. Dispositivo semelhante a este é encontrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, § 4º).

No caso da prisão em flagrante, tal direito se torna efetivo por meio da entrega da **nota de culpa** ao preso. Trata-se de instrumento de caráter informativo, dirigido ao preso, que lhe comunica o motivo da prisão, o nome da autoridade que lavrou o auto, da pessoa que o prendeu (condutor) e o das testemunhas,[102] tornando efetiva a

102. Em situações excepcionais envolvendo, por exemplo, organizações criminosas, admite-se que não conste da nota de culpa o nome do condutor, das testemunhas e das vítimas, preservando-se, assim, a vida,

garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LXIV, além de assegurar o direito de resguardo da liberdade do preso contra eventuais abusos e o exercício da ampla defesa. A necessidade da entrega da nota de culpa limita-se às hipóteses de prisão em flagrante, porquanto, nas demais espécies de prisão, a concretização do preceito do art. 5º, LXIV, da Constituição Federal ocorre com a entrega ao preso de cópia do mandado expedido, do qual já constam as informações imprescindíveis à defesa.

Em se tratando de prisão em flagrante delito, o art. 306, § 2º, do CPP dispõe que, *em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão*, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. Esse prazo de 24 (vinte e quatro) horas é contado a partir do momento da captura, e não da lavratura do auto de prisão em flagrante delito.[103]

Caso o preso não saiba, não possa, ou não queira assinar, duas testemunhas assinarão o recibo pelo preso, atestando a entrega do documento (testemunhas instrumentárias). A nota de culpa de modo algum importa em confissão, nem tampouco que o preso esteja aceitando as acusações que lhe foram feitas quando de sua prisão.

Sob o ponto de vista do direito processual penal, a ausência de entrega da nota de culpa, ou a ausência de entrega de cópia do mandado de prisão, maculam a prisão com grave vício de ilegalidade, autorizando seu relaxamento. De fato, se considerarmos que a ausência de entrega é causa de mera irregularidade, afasta-se o caráter coercitivo do art. 5º, LXIV, da Constituição Federal, tornando ineficaz o preceito que assegura ao preso o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.[104]

Novamente, não podemos concordar com posicionamento doutrinário e/ou jurisprudencial segundo o qual o desrespeito ao direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão seria mera irregularidade, inidôneo, portanto, para afetar a força coercitiva da prisão.[105] Cuidando-se a prisão de inequívoco gravame à liberdade de locomoção, a observância das formalidades previstas na Constituição e no Código de Processo Penal são essenciais à validade do ato, devendo se emprestar máxima efetividade ao preceito do art. 5º, inciso LXIV, da Constituição Federal. Deveras, como observa o Min. Luís Roberto Barroso, por força do princípio da efetividade, também designado por princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, deve se dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso. No caso de dúvidas, deve se dar preponderância à interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.[106]

23.3. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se não apenas o Estado, mas também o direito do preso à *identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial* (CF, art. 5º, LXIV).

23.4. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo é a autoridade responsável pela emissão e entrega ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, da nota de culpa, atribuição esta geralmente outorgada aos Delegados de Polícia (ou à autoridade de polícia judiciária militar, no caso de crimes militares). O sujeito passivo é o Estado e o preso ao qual não foi entregue a respectiva nota de culpa.

23.5. Tipo objetivo.

A ausência de entrega ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, da nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas, tipifica o crime do art. 12, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 13.869/19.

Conquanto o dispositivo faça referência apenas à figura do *preso*, sem fazer qualquer menção quanto à espécie de prisão, parece-nos evidente

a integridade corporal e a liberdade individual de tais pessoas. O fundamento legal para a preservação desses dados seria a Lei n. 12.850/13, que outorga ao colaborador e ao agente infiltrado o direito de terem seus nomes, qualificações, imagens e demais informações pessoais preservados (art. 5º, inciso II, e art. 14, inciso III, respectivamente), bem como a Lei n. 9.807/99, cujo art. 7º, inciso IV, assegura a vítimas e testemunhas a preservação da identidade, da imagem e dos dados pessoais. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 8** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Com o fim de preservar a sua identidade, imagem e dados pessoais, é possível, nas exceções legais, que da nota de culpa não conste o nome do condutor, das testemunhas e das vítimas".

103. Perfilha do mesmo entendimento Tourinho Filho (op. cit. p. 722).

104. STF, 1ª Turma, HC 77.042/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/06/1998 p. 3.

105. STJ, 5ª Turma, RHC 21.532/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 12/11/2007 p. 239. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 60.666/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 10/09/2007 p. 254; STJ, 6ª Turma, RHC 20.625/BA, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 21/05/2007 p. 616; STJ, 5ª Turma, RHC 7.890/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 16/11/1998 p. 106; STJ, 6ª Turma, RHC 7.122/PA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 30/03/1998 p. 140.

106. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 246. Na mesma linha, vide: NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010. p. 180.

que o dispositivo abrange apenas o flagranteado. Primeiro porque consta do próprio inciso III a menção ao *condutor*, que nada mais é do que a autoridade (ou particular) responsável pela condução do flagranteado à Polícia. Segundo porque, como exposto anteriormente, só se pode cogitar da entrega de nota de culpa nos casos de prisão em flagrante.

23.6. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 1º, §§1º e 2º, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

23.7. Consumação e tentativa.

Consultar comentários ao art. 12, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

23.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 12, parágrafo único, inciso III, da nova Lei de Abuso de Autoridade, pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime formal; c) crime omissivo próprio (ou puro); d) crime a prazo**: exige o esgotamento do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a sua consumação; **e) crime unissubsistente; f) crime unissubjetivo**.

> **Art. 12.** (...)
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem:
>
> (...)
>
> **IV** - prolonga a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.

24. PROLONGAMENTO INDEVIDO DE PRISÃO, DE MEDIDA DE SEGURANÇA OU DE INTERNAÇÃO.

24.1. Direito intertemporal.

Na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, o art. 4º, alínea "i", tipificava como abuso de autoridade a conduta de "prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade". Esta modalidade de abuso de autoridade fora acrescentada à revogada Lei n. 4.898/65 pela Lei n. 7.960/89, que instituiu a prisão temporária no nosso ordenamento jurídico. Ao referido delito era cominada uma pena de detenção por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses.

A figura delituosa do art. 12, parágrafo único, inciso IV, da nova Lei de Abuso de Autoridade assemelha-se, portanto, ao tipo penal do art. 4º, alínea "i", destacando-se, porém, a seguinte diferença: enquanto este último fazia menção apenas à prisão temporária, à pena e à medida de segurança, aquele, em acréscimo, também destaca a prisão preventiva e a internação. Houve, ademais, um sensível recrudescimento da sanção penal, que doravante será de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Logicamente, por se tratar de *novatio legis in pejus*, este novo preceito secundário terá sua aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869/19, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

24.2. Bem jurídico tutelado.

O bem jurídico tutelado pelo art. 12, parágrafo único, inciso IV, da nova Lei de Abuso de Autoridade, é a própria dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, que são maculados pelo agente do crime. O delito também tutela a liberdade de locomoção do indivíduo, que tem seu encarceramento prolongado pelo fato de o agente público deixar de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.

24.3. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime é o agente público, nos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Cuida-se, pois, de crime próprio, porquanto se exige uma qualidade especial do agente. Pelo menos em tese, o prolongamento dessa medida privativa de liberdade pode ser determinado não apenas por uma autoridade policial, mas também por diretores de estabelecimentos prisionais, de manicômios judiciários, de casas de internação de adolescentes infratores, etc.

O sujeito passivo é o Estado e, no caso concreto, a pessoa cuja liberdade foi lesionada. Em virtude do princípio da especialidade, o descumprimento

de prazo em favor de adolescente privado de liberdade, cumprindo medida de internação pelo cometimento de ato infracional, não configura crime de abuso de autoridade, mas sim crime contra a criança e o adolescente previsto no art. 235 da Lei n. 8.069/90 (ECA): "Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade: Pena – detenção, de seis meses a dois anos".

24.4. Tipo objetivo.

A conduta incriminada pelo art. 31, *caput*, e parágrafo único, é **prolongar**, que significa estender, expandir no tempo, alongar, aumentar a duração.

Esse prolongamento deve recair sobre a **execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação.**[107] Em fiel observância ao princípio da legalidade, que veda a analogia *in malam partem*, não comete crime quem deixar de executar alvará de soltura imediatamente em caso de prisão civil por dívida de alimentos, já que esta espécie de medida privativa de liberdade equivocadamente não consta do tipo penal sob comento.

Para fins de tipificação do crime do art. 12, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 13.869/19, o prolongamento dessas medidas de privação da liberdade necessariamente deve ser praticado por meio de uma das seguintes condutas alternativas:

a) deixar, *sem motivo justo e excepcionalíssimo*, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido: se determinado indivíduo foi beneficiado com a expedição de um alvará de soltura (v.g., habeas corpus liberatório), incumbe ao agente público responsável por sua custódia empreender, de imediato, todos os esforços possíveis para dar início aos trâmites burocráticos necessários à execução da ordem judicial, evitando-se, assim, indevido prolongamento daquela medida de privação da liberdade. O legislador faz uso do termo aberto "imediatamente" para se referir ao prazo que o agente público tem para executar o alvará de soltura, tão logo por ele recebido. Há quem entenda que o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas previsto no art. 12, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 13.869/19 possa servir como parâmetro.[108] Com tal orientação não podemos concordar. Ora, por mais abstrato que seja a locução *imediatamente*, parece fora de dúvida que a tanto não se pode equiparar o prazo de 24 (vinte e quatro) horas. De mais a mais, como estamos tratando da restrição à liberdade de locomoção, o termo *imediatamente* deve ser interpretado restritivamente (princípio do *favor rei*), a ser traduzido como a execução pronta e imediata do alvará, sem qualquer solução de continuidade;

b) deixar, *sem motivo justo e excepcionalíssimo*, de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal: prazo judicial é aquele determinado pela autoridade judiciária, ao passo que legal é aquele previsto em lei. Logo, se um juiz decretar a prisão temporária de alguém por 5 (cinco) dias – lembre-se que o mandado de prisão temporária necessariamente deve conter o período de duração da prisão temporária, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado (Lei n. 7.960/89, art. 2º, §4º-A, incluído pela Lei n. 13.869/19) –, é dever do agente público responsável por sua custódia colocá-lo em liberdade tão logo esgotado esse prazo, salvo se, obviamente, houver a prorrogação desse prazo ou se a temporária for convertida em preventiva. Não o fazendo, e presente o elemento subjetivo especial do injusto previsto no art. 1º, §1º, o agente deverá responder pelo crime do art. 12, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 13.869/19.

Essas duas condutas omissivas necessariamente devem ser praticadas **sem motivo justo e excepcionalíssimo.** Mais uma vez, o legislador da Lei n. 13.869/19 se vale de expressões vagas e indeterminadas, dificultando sobremaneira o trabalho do intérprete. Sem embargo da dificuldade para se delimitar o significado desse elemento normativo, queremos crer que o inciso IV do parágrafo único do art. 12 só admite a não execução imediata do alvará de soltura ou a negativa de soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal em situações extremas (v.g., amotinamento de presos, com sublevação e rebelião) e teratológicas. É sabido que em diversas penitenciárias, por razões de segurança, há horários definidos previamente para cumprimento diário dos alvarás de soltura. Além disso, antes de serem colocados em liberdade, é de rigor a realização de exame médico nos presos para atestar as condições de saúde, evitando-se, assim, possíveis alegações de maus-tratos e tortura no período em que estiveram privados de sua liberdade. Esse motivo justo e excepcionalíssimo também estará presente quando o agente público estiver em dúvida acerca da existência de eventual mandado de prisão preventiva (ou temporária) em aberto decretado em face do mesmo indivíduo, porém em autos diversos. Ou quando o agente

107. Esses conceitos já foram objeto de análise nos comentários ao art. 9º, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, por ocasião da análise do elemento normativo *medida de privação da liberdade* ali inserido.

108. Nesse sentido: GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 114.

público responsável pela custódia visualizar a possibilidade de a ordem judicial em questão ter como destinatário pessoa diversa daquela que efetivamente deveria ser colocada em liberdade (v.g., homônimo). Presente esse motivo justo e excepcionalíssimo, impõe-se o reconhecimento da atipicidade da conduta. A propósito, eis o teor do **enunciado n. 9** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "A execução imediata do alvará de soltura deve ocorrer após o cumprimento dos procedimentos de segurança necessários, incluindo a checagem sobre a existência de outras ordens de prisão e da autenticidade do próprio alvará".

24.5. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 1º, §§1º e 2º, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

24.6. Consumação e tentativa.

O crime estará consumado no exato momento em que se esgotar o prazo razoável para o cumprimento do alvará de soltura ou quando esgotado o prazo judicial ou legal da medida. Por se tratar de crime omissivo próprio, não se admite a tentativa.

24.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 12, parágrafo único, inciso IV, pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio**; **b) crime material**: exige a produção do resultado naturalístico, *in casu*, prolongamento da execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação; **c) crime unissubjetivo**; **d) crime unissubsistente**: a conduta não pode ser fracionada, daí por que não se admite a tentativa; **e) crime permanente**: a conduta criminosa se dilata no tempo, vez que a prisão se prolonga; **f) omissivo próprio (ou puro)**; **g) crime de forma vinculada:** o prolongamento da prisão, da medida de segurança ou da internação necessariamente deve ser cometido pela omissão do agente público em executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou em promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.

Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

25. CONSTRANGIMENTO DE PRESO OU DETENTO.

25.1. Direito intertemporal.

Na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, não havia tipo penal absolutamente idêntico ao do art. 13 da Lei n. 13.869/19. Com efeito, o art. 4º, alínea "b", da legislação pretérita, tipificava como abuso de autoridade a conduta de "submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei". Por sua vez, a alínea "h" do mesmo art. 4º rotulava como abuso de autoridade o *ato lesivo da honra* ou do patrimônio *de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal.* Em ambas as hipóteses, não havia o constrangimento mediante violência, grave ameaça ou redução da capacidade de resistência. Daí por que se pode concluir que o art. 13 da Lei n. 13.869/19 funciona como evidente hipótese de *novatio legis* incriminadora, de aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade.

25.2. Noções gerais acerca do respeito à integridade moral do preso.

De acordo com o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Ao proclamar o respeito à integridade física e moral dos presos, a Carta Magna garante ao preso a conservação de todos os direitos fundamentais reconhecidos à pessoa livre, à exceção, é claro, daqueles que sejam incompatíveis com a condição peculiar de uma pessoa presa, tais como a liberdade de locomoção (CF, art. 5º, XV), o livre exercício de qualquer profissão (CF, art. 5º, XIII), a inviolabilidade domiciliar em relação à cela (CF, art. 5º, XI) e o exercício dos direitos políticos (CF, art. 15, III). Não obstante, mantém o preso os demais diretos e garantias fundamentais, tais como o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, III, V, X e

LXIV), à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), e, em especial, aos direitos à vida e à dignidade humana.[109]

É preciso compreender, portanto, que o preso não é um mero objeto, mas sim um sujeito de direitos, destacando-se, dentre eles, a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo (LEP, art. 41, inciso VIII). Não se pode admitir sua exibição à imprensa como se fosse um verdadeiro *troféu de caça*, até mesmo porque essa exibição desprovida de qualquer interesse público pode causar danos irreparáveis àquele indivíduo, que amanhã pode vir a ser absolvido. É dizer, a curiosidade pública, o sensacionalismo e a intromissão indevida não representam o interesse público.[110]

O que se vê no dia a dia, todavia, é uma crescente degradação da imagem e da honra produzida pelos meios de comunicação de massa com a conivência das autoridades estatais, por meio da reprodução da imagem do preso sem que haja prévia autorização do preso, nem tampouco um fim público e social na sua exibição. Utilizam sua imagem, pois, como produto da notícia, a fim de saciar a curiosidade do povo. Os programas sensacionalistas do rádio e da televisão saciam curiosidades perversas extraindo sua matéria-prima da miséria de cidadãos humildes que aparecem algemados e exibidos como verdadeiros troféus.[111]

Queremos crer, com base na lição de Ana Lúcia Menezes Vieira,[112] que a reprodução pública da imagem de pessoas envolvidas em crimes deve ser vedada se ela resulta de modo antissocial, aflitivo ou degradante, a não ser que haja autorização do titular da imagem, ou se necessária à administração da justiça – exemplo seria o retrato falado ou a própria fotografia, para fins investigativos.

Ora, como dito acima, a condição de cidadão preso não lhe retira o direito ao respeito à integridade moral e à dignidade.[113] Seus direitos personalíssimos devem ser tutelados de forma mais eficaz, não só por jornalistas, como também por autoridades policiais e membros do Ministério Público, que devem se abster de exibir presos à mídia. E isso não só para preservar os direitos personalíssimos do preso, como também para evitar que inocentes sejam identificados indevidamente como autores de delitos.

Pelo menos até a entrada em vigor do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), a legislação brasileira não possuía normas infraconstitucionais específicas regulamentando explicitamente a publicidade das investigações e dos atos judiciais de modo a preservar os direitos personalíssimos do preso (CF, art. 5º, incisos X e XLIX). Sem embargo, já era possível encontrar alguma normatização do assunto através de Portarias e Regulamentos dos próprios órgãos policiais. A título de exemplo, o art. 11 da Portaria nº 18 da Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo dispõe que as autoridades policiais devem zelar pela preservação dos direitos à imagem, ao nome, à privacidade e à intimidade das pessoas submetidas à investigação policial, detidas em razão da prática de infração penal ou a sua disposição na condição de vítimas, a fim de que a elas e a seus familiares não sejam causados prejuízos irreparáveis, decorrentes da exposição de imagem ou de divulgação liminar de circunstância objeto de apuração. Após orientadas sobre seus direitos constitucionais, tais pessoas somente serão fotografadas, entrevistadas ou terão suas imagens por qualquer meio registradas, se expressamente o consentirem mediante manifestação explícita de vontade, por escrito ou por termo devidamente assinado.[114]

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, passou a constar do CPP dispositivo expresso acerca do assunto, senão vejamos: "Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso, serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no *caput* deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão".

É dentro desse contexto que devemos compreender os tipos penais dos incisos I e II do art. 13 da

109. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil: interpretada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. 338.

110. Nessa linha: LEVORIN, Marco Polo. *Nova Lei do abuso de autoridade comentada artigo por artigo*. Corrdenação de Guaracy Moreira Júnior. São Paulo: Rideel, 2019. p. 49.

111. Nesse sentido: BUCCI, Eugênio. *Sobre ética e imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 156. *Apud* VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 156.

112. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 153.

113. SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 181.

114. Publicada no DOE de 27 de novembro de 1998.

nova Lei de Abuso de Autoridade: ambos têm como objetivo precípuo evitar que presos (ou detentos) continuem a ser exibidos à curiosidade pública, sem qualquer finalidade social na sua exibição, ou que sejam submetidos a situações vexatórias ou a constrangimentos não autorizados em lei.

25.3. Bem jurídico tutelado.

Para além da dignidade da função pública – consultar comentários ao art. 9º, *caput* –, o delito do art. 13 da nova Lei de Abuso de Autoridade, verdadeira modalidade especial de constrangimento ilegal (CP, art. 146), também tutela a integridade moral e a honra objetiva do preso ou detento, no caso dos incisos I e II, e o direito à não autoincriminação, no caso do inciso III.

25.4. Sujeitos do crime.

Quanto ao sujeito ativo, cuida-se de **crime próprio**, nos exatos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. A conduta criminosa é do agente público, e não, no caso dos incisos I e II do art. 13, do profissional da imprensa que estimula a transmissão desse tipo de conteúdo.[115]

No tocante ao sujeito passivo, a vítima não pode ser qualquer pessoa, mas tão somente aquela que se estiver na condição de *preso* ou *detento*. Cuida-se, portanto, de verdadeiro **crime biprópriο**, já que se exigem qualidades especiais tanto do sujeito ativo quanto do sujeito passivo. Especificamente em relação à conduta delituosa do art. 13, inciso II, da Lei n. 13.869/19, se a vítima for criança ou adolescente, aplica-se o art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente ("Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou constrangimento"), haja vista o princípio da especialidade.

25.5. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo (verbo da descrição da conduta na lei penal) é *constranger*, que significa retirar de alguém sua liberdade de autodeterminação. *Constranger* significa, então, *submeter, subjugar, obrigar, compelir, forçar alguém a fazer* ou *deixar de fazer alguma coisa*. Esse constrangimento contra o *preso ou detento* deve ser praticado com violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência. Vejamos o conceito desses meios de execução:

a) violência: a violência à pessoa, também denominada de *vis corporalis* ou *vis absoluta*, significa a violência física empregada pela força contra o corpo de alguém. É desnecessário que da violência resulte lesão corporal. Na eventualidade de o delito ser cometido com o emprego de violência, não há falar em aplicação do princípio da consunção, haja vista a diversidade de bens jurídicos tutelados, daí por que o agente público deverá responder não apenas pelo crime de abuso de autoridade em análise, mas também, por exemplo, por eventual crime de lesão corporal (CP, art. 129). Prova disso, aliás, é a parte final do preceito secundário do art. 13 – *sem prejuízo da pena cominada à violência* –, de cuja interpretação *a contrario sensu* denota-se que haverá a consunção da ameaça, mas não de eventual violência;[116]

b) grave ameaça: também chamada de *vis compulsiva* ou *vis relativa*, é a violência moral capaz de causar temor na vítima, de forma a viciar sua vontade e incapacitar sua resistência. A vítima, neste caso, experimenta um fundado receio de grave e iminente mal, seja físico ou moral, que possa atingir a si próprio ou pessoas que lhe são afetas;

c) redução de sua capacidade de resistência (violência imprópria ou meio sub-reptício): à semelhança do que ocorre na redação típica do crime de roubo previsto no *caput* do art. 157 do Código Penal, a Lei n. 13.869/19 utiliza a interpretação analógica (ou *intra legem*), pois apresenta uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica. É dizer, a grave ameaça e a violência perpetradas contra o preso ou detento são meios que reduzem a sua possibilidade de resistência. Mas não são os únicos. Como o legislador não tem condições de arrolar taxativamente todos os referidos meios, ele se vale dessa fórmula residual, admitida em Direito Penal e diversa da analogia. O agente é quem dolosamente coloca a vítima em uma posição marcada pela ausência de defesa, como ocorre, por exemplo, após o consumo de substâncias psicotrópicas.

Esse constrangimento deve ter como objeto material *o preso ou o detento*. É princípio básico da hermenêutica que a lei não contém palavras inúteis. Logo, se o art. 13, *caput*, faz referência ao *preso* e ao *detento*, e se ambos os termos devem ser compreendidos como tendo alguma eficácia,

115. Como observam Pinheiro, Cavalcante e Branco (op. cit. p. 95), "esse constrangimento vexatório descrito no inciso I constitui parte do 'circo de horrores' de alguns programas de televisão e outros veículos de comunicação especializados em explorar a violência e a criminalidade da pior forma, submetendo pessoas presas a inúmeras situações vexatórias. A Lei de Abuso de Autoridade não prevê enquadramento típico para esses profissionais da imprensa que estimulam a transmissão desse tipo de conteúdo".

116. Nesse sentido, referindo-se, porém, à revogada Lei n. 4.898/65: STF, 2ª Turma, HC 59.403/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 19/03/1982, DJ 23/04/1982.

impõe-se distingui-los nos moldes sugeridos pela doutrina: "Preso é aquele que teve sua prisão já formalizada, seja através do auto de prisão em flagrante, provisória, preventiva ou mesmo após sentença penal condenatória transitada em julgado. Detido é aquele que ainda não teve formalizada essa prisão, mas que se encontra com sua liberdade ambulatorial limitada, a exemplo do Promotor de Justiça que, após ser flagrado na prática de um crime punido com reclusão, tem sua liberdade ambulatorial limitada pela autoridade policial até que seja comunicado e venha até o local o Procurador-Geral de Justiça, que se encarregará das investigações".[117]

Referindo-se o tipo penal *sub examen* exclusivamente ao *preso* e ao *detento*, não se pode admitir qualquer tipo de analogia, evidentemente, *in malam partem*, para aí se incluir uma pessoa que esteja em liberdade. De todo modo, na eventualidade de se tratar de uma vítima solta, conquanto a conduta não tenha o condão de tipificar o crime do art. 13, poderá restar caracterizado outro crime, como, por exemplo, o delito de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do Código Penal.

Para fins de tipificação do crime do art. 13, o agente público deve ter constrangido o preso ou detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a praticar *alternativamente* uma das seguintes condutas:

I – **exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à autoridade pública**: o verbo exibir tem o significado de expor, colocar à mostra, mostrar, *in casu*, o preso (ou o detento). Como exposto anteriormente nos comentários ao *respeito à integridade moral do preso* (CF, art. 5º, XLIX), o fato de se um indivíduo ter sido preso por agentes do Estado não significa dizer que tal pessoa possa ser livremente exibida à sociedade como um verdadeiro animal que acaba de ser capturado. Por força desse populismo penal irracional que vigora nos dias de hoje, não se pode admitir que presos sejam constrangidos a mostrar seus rostos nas famosas "apresentações à polícia", que tenham seus cabelos puxados para trás, ou seus queixos levantados para cima, tão somente para satisfazer o anseio da mídia, sempre ávida por essas imagens: primeiro, diante do interesse que despertam junto à sociedade; segundo, pelo fato de terem o potencial de elevar os índices de audiência e, consequentemente, aumentar o valor da comercialização de espaços publicitários. Tampouco se revela justificada essa prática porque geralmente praticada de modo a atender ao interesse pessoal do agente público, interessado em se aproveitar desse momento de publicidade ostensiva para buscar sua autopromoção, invariavelmente com publicações nas redes sociais. Enfim, como observa Agi, "preso não é prêmio de uma caça, não é um animal perigoso capturado, não é um tesouro descoberto. Temos um ser humano, que provavelmente descumpriu norma penal incriminadora, e que, por isso, está preso. Sua pena é de prisão, não de uso de algemas nos pés, de exposição aos jornalistas com a logo da polícia civil ao fundo, de morte cívica".[118] Diversamente da hipótese do inciso II, o inciso I não demanda a exibição do preso em situação vexatória, ou seja, basta que ele seja exibido à curiosidade pública;

II – **submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei**: à semelhança da hipótese anterior, o art. 13, inciso II, da Lei n. 13.869 visa coibir a submissão – submeter significa subordinar, levar à sujeição, exercer o domínio – do preso (ou detento) a qualquer tipo de situação vexatória (é aquela que causa sentimento de humilhação, desonra, vergonha ou aflição) ou *constrangimento não autorizado em lei*, além, obviamente, da privação da liberdade. A primeira hipótese – submissão à situação vexatória – restará caracterizada, por exemplo, se o preso (ou o detento) for constrangido, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a vestir uma roupa vexatória, a ficar nu, a ser objeto de uma 'cusparada',[119] a gravar um vídeo pedindo desculpas à vítima ou à sociedade, ou a cantar 'parabéns pra você' com os Policiais Militares na eventualidade de ser preso em flagrante no dia do seu 18º aniversário. Quanto à segunda hipótese, há de se verificar se o preso estaria sendo submetido a algum tipo de *constrangimento não autorizado em lei*. Aqui, é importante ter em mente que a privação da liberdade de qualquer pessoa, *de per si*, e ainda que por um curto espaço de tempo, já é capaz de sujeitar o custodiado a intenso constrangimento,

117. GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 130. Nessa linha de raciocínio, outro exemplo de "detento" seria o autor de infração de menor potencial ofensivo que é conduzido à presença da autoridade policial para, posteriormente, ser liberado mediante o compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal (Lei n. 9.099/95, art. 69).

118. Op. cit. p. 16.

119. "A cuspida é humilhante. Fere o ser humano em sua dignidade e não pode ser tolerada, principalmente quando parte de agente da autoridade, encarregado pelo sistema de prevenir e reprimir os atos antissociais. Presente, ainda, a covardia da agressão, partindo de miliciano armado, contra ré algemado e totalmente impedido de qualquer reação" (RT 711/341). Como já decidiu o TRF da 4ª Região (1ª Turma, ACR 89.04.15462-6, Rel. Ellen Gracie Northfleet, DJ 04/04/1990) na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, "(...) pratica abuso de autoridade o policial que, estando detida a mulher, desta circunstância se vale para submetê-la ao vexame de com ele manter relações sexuais. (...)".

notadamente mental, mas, nesse caso, esse constrangimento é legal e possivelmente decorrente da prática de um crime pelo agente. Assim, se alguém for regularmente submetido ao regime disciplinar diferenciado (RDD) pelo fato, por exemplo, de representar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (LEP, art. 52, §1º, I, incluído pela Lei n. 13.964/19), por mais que não se possa negar que o custodiado será submetido a um certo grau de constrangimento, não há falar em crime de abuso de autoridade, já que se trata de espécie *legal* de constrangimento. Por outro lado, se o Diretor do presídio deliberar por submeter um preso ao RDD sem que haja ordem judicial nesse sentido, contrariando, assim, os dizeres do art. 54, *caput, in fine*, da LEP, poderá, em tese, responder pelo crime do art. 13, inciso II, *in fine*, da Lei n. 13.869/19, já que, em tal hipótese, estaremos diante de *constrangimento não autorizado em lei*. Por fim, e especificamente quanto ao uso de algemas, convém destacar que, por ocasião da aprovação do Projeto que deu origem à Lei n. 13.869/19, havia um tipo penal específico para tal hipótese: "Art. 17. Submeter o preso, internado ou apreendido ao uso de algemas ou de qualquer outro objeto que lhe restrinja o movimento dos membros, quando manifestamente não houver resistência à prisão, internação ou apreensão, ameaça de fuga ou risco à integridade física do próprio preso, internado ou apreendido, da autoridade ou de terceiro: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa". Ocorre que este dispositivo foi vetado pelo Presidente da República. Sem embargo da manutenção do veto pelo Congresso Nacional, se restar evidenciado que o preso foi algemado indevidamente, é dizer, sem que houvesse risco de agressão contra os policiais, contra terceiros ou contra si mesmo, ausente, ademais, qualquer risco de fuga,[120] é de rigor a conclusão de que o agente teria sido submetido a *constrangimento não autorizado em lei*, devendo responder, portanto, pelo crime do art. 13, inciso II, da nova Lei de Abuso de Autoridade, conquanto presente o especial fim de agir do art. 1º, §1º;

III – **produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro**:[121] por força do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Por consequência, revela-se indevido qualquer tipo de constrangimento por parte de um agente público de modo a obrigar o indivíduo a contribuir para a sua própria destruição. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente público constrange o preso (ou detento), mediante violência, grave ameaça, ou violência imprópria, a revelar a exata localização da droga, a indicar os nomes dos seus comparsas, a fornecer a senha do seu aparelho celular para que a Polícia tenha acesso às conversas via *whatsapp*, etc. De se notar que o legislador vai além do direito que veda a autoincriminação, pois aduz, no inciso III do art. 13, que o preso ou detido não pode ser constrangido a produzir prova contra si mesmo *ou contra terceiro*. Na eventualidade de a prova ser produzida pelo preso ou detento em virtude do constrangimento perpetrado pelo agente público, impõe-se o reconhecimento de sua ilicitude, nos exatos termos do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

25.6. Tipo subjetivo.

Os crimes dos incisos I, II e III do art. 13 são punidos a título de dolo (direto ou eventual). Demanda-se a presença do elemento subjetivo especial constante do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19: finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Por consequência, na eventualidade de o preso ser exibido à mídia para fins de identificação, por parte de outras vítimas, de eventuais delitos por ele praticados anteriormente, como geralmente ocorre, por exemplo, em crimes sexuais, não há falar em abuso de autoridade por parte do agente público, porquanto sua conduta teria sido praticada com a finalidade de atender ao interesse público. Não se admite a modalidade culposa.

25.7. Consumação e tentativa.

À semelhança do crime de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do Código Penal, os delitos dos incisos I, II e III do art. 13 da Lei n. 13.869/19 consumam-se quando o ofendido faz ou deixa de fazer aquilo a que foi constrangido, *in casu*, quando o preso ou detento é exibido (ou

120. De acordo com a **súmula vinculante n. 11**, "só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

121. O inciso III do art. 13 foi vetado pelo Presidente da República, nos seguintes termos: "A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois o princípio da não produção de prova contra si mesmo não é absoluto como nos casos em que se demanda apenas uma cooperação meramente passiva do investigado. Neste sentido, o dispositivo proposto contraria o sistema jurídico nacional ao criminalizar condutas legítimas, como a identificação criminal por datiloscopia, biometria e submissão obrigatória de perfil genético (DNA) de condenados, nos termos da Lei nº 12.037, de 2009." O veto, todavia, não foi mantido pelo Congresso Nacional.

tem seu corpo ou parte dele exibido) à curiosidade pública, quando é submetido à situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei, ou quando produz prova contra si mesmo ou contra terceiro, em decorrência da violência, grave ameaça ou redução da sua capacidade de resistência. Deve-se ter presente que não se trata de crime de mera atividade, que se consuma com a simples ação, mas de crime de lesão que tem uma execução complexa, exigindo duplicidade comportamental: a ação coativa do sujeito ativo e a atividade coagida do sujeito passivo, fazendo aquilo a que foi constrangido. Assim, consuma-se o crime quando o constrangido, em razão da violência ou grave ameaça sofrida, começa a obedecer a imposição do sujeito ativo. Enquanto não ceder à vontade do sujeito ativo, isto é, enquanto não der início ao "fazer", a violência, grave ameaça e redução da capacidade de resistência do coagido poderão configurar somente a tentativa. Cuidando-se de crime material, admite-se a tentativa, que se verifica com o início da ação constrangedora, que pode ser fracionada. A exigência de uma execução complexa, com a ação do sujeito ativo, de um lado, e a atividade do coagido, de outro, facilita a identificação do *conatus*. É o que ocorre, por exemplo, se um investigador de polícia der início à agressão de um preso com o objetivo de que este revele a exata localização dos objetos por ele subtraídos, deixando de lograr êxito em seu desiderato devido à pronta intervenção do Delegado de Polícia. Nesse caso, podemos concluir que o agente deverá responder pelo crime do art. 13, inciso III, da Lei n. 13.869/19, na forma do art. 14, inciso II, do Código Penal.

25.8. Classificação doutrinária.

Os delitos dos incisos I, II e III do art. 13 da Lei n. 13.869/19 podem ser classificados da seguinte forma: a) **crimes próprios**; b) **crimes de forma livre**; c) **crimes materiais:** os delitos do art. 13 da nova Lei de Abuso de Autoridade assemelham-se ao crime de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do Código Penal, que se consuma no momento em que a vítima, constrangida, faz ou deixa de fazer algo contrário à sua vontade; d) **crime comissivo**, porquanto praticado mediante uma conduta positiva, um fazer, o que não impede que o fato seja praticado por meio de omissão imprópria, nas hipóteses em que o agente ostente a condição de garantidor (CP, art. 13, §2º) e, dolosamente, com o especial fim de agir do art. 1º, §1º, nada faça para impedir a superveniência do resultado; d) **crimes instantâneos,** salvo se o constrangimento se prolongar no tempo, quando o crime passa a ter natureza permanente; e) **crimes de dano**; f) **crimes unissubjetivos**; g) **crimes plurissubsistentes**.

25.9. Conflito aparente de normas.

Os crimes dos incisos I, II e III do art. 13 da nova Lei de Abuso de Autoridade, sempre subsidiários (soldado de reserva) em relação às figuras típicas de tortura, não se confundem com o delito de tortura-confissão (ou tortura probatória) previsto no art. 1º, inciso I, alínea "a", da Lei n. 9.455/97 ("Art. 1º. Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;") pelos seguintes motivos: 1) aquele é crime próprio do agente público, nos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19, enquanto este é crime comum; 2) aquele pode ser cometido mediante violência, grave ameaça ou redução da capacidade de resistência da vítima, enquanto este não admite a violência imprópria; 3) aquele não demanda a causação de intenso sofrimento físico ou mental à vítima, enquanto a Lei de Tortura faz referência explícita à produção deste resultado; 4) o elemento subjetivo especial do injusto dos crimes do art. 13 da nova Lei de Abuso de Autoridade é prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou mero capricho ou satisfação pessoal, ao passo que o especial fim de agir da Lei de Tortura é obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.

25.10. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

Como exposto nos comentários ao art. 3º da nova Lei de Abuso de Autoridade, a ação penal é pública incondicionada, admitindo-se a ação penal privada subsidiária da pública se acaso verificada a inércia do órgão ministerial.

A pena cominada ao crime do art. 13 é de *detenção*, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, *sem prejuízo da pena cominada à violência*. De se notar que o legislador adotou o sistema do cúmulo material, do que se conclui que a pena correspondente à violência – v.g., lesão corporal leve (detenção, de 3 meses a um ano) – deve se somar à pena do art. 13, haja vista a existência de

possível concurso material (CP, art. 69) ou formal impróprio (CP, art. 70, segunda parte).

Tendo em conta que a pena máxima é superior a 2 (dois) anos, não se trata de infração de menor potencial ofensivo. A competência, portanto, não é dos Juizados Especiais Criminais, mas sim do juízo comum, aplicando-se, *in casu*, o procedimento especial dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (CPP, arts. 513 a 518).[122]

Como se trata de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, não se admite a celebração do acordo de não persecução penal, *ex vi* do art. 28-A, *caput*, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19.

Conquanto não seja cabível a transação penal – pena máxima superior a 2 (dois) anos –, admite-se a suspensão condicional do processo, consoante disposto no art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/95, vez que a pena mínima cominada ao delito não é superior a 1 (um) ano (crime de médio potencial ofensivo). Há de se ressalvar, porém, a hipótese em que o delito for praticado com violência. Nesse caso, devido à adoção do sistema do cúmulo material – *sem prejuízo da pena cominada à violência* – não será cabível a suspensão condicional do processo, porquanto a somatória das penas mínimas do delito do art. 13 com aquela correspondente à violência (v.g., art. 129, *caput*) terá o condão de ultrapassar o limite mínimo de 1 (um) ano, inviabilizando a concessão do benefício, nos exatos termos da **súmula n. 243 do STJ** ("O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 ano").

Art. 14. (VETADO).

26. FOTOGRAFIA OU FILMAGEM DE PRESO SEM O SEU CONSENTIMENTO OU COM AUTORIZAÇÃO OBTIDA MEDIANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Na origem, o art. 14 da Lei n. 13.869/19 possuía a seguinte redação: "Fotografar ou filmar, permitir que fotografem ou filmem, divulgar ou publicar fotografia ou filmagem de preso, internado, investigado, indiciado ou vítima, sem seu consentimento ou com autorização obtida mediante constrangimento ilegal, com o intuito de expor a pessoa a vexame ou execração pública". À referida figura delituosa era cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. De seu turno, o parágrafo único dispunha que não haveria crime se o intuito da fotografia ou da filmagem fosse o de produzir prova em investigação criminal ou processo penal ou o de documentar as condições de estabelecimento penal.

Entretanto, a novel figura delituosa acabou sendo vetada pelo Presidente da República nos seguintes termos: "A propositura legislativa, ao prever como elemento do tipo 'com o intuito de expor a pessoa a vexame ou execração pública', gera insegurança jurídica por se tratar de tipo penal aberto e que comporta interpretação, notadamente aos agentes da segurança pública, tendo em vista que não se mostra possível o controle absoluto sobre a captação de imagens de indiciados, presos e detentos e sua divulgação ao público por parte de particulares ou mesma da imprensa, cuja responsabilidade criminal recairia sobre os agentes públicos. Por fim, o registro e a captação da imagem do preso, internado, investigado ou indiciado poderá servir no caso concreto ao interesse da própria persecução criminal, o que restaria prejudicado se subsistisse o dispositivo." Sem embargo do veto presidencial, é possível cogitarmos da tipificação dos crimes dos incisos I e II do art. 13, desde que presentes, logicamente, as respectivas elementares.

Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. (...)

27. CONSTRANGIMENTO A DEPOR, SOB AMEAÇA DE PRISÃO, DE PESSOA QUE DEVA GUARDAR SEGREDO OU RESGUARDAR SIGILO EM RAZÃO DE FUNÇÃO, MINISTÉRIO, OFÍCIO OU PROFISSÃO.

27.1. Direito intertemporal.

Não havia, sob a égide da revogada Lei n. 4.898/65, conduta delituosa absolutamente semelhante à ora incriminada pelo art. 15 da Lei n.

122. Para mais detalhes acerca da necessidade de observância do referido procedimento, remetemos o leitor aos comentários ao art. 39 da Lei n. 13.869/19.

13.869/19. É bem verdade que a legislação pretérita incriminava qualquer atentado *aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional* (revogada Lei n. 4.898/65, art. 3º, alínea "j"). Ocorre que, diversamente do crime do art. 15, referida figura delituosa não era praticada por meio de constrangimento sob ameaça de prisão, resguardando apenas o exercício profissional, é dizer, não tutelava as pessoas que devem guardar segrego em razão de função, ministério ou ofício. Estamos diante, portanto, de *novatio legis* incriminadora, passível de aplicação exclusivamente aos crimes cometidos a partir da vigência da Lei n. 13.869/19.

27.2. Noções gerais acerca das pessoas que são proibidas de depor em razão do dever de guardar segredo decorrente do exercício de função, ministério, ofício ou profissão.

Pelo menos em regra, toda e qualquer pessoa tem o dever de depor, contribuindo para o acertamento do fato delituoso. É nesse sentido, aliás, o teor do art. 202 do CPP, segundo o qual toda pessoa poderá ser testemunha. Não obstante, a própria lei processual penal aponta certas pessoas que podem se recusar a depor (CPP, art. 206), e outras que estão até mesmo proibidas de depor (CPP, art. 207).

Quanto a estas, o art. 207 do CPP dispõe que "são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho". A doutrina qualifica essas pessoas como *confidentes necessários*, ou seja, "aqueles a quem são confiados segredos em razão do seu mister, no caso em apreço, função, ministério, ofício ou profissão. A terminologia utilizada confidentes necessários fundamenta-se na essência de determinadas atividades em que a relação profissional-cliente encerra confidências, sigilos, segredos, cuja revelação indevida fere, no mínimo, a ética profissional".[123] É o que acontece, por exemplo, em relação ao padre, quanto ao conteúdo da confissão religiosa; ou com o psicólogo, em relação ao teor da sessão de terapia.

Para fins do disposto no art. 207 do CPP, impõe-se a exata compreensão das pessoas que são obrigadas a guardar segredo:

a) em razão de função: refere-se ao encargo que alguém recebe em virtude de lei (v.g., funcionário público), decisão judicial (v.g., tutor, curador) ou contrato (diretor de empresa sujeito a cláusulas de confidencialidade), também abarcando a função pública;

b) em razão de ministério: exerce ministério todo aquele que, por força da religião ou de alguma atividade social, recebe algum tipo de confissão sobre a qual deva guardar segredo. É o que ocorre, a título de exemplo, com os padres, haja vista o disposto no art. 983, §1º, do Código Canônico ("O sigilo sacramental é inviolável; por isso é absolutamente ilícito ao confessor de alguma forma trair o penitente, por palavras ou de qualquer outro modo e por qualquer que seja a causa");

c) em razão de ofício: a expressão *ofício* denota a atividade eminentemente mecânica, manual;

d) em razão de profissão: *profissão* é a atividade de natureza intelectual, ou aquela que contempla a conduta habitual do indivíduo, tendo fim lucrativo. Para fins de ilustração, o Código de Ética Médica veda ao médico "revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente" (art. 73). De acordo com o parágrafo único desse dispositivo, "permanece essa proibição (...) b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento". Na mesma linha, Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (CF, art. 53, § 6º). De seu turno, juízes e membros do Ministério Público não podem atuar em processo em que tenham servido como testemunhas, nos termos do art. 252, inciso II, c/c art. 258, ambos do CPP.

Vale lembrar que o Código Penal prevê o tipo penal de violação do segredo profissional (CP, art. 154), que consiste em alguém, sem justa causa, revelar segredo, de que tem ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Equivale a dizer que tais pessoas estão proibidas de revelar segredos e, consequentemente, de depor sobre esses fatos como testemunha, o que encontra ressonância na proibição contida no art. 207 do CPP.[124]

123. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 3, p. 548.

124. Na dicção do STJ, "o sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que se deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor a sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie. O interesse público do sigilo profissional decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas

Veja-se que tais pessoas, ainda que queiram dar seu depoimento, não poderão fazê-lo, a não ser que sejam desobrigadas pela parte interessada. Portanto, se a parte interessada desobrigá-la, ela passa a ter o direito de depor, mas não a obrigação. Se várias forem as pessoas interessadas, é necessária a autorização de todas.

Em alguns casos, todavia, mesmo que a pessoa proibida de depor seja desobrigada pela parte interessada, e queira prestar seu depoimento, isso não será possível. Nessas hipóteses, não se aplica o art. 207 do CPP, mas sim a lei específica. É o que ocorre, por exemplo, com advogados, na medida em que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil proíbe o advogado de depor, mesmo que desobrigado pela parte interessada. O art. 7º, inciso XIX, da Lei nº 8.906/94 prevê que é direito do advogado "recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional". Em sentido semelhante, o art. 26 do Código de Ética e Disciplina da OAB também prevê que "o advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte". Somente em situações excepcionais é que se verifica a presença de justa causa autorizadora da revelação do segredo, como ocorre no caso de grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado é afrontado pelo próprio cliente ou necessitar depor em defesa própria (art. 25 do Código de Ética e Disciplina da OAB). Não se deve interpretar o referido dispositivo no sentido de que o advogado jamais poderá ser testemunha. Na verdade, essa proibição está relacionada ao conteúdo da confidência que o advogado teve conhecimento para exercer o *munus* que lhe foi confiado. Logo, ausente a proibição de depor prevista no art. 207 do Código de Processo Penal e inaplicável a prerrogativa prevista no art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94, o advogado passa a ter o dever de depor.[125]

27.3. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se não apenas a Administração Pública, mas também o direito ao sigilo inerente ao exercício de certas funções, ministérios, ofícios ou profissões.

27.4. Sujeitos do crime.

Cuida-se de crime próprio, cujo sujeito ativo é o agente público, nos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Por sua vez, o sujeito passivo é o Estado e, no caso concreto, a pessoa que, a despeito do dever de guardar segredo em razão de função, ministério, ofício ou profissão, foi constrangida pelo agente público a prestar depoimento.

27.5. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo (verbo da descrição da conduta na lei penal) é **constranger**, que significa retirar de alguém sua liberdade de autodeterminação. **Constranger** significa, então, submeter, subjugar, obrigar, compelir, forçar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Diversamente do que ocorre com os crimes do art. 13, incisos I, II e III, em que o constrangimento pode ser praticado mediante violência, grave ameaça ou redução da capacidade de resistência (violência imprópria), o art. 15, *caput*, da Lei n. 13.869/19 dispõe expressamente que o constrangimento a depor deve ser cometido **sob ameaça de prisão**. Como exposto anteriormente, a **ameaça** (*vis compulsiva* ou *vis relativa)* é a violência moral capaz de causar temor na vítima, de forma a viciar sua vontade e incapacitar sua resistência. A vítima, neste caso, experimenta um fundado receio de grave e iminente mal, seja físico ou moral, consubstanciado exclusivamente pelo temor de ser levada à prisão. É dizer, estamos diante de um **crime de forma vinculada**, porquanto o legislador estabelece expressamente que o constrangimento deve ser executado mediante ameaça de indevida prisão de pessoa que está na iminência de depor, ou já prestando seu depoimento, mas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo.

27.6. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual). O juízo de tipicidade também depende

categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositada, sem o que seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social. Hipótese em que se exigiu da recorrente ela que tem notória especialização em serviços contábeis e de auditoria e não é parte na causa – a revelação de segredos profissionais obtidos quando anteriormente prestou serviços à ré da ação". (STJ, 4ª Turma, RMS 9.612/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03/09/1998, DJ 09/11/1998 p. 103).

125. STF, Tribunal Pleno, AP 470 QO-QO/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 079 29/04/2009.

da presença do elemento subjetivo especial do tipo previsto no art. 1º, §1º, com a ressalva de que eventual divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade (art. 1º, §2º).

27.7. Consumação e tentativa.

O crime se consuma no exato momento em que a pessoa obrigada a guardar segredo ou resguardar sigilo em razão de função, ministério, ofício ou profissão, prestar seu depoimento em virtude do constrangimento sob ameaça de prisão.[126] Cuida-se, portanto, de crime material, assemelhando-se, neste ponto, ao delito do art. 13. Por se tratar de crime plurissubsistente, é possível, pelo menos em tese, a tentativa. É o que ocorre na hipótese em que, a despeito do constrangimento, a pessoa não depõe.

27.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 15, *caput*, da Lei n. 13.869/19 pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio**; b) **crime material**; c) **crime plurissubsistente**; d) **crime unissubjetivo;** e) **crime de forma vinculada:** são aqueles que podem ser executados apenas pelos meios indicados pelo tipo penal. É o que ocorre com o delito do *caput* do art. 15, vez que o tipo penal deixa transparecer que o constrangimento necessariamente deve ser praticado sob ameaça de prisão. Por consequência, na eventualidade de o constrangimento ser praticado por meio de ameaça a qualquer outro mal injusto e grave ou por meio de violência, impõe-se o reconhecimento de sua atipicidade formal, pelo menos sob a ótica do art. 15, *caput*, da Lei n. 13.869/19, o que, no entanto, não impede que o agente seja responsabilizado por outros delitos, como, por exemplo, constrangimento ilegal (CP, art. 146).

27.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal e suspensão condicional do processo.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. A ressalva fica por conta do acordo de não persecução penal, que não é admitido em relação ao delito do art. 15, *caput*, por se tratar de crime cometido mediante grave ameaça à pessoa (art. 28-A, *caput*, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19).

> **Art. 15.** (...)
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:
> I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou
> (...)

28. PROSSEGUIMENTO DE INTERROGATÓRIO DE PESSOA QUE TENHA DECIDIDO EXERCER O DIREITO AO SILÊNCIO.

28.1. Rejeição do veto presidencial.

Durante a tramitação do Projeto que deu origem à nova Lei de Abuso de Autoridade, o art. 15, parágrafo único, incisos I e II, acabou sendo vetado pelo Presidente da República, senão vejamos: "O dispositivo proposto gera insegurança jurídica e contraria o interesse público ao penalizar o agente pelo mero prosseguimento do interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio, embora o interrogatório seja oportunidade de defesa, pode ser conveniente à pessoa o conhecimento das perguntas formuladas, bem como exercer o silêncio apenas em algumas questões, respondendo voluntariamente às demais, cuja resposta, a seu exclusivo juízo, lhe favoreçam. Além disso, a falta de assistência por advogado ou defensor público durante o interrogatório não deve ser criminalizada, uma vez que se trata de procedimento administrativo de natureza inquisitiva e não configura falta de defesa ao indivíduo." Ocorre que o veto presidencial foi rejeitado pelo Congresso Nacional.

28.2. Direito intertemporal.

Não havia, sob a égide da revogada Lei n. 4.898/65, figura delituosa semelhante à do art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19. Trata-se, portanto, de *novatio legis* incriminadora, de aplicação restrita aos crimes cometidos após sua vigência.

28.3. Noções gerais acerca do direito ao silêncio.

De acordo com o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, "o preso será informado de

126. Nessa linha: AGI. Op. cit. p. 53. Em sentido diverso, entendendo que o crime estará consumado independentemente de o depoimento vir ou não a ser realizado: CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. Op. cit. p. 100.

seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". O direito ao silêncio, previsto na Carta Magna como direito de permanecer calado, apresenta-se apenas como uma das várias decorrências do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Além da Constituição Federal, referido princípio também se encontra previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.3, "g"), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, "g").

Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação. É irrelevante que se trate de inquérito policial ou administrativo, processo criminal ou cível ou de Comissão Parlamentar de Inquérito. Se houver possibilidade de autoincriminação, a pessoa pode fazer uso do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

A forma como o direito de não se incriminar foi escrito e inserido em nosso texto constitucional e nos Tratados Internacionais acima referidos padece de deficiência, porquanto, em um primeiro momento, dá impressão de que teve como destinatário apenas a pessoa que se encontra na condição processual de *preso*, ou que figura como acusado da prática de determinado delito. A doutrina mais aceita, contudo, é a de que o dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não apenas quem está preso, como também aquele que está solto, assim como qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal. Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime.[127]

Não é válido, por outro lado, arrolar alguém como *testemunha* e querer, em razão do dever de dizer a verdade aplicável à hipótese, forçá-la a responder sobre uma pergunta que importe, mesmo que indiretamente, em incriminação do depoente. De certo que a testemunha, diferentemente do acusado, tem o dever de falar a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho (CP, art. 342), porém não está obrigada a responder sobre fato que possa, em tese, incriminá-la.[128] Daí ter decidido o Supremo que não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la.[129]

Muito se discute acerca do procedimento a ser adotado pela autoridade (policial ou judiciária) quando o imputado, logo no início de seu interrogatório, informa que irá fazer uso do direito ao silêncio, ou que pretende responder exclusivamente às perguntas formuladas por seu defensor: impõe-se a imediata interrupção do ato? Ou é possível que a autoridade continue formulando suas perguntas, indagando do imputado os motivos que o levaram a optar pelo exercício do direito ao silêncio?

Em sua redação original, o art. 191 do CPP, inserido no capítulo que trata do *interrogatório do acusado*, dispunha que deveriam ser consignadas as perguntas que o réu deixasse de responder e as razões que invocasse para não fazê-lo. O dispositivo sempre foi alvo de críticas da doutrina, notadamente pelo fato de que o exercício de um direito não precisa ser justificado por seu titular. Maria Elizabeth Queijo,[130] por exemplo, sustentava que a consignação das perguntas, em relação às quais o acusado exerceu o direito de calar, permitiria extrair elementos para valoração do silêncio do acusado, ainda que esses elementos não fossem declinados na fundamentação da decisão. De mais a mais, se o indivíduo está sendo compelido a declinar as razões que o levaram a se calar, está, em última análise, indiretamente respondendo às perguntas que lhe foram formuladas.

Não obstante a supressão dessa autorização legal para o prosseguimento do interrogatório e consignação de todas as perguntas que fossem formuladas ao interrogando pela Lei n. 10.792/03, que deu nova redação ao art. 191 do CPP ("Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente"),[131] a prática ainda é relativamente comum em interrogatórios policiais e judiciais.

127. Nessa linha: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 113.

128. Ofende o princípio da não-autoincriminação denúncia baseada unicamente em confissão feita por pessoa ouvida na "condição de testemunha", quando não lhe tenha sido feita a advertência quanto ao direito de permanecer calada: STF, 2ª Turma, RHC 122.279/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/08/2014, DJe 213 29/10/2014.

129. STF, Pleno, HC 73.035/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/11/1996, DJ 19/12/1996. Com entendimento semelhante: STF, Pleno, HC 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08/11/2000, DJ 16/02/2001, p. 21; STF, 2ª Turma, HC 106.876/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/06/2011, DJe 125 30/06/2011).

130. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 216.

131. A regra, contudo, ainda encontra previsão legal no Código de Processo Penal Militar, cujo art. 305, parágrafo único, dispõe que "consignar-se-ão as perguntas que o acusado deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo".

É dizer, a despeito de o interrogando ter optado por permanecer calado imediatamente após ser advertido quanto ao direito ao silêncio (*Aviso de Miranda*), o que deveria levar ao encerramento imediato do referido ato, a autoridade responsável pela condução do interrogatório continua fazendo suas perguntas, com o nítido propósito de constranger o indivíduo a ceder e responder aos questionamentos, constando, ao final de cada pergunta, que o imputado teria optado por exercer o direito ao silêncio.

É dentro desse contexto que deve ser compreendida a nova figura delituosa introduzida pela Lei n. 13.869/19, cujo art. 15, parágrafo único, inciso I, criminaliza a conduta do agente público que *prossegue com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio*. De maneira contundente, o novo tipo penal esclarece que, uma vez feita a opção livre e voluntária pelo direito ao silêncio, seja em relação ao todo, seja de maneira seletiva, a exemplo do que ocorre quando responde apenas às perguntas formuladas por seu defensor, impõe-se a imediata interrupção do ato, sem a formulação de mais nenhum questionamento.[132] Toda e qualquer tentativa de dar continuidade ao ato poderá, doravante, tipificar a figura delituosa em análise, desde que presente, logicamente, o elemento subjetivo especial do art. 1º, §1º, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

Em conclusão, é de todo conveniente destacar que o direito ao silêncio somente tem aplicação em relação ao interrogatório de mérito (CPP, art. 187, §2º), não abrangendo, portanto, o interrogatório de qualificação sobre a pessoa do acusado (CPP, art. 187, §1º). Isso porque, no que diz respeito aos dados de qualificação do interrogando, este tem a obrigação de declará-los corretamente, sem mentiras ou omissões. Tanto é verdade que o *nemo tenetur se detegere* não abrange o direito de falsear a verdade quanto à identidade pessoal que os Tribunais Superiores vêm entendendo que tipifica o crime de falsa identidade (CP, art. 307) o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes.[133] A propósito, eis o teor da **súmula nº 522 do STJ**: "A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa".

132. Com entendimento semelhante: GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 145.

133. STF, 2ª Turma, HC 72.377/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30/06/1995 p. 271. E também: STF, 1ª Turma, RE 561.704, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 64 02/04/2009; STJ, 5ª Turma, HC 151.866/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/12/2011, DJe 13/12/2011; STJ, 3ª Seção, REsp 1.362.524/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/10/2013.

Tal conclusão é de todo relevante para fins de análise da nova figura delituosa introduzida pela Lei n. 13.869/19. Com efeito, firmada a premissa de que o interrogatório sobre a pessoa do acusado (CPP, art. 187, §1º) não está tutelado pelo direito ao silêncio, o fato de a autoridade policial (ou judiciária) dar prosseguimento ao interrogatório, questionando o imputado exclusivamente em relação a sua qualificação, residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, etc., não terá o condão de tipificar o crime do art. 15, parágrafo único, inciso I, porquanto o exercício do direito ao silêncio ali inserido pode versar exclusivamente quanto ao mérito.

28.4. Bem jurídico tutelado.

Para além da dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, o delito do art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19 também tutela o direito ao silêncio, desdobramento do princípio que veda a autoincriminação.

28.5. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do delito não é qualquer agente público, mas tão somente aquele que detém atribuição ou competência para presidir o interrogatório, a exemplo de Delegados de Polícia, no curso do inquérito policial, Promotores de Justiça, em se tratando de procedimento investigatório criminal presidido pelo *Parquet*, presidentes de Comissões Parlamentares de Inquérito, ou até mesmo a autoridade judiciária, quando se tratar de interrogatório judicial, pouco importando, ademais, a natureza do processo ou do procedimento em que se der o abuso (v.g., criminal, cível, trabalhista, tributário, etc.). O sujeito passivo, por sua vez, é o Estado e a pessoa cujo direito ao silêncio foi alvo de indevido constrangimento decorrente do prosseguimento do interrogatório.

28.6. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo penal do art. 15, parágrafo único, inciso I, é **prosseguir**, que significa continuar, seguir avante, dar seguimento, levar adiante, exprimindo a ideia de dar continuidade a uma ação. Importante notar que, diversamente do delito previsto no *caput*, o crime do parágrafo único, inciso I, do mesmo art. 15, não demanda a prática de constrangimento sob ameaça de prisão. É dizer, basta que o agente público dê prosseguimento ao interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio.

O objeto material da conduta é o **interrogatório**, assim compreendido como o meio de defesa por meio do qual a autoridade policial (ou judicial) ouve o investigado (ou acusado) acerca da imputação que recai sobre sua pessoa, oportunidade em que este, no exercício do seu direito de audiência, desdobramento da autodefesa, poderá apresentar sua versão sobre os fatos, confessar a prática delituosa, ou até mesmo optar pelo exercício do direito ao silêncio.

Referindo-se o dispositivo tão somente ao **interrogatório**, sem especificar se seria aquele realizado durante o curso das investigações (interrogatório policial) ou se seria apenas aquele em juízo (interrogatório judicial), é de rigor a conclusão no sentido de que os dois estão tutelados pelo tipo penal em comento. A propósito, basta comparar a redação do crime do art. 18 com a do art. 15, parágrafo único, ambos da nova Lei de Abuso de Autoridade: enquanto aquele tipo penal se refere explicitamente ao *interrogatório policial*, expressão esta que logicamente não abrange o interrogatório judicial, o parágrafo único do art. 15 faz menção, genericamente, ao *interrogatório*.

Para fins de tipificação da conduta, o agente público deverá dar prosseguimento ao interrogatório *de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio*. O tema foi objeto de análise nos comentários introdutórios deste crime, para onde remetemos o leitor.

28.7. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 1º, §1º, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

28.8. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito do art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19, no exato momento em que o agente público dá continuidade às indagações, a despeito de a pessoa já ter manifestado seu interesse em exercer o direito ao silêncio, pouco importando se a vítima respondeu (ou não) aos questionamentos que lhe foram endereçados. Por se tratar de delito unissubsistente, não nos parece possível a configuração da tentativa, salvo se eventualmente o interrogatório for feito por escrito (v.g., surdo-mudo).

28.9. Classificação doutrinária.

O crime do art. 15, parágrafo único, inciso I, da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio**; b) **crime comissivo**, pelo menos em regra; c) **crime material**; d) **crime unissubjetivo**; e) **crime unissubsistente**.

28.10. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Diversamente da figura delituosa prevista no *caput* do art. 15, que não admite a celebração do acordo de não persecução penal por se tratar de crime cometido com grave ameaça à pessoa, ambos os delitos do parágrafo único do art. 15 admitem a celebração do referido negócio jurídico, já que não têm, como elementares, a violência, nem tampouco a grave ameaça (CPP, art. 28-A, *caput*, incluído pela Lei n. 13.964/19).

> **Art. 15. (...)**
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:
> (...)
> **II** - de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.

29. PROSSEGUIMENTO DE INTERROGATÓRIO DE PESSOA QUE TENHA OPTADO POR SER ASSISTIDA POR ADVOGADO OU DEFENSOR PÚBLICO SEM A PRESENÇA DE SEU PATRONO.

29.1. Rejeição do veto presidencial.

Consultar comentários ao art. 15, parágrafo único, inciso I.

29.2. Direito intertemporal.

À época da vigência da revogada Lei n. 4.898/65, seu art. 3º, alínea "j" tipificava como abuso de autoridade *qualquer atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional*, dentre os quais poderíamos incluir exatamente o direito de "assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório

ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente" (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI, incluído pela Lei n. 13.245/16), ao qual era cominada uma pena de detenção, de 10 (dez) dias a 6 (seis) meses. De se notar, portanto, que não houve *abolitio criminis*, pois a referida conduta delituosa continua sendo considerada típica pela nova Lei de Abuso de Autoridade. Sua pena, porém, por ser mais gravosa, terá seu âmbito de aplicação restrito aos crimes cometidos após sua vigência.

29.3. Noções gerais acerca da (des) necessidade de presença de defensor por ocasião do interrogatório policial (ou judicial).

Dúvida não há quanto à necessidade da presença de defensor por ocasião do interrogatório judicial. Com as modificações produzidas pela Lei nº 10.792/03, referido ato passou a ser assistido tecnicamente, significando, por conseguinte, que a presença de advogado é indispensável à validade do ato. Nessa linha, dispõe o art. 185 do CPP que o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado *na presença de seu defensor*, constituído ou nomeado.

Se o tema não apresenta maiores controvérsias quando se trata do interrogatório judicial, o mesmo não pode ser dito quanto àquele realizado em sede de investigação preliminar. De um lado, parte da doutrina – posição à qual nos filiávamos, pelo menos até a entrada em vigor da nova Lei de Abuso de Autoridade – sempre sustentou que a presença de um advogado não era necessária durante o interrogatório policial (ou ministerial).[134] Isso porque toda e qualquer investigação preliminar funciona como mero procedimento de natureza administrativa, com caráter instrumental, dela não resultando a aplicação de nenhuma espécie de sanção, destinando-se tão somente à colheita de elementos de informação para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, daí por que não estaria sujeito à observância da ampla defesa e do contraditório.

É bem verdade que a Lei n. 13.245/16 já teria alterado o Estatuto da OAB para prever expressamente o direito do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta[135] do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI). Mas daí não se poderia concluir, pelo menos à época, pela obrigatoriedade da presença de advogado durante o interrogatório policial. Ora, fosse necessária a presença de advogado no interrogatório policial, a mudança legislativa deveria ter sido introduzida pela Lei n. 13.245/16 no âmbito do Código de Processo Penal, diploma normativo que regulamenta o interrogatório policial, e não no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Na verdade, o que o Estatuto da OAB passou a prever foi tão somente a impossibilidade de se negar ao advogado presente o direito de acompanhar interrogatórios realizados em sede policial.

Se o próprio Supremo Tribunal Federal entende que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição (súmula vinculante nº 5), era no mínimo contraditório concluir que, a partir da vigência da Lei nº 13.245/16, o interrogatório policial seria considerado válido tão somente quando o investigado estivesse assistido por profissional da advocacia. Em outras palavras, se não há necessidade de um defensor no curso de um processo administrativo disciplinar, do qual pode resultar a aplicação de sanções relativamente severas (v.g., suspensão, exoneração, perda de função, etc.), era de se estranhar a obrigatoriedade de defensor

134. No sentido de que a ausência de advogado por ocasião da lavratura do flagrante não é causa de nulidade do ato quando o indivíduo é informado de seus direitos constitucionais e expressamente declara que se reserva no direito de só falar em juízo: STJ, 5ª Turma, HC 24.510/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 06/03/2003, DJ 02/06/2003 p. 310. Com o entendimento de que a documentação do flagrante prescinde da presença do defensor técnico do conduzido, sendo suficiente a lembrança, pela autoridade policial, dos direitos constitucionais do preso de ser assistido, comunicando-se com a família e com profissional da advocacia, e de permanecer calado: STF, Pleno, HC 102.732/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/03/2010, DJe 81 06/05/2010.

135. O art. 7º, XXI, da Lei nº 8.906/94, com redação determinada pela Lei nº 13.245/16, dispõe que a não observância desse direito acarretará a *nulidade absoluta* do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente. Sem embargo da terminologia utilizada pela Lei nº 13.245/16, parece-nos incorreto referir-se à inobservância desse direito como causa de *nulidade absoluta*, porquanto a nulidade funciona como uma sanção processual aplicada ao ato *processual* defeituoso, privando-o da aptidão de produzir seus efeitos regulares. Logo, como o art. 7º, XXI, do Estatuto da OAB, faz referência à inobservância de um direito do advogado durante o curso da fase preliminar de investigações, tecnicamente soa mais correto dizer que há, *in casu*, uma ilegalidade, que pode contaminar os demais elementos informativos e probatórios daí derivados (teoria dos frutos da árvore envenenada). Ainda que se queira objetar que se trata de verdadeira *nulidade*, o fato de a Lei nº 13.245/16 tê-la rotulado de *absoluta* não acarreta, *de per si*, a invalidação do referido ato, salvo se comprovado o prejuízo causado ao investigado. Afinal, conforme recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (v.g., STF, 2ª Turma, HC 117.102/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/06/2013), o reconhecimento de uma nulidade, ainda que absoluta, também pressupõe a comprovação do prejuízo. Por conseguinte, ainda que não seja franqueado ao advogado presente o direito de assistir a seu cliente investigado durante a realização do interrogatório policial, não há falar em invalidação do procedimento investigatório se este, por exemplo, permanecer em silêncio.

durante a realização de um interrogatório policial, do qual jamais seria possível a aplicação imediata de uma sanção.

Em sentido diverso, porém, boa parte da doutrina já advogava, mesmo antes da entrada em vigor da nova Lei de Abuso de Autoridade, que a presença de advogado era *conditio sine qua non* para a realização de qualquer interrogatório, seja ele realizado em juízo, seja ele realizado em sede de investigação preliminar. Primeiro, porque não se poderia atribuir à investigação preliminar um caráter inquisitorial, mas sim de um procedimento sujeito ao contraditório diferido e à ampla defesa, ainda que com um alcance mais limitado que aquele reconhecido na fase processual. Segundo porque, ao assegurar aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal jamais poderia ser objeto de interpretação restritiva para fins de se concluir que a expressão processo administrativo ali utilizada não teria o condão de abranger as investigações preliminares, nem tampouco para se alegar que o fato de mencionar *acusados*, e não investigados ou indiciados, seria um impedimento para sua aplicação na fase pré-processual.

A experiência do cotidiano policial (e ministerial) demonstra inexoravelmente que a simples entrega de uma nota de culpa ou de um termo de ciência das garantias constitucionais ao investigado (indiciado ou preso em flagrante) não tem se mostrado suficiente para a tutela de seus diversos direitos fundamentais. O sujeito passivo da investigação preliminar não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal. Agravada pela posição de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo Delegado de Polícia (ou pelo Promotor de Justiça), esta hipossuficiência deve ser suprida com a presença de um defensor já na fase pré-processual, presença esta que deve ser concebida como um instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos persecutórios, garantindo-se, assim, o respeito ao devido processo legal.

É dentro desse cenário que se destaca a importância da novel figura delituosa prevista no art. 15, parágrafo único, inciso II, da nova Lei de Abuso de Autoridade. De maneira categórica, o novo tipo penal passa a tipificar a conduta do agente público que prossegue com o interrogatório de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono. Ora, interpretando-se *a contrario sensu* a referida figura delituosa, parece não haver dúvida de que, doravante, *optando o interrogando pela presença de um defensor*, não mais se poderá admitir a realização de nenhum interrogatório sem a presença deste, nem mesmo aquele realizado em sede policial. Conquanto fosse tecnicamente recomendável que o legislador tivesse alterado o Código de Processo Penal para dispor expressamente, por exemplo, no art. 6º, inciso V, que o interrogatório policial deve ser feito com a presença de advogado, se assim o desejar o interrogando, a criação da novel figura delituosa não deixa mais qualquer dúvida acerca da necessidade da presença de um profissional da advocacia nessa hipótese. Enfim, toda e qualquer tentativa de dar continuidade ao ato poderá, doravante, não apenas acarretar a ilicitude das provas assim obtidas, mas também tipificar a figura delituosa do art. 15, parágrafo único, inciso II, da nova Lei de Abuso de Autoridade, se acaso presente, obviamente, o elemento subjetivo especial do injusto previsto no art. 1º, §1º, do referido diploma normativo. Em conclusão, ante a ressalva contida no inciso II do parágrafo único do art. 15 – "*optado por ser assistida*" –, se o indivíduo informar que não tem interesse nessa assistência profissional na fase investigatória, a realização do interrogatório sem a presença de um defensor não caracterizará o delito de abuso de autoridade sob comento.

29.4. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se não apenas a dignidade da função pública, mas também o direito à assistência de advogado, previsto expressamente no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

29.5. Sujeitos do crime.

Consultar comentários ao inciso I do parágrafo único do art. 15.

29.6. Tipo objetivo.

Pelo menos em um primeiro momento, o crime do inciso II assemelha-se ao do inciso I, ambos do parágrafo único do art. 15 da Lei n. 13.869/19, porquanto, em ambos, o agente público *dá prosseguimento ao interrogatório*. Diferenciam-se, todavia, pelo fato de que neste a pessoa teria decidido exercer o direito ao silêncio, ao passo que naquele o interrogando teria optado por ser assistido por advogado ou defensor público, deliberando o agente público pelo prosseguimento do ato a despeito da ausência do profissional da advocacia.

29.7. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19.

29.8. Consumação e tentativa.

Consultar comentários ao inciso I do parágrafo único do art. 15.

29.9. Classificação doutrinária.

Consultar comentários ao inciso I do parágrafo único do art. 15.

29.10. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

> **Art. 16. Deixar de identificar-se ou identificar-se falsamente ao preso por ocasião de sua captura ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão:**
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, deixa de identificar-se ao preso ou atribui a si mesmo falsa identidade, cargo ou função.

30. OMISSÃO DE IDENTIFICAÇÃO OU IDENTIFICAÇÃO FALSA AO PRESO.

30.1. Rejeição do veto presidencial.

Por ocasião da tramitação do Projeto que deu origem à nova Lei de Abuso de Autoridade, o Presidente da República deliberou por vetar o art. 16, *in verbis*: "A propositura legislativa contraria o interesse público pois, embora seja exigível como regra a identificação da autoridade pela prisão, também se mostra de extrema relevância, ainda que em situações excepcionais, a admissão do sigilo da identificação do condutor do flagrante, medida que se faz necessária com vistas à garantia da vida e integridade física dos agentes de segurança e de sua família, que, não raras vezes, têm que investigar crimes de elevada periculosidade, tal como aqueles praticados por organizações criminosas." Porém, o veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional.

30.2. Direito intertemporal.

Não havia, sob a égide da revogada Lei n. 4.898/65, tipo penal idêntico ao do art. 16 da Lei n. 13.869/19. Por isso, à época, se o agente público atribuísse a si mesmo falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem, responderia pelo crime comum de falsa identidade previsto no art. 307 do Código Penal, ao qual é cominada uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constituir elementar de crime mais grave. Trata-se, portanto, de *novatio legis in pejus*, de aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade.

30.3. Bem jurídico tutelado.

Para além da Administração Pública, o crime do art. 16, verdadeira modalidade especial do crime de falsa identidade (CP, art. 307), também tutela o direito constitucional que o preso tem à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV). Referido direito foi objeto de análise nos comentários ao art. 12, parágrafo único, inciso III, para onde remetemos o leitor.

30.4. Sujeitos do crime.

Consoante disposto no art. 2º da Lei n. 13.869/19, cuida-se de crime próprio, devendo o sujeito ativo, no caso do *caput* do art. 16, ostentar a qualidade de agente público responsável pela captura, detenção ou prisão do indivíduo. Na hipótese do parágrafo único do mesmo dispositivo, a norma alcança qualquer agente público responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, a exemplo do Promotor de Justiça, do Delegado de Polícia, etc. Na eventualidade de um particular identificar-se falsamente como servidor público por ocasião da captura de alguém em flagrante delito, deverá responder não pelo crime do art. 16, pois não preenche a elementar do art. 2º da Lei n. 13.869/19, mas sim pelo delito do art. 45 da Lei das Contravenções Penais ("Art. 45. Fingir-se funcionário público").

O sujeito passivo, por sua vez, é o Estado e o preso. Referindo-se o *caput* e o parágrafo único do art. 16 ao *preso*, e revelando-se indevido o emprego de analogia *in malam partem*, é de rigor

a conclusão no sentido de que eventual falsa identidade em interrogatório de indivíduo *solto* não terá o condão de caracterizar o crime em análise, subsistindo, todavia, a depender do caso concreto, o crime comum de falsa identidade constante do art. 307 do CP.

30.5. Tipo objetivo.

São duas as condutas incriminadas pelo art. 16, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, ambas cometidas com a finalidade de evitar o reconhecimento do agente no ato da captura, detenção ou prisão, ou no ato do interrogatório do preso em sede de procedimento investigatório de infração penal:

a) **deixar de identificar-se (atuação negativa)**: estamos diante de crime *omissivo próprio*, ou seja, a despeito da obrigação constitucional de se identificar ao preso, o agente público responsável por sua captura, detenção ou prisão, abstém-se de fazê-lo;

b) **identificar-se falsamente (atuação positiva)**: nesse caso, o agente atribui a si próprio a identidade de outra pessoa, efetivamente existente (substituição de pessoas), ou imputa a si mesmo uma identidade fictícia, imaginária, inexistente. Trata-se de crime de forma livre, compatível com os mais diversos meios de execução. Não é necessário que o agente verbalize dados identificadores falsos, sendo suficiente que modifique identificação que conste em seu uniforme, por exemplo. Conquanto seja mais comum a realização do delito oralmente, nada impede sua execução por escrito. O crime consiste na simples atribuição de falsa identidade, *sem a utilização de documento falso*. Por conseguinte, havendo o emprego de documento falsificado ou adulterado, o agente deverá responder exclusivamente pelo crime do art. 304 do Código Penal, o qual terá o condão de absorver o delito do art. 16 da Lei n. 13.869/19 com base no princípio da consunção.

Esses dois núcleos verbais constantes do art. 16 fazem dele um **crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**. Assim, se o agente deixar de identificar-se e, na sequência, dentro de um mesmo contexto fático, identificar-se falsamente, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena (art. 59, caput, do CP). Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

Para fins de tipificação do crime do art. 16, *caput*, essa atuação negativa ("Deixar de identificar-se") ou positiva ("Identificar-se falsamente") deve ter como destinatário o *preso*, e necessariamente ser cometida por ocasião de sua *captura, detenção ou prisão*.[136] Quanto à identificação no momento da detenção ou prisão, o art. 306, §2º, do CPP, estabelece um critério temporal objetivo, definindo que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, *assinada pela autoridade*, com o motivo da prisão, o *nome do condutor* e os das testemunhas.

De seu turno, o parágrafo único do art. 16 dispõe que incorre na mesma pena quem, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, deixa de identificar-se ao preso ou atribui a si mesmo falsa identidade, cargo ou função. Levando-se em consideração que o tipo penal faz referência ao *interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal*, é de se concluir que o tipo penal não abrange eventual interrogatório judicial, porquanto realizado em sede processual, nem tampouco aquele realizado em procedimento administrativo disciplinar, vez que este não visa à apuração de infração penal. No mais, por se referir ao *preso*, locução esta que evidentemente não abrange quem está solto, revela-se formalmente atípica, sob a ótica do art. 16, parágrafo único, a omissão de identificação (ou identificação falsa) do agente público responsável por interrogatório de investigado solto.

O objeto material dos crimes do *caput* e do parágrafo único do art. 16 da Lei n. 13.869/19 é a **identidade.** Como é sabido, esta deve ser compreendida, pelo menos em regra, como o conjunto de características próprias de determinada pessoa, capazes de identificá-la e individualizá-la em sociedade, tais como o nome, que abrange o prenome e o sobrenome (CC, art. 16), a filiação, a idade, o estado civil, o sexo e a profissão. Ocorre que na parte final do parágrafo único do art. 16 o legislador se refere expressamente à não identificação ou à atribuição de falsa identidade, *cargo ou função*. Ou seja, enquanto o *caput* faz referência apenas à *identidade*, o parágrafo único vai além, impondo ao agente público que também informe corretamente ao preso *o cargo ou função* por ele exercida – a título de exemplo, um escrivão não pode se identificar como Delegado de Polícia. Ante a diferença redacional entre os dois dispositivos, o ideal é concluir que, para fins de tipificação do

136. A diferença entre prisão e detenção foi objeto de análise nos comentários ao art. 13, para onde remetemos o leitor.

caput do art. 16, a atuação negativa (ou positiva) do agente deverá recair apenas sobre a sua *identidade*, aí compreendido exclusivamente o nome do agente público, ao passo que, na hipótese do parágrafo único, as condutas podem recair não apenas sobre a identidade, mas também sobre o cargo ou função do agente.[137]

30.6. Tipo subjetivo.

Consultar comentários aos §§1º e 2º do art. 1º da Lei n. 13.869/19.

30.7. Consumação e tentativa.

Quanto à primeira conduta ("Deixar de identificar-se"), o delito consuma-se quando o agente estatal, tendo o dever se identificar ao preso, cala-se (crime instantâneo). Nesse caso, por se tratar de crime omissivo próprio, não se admite o *conatus*. Na segunda modalidade ("Identificar-se falsamente"), o crime restará consumado quando o agente atribuir a si próprio a identidade de outra pessoa ou de uma pessoa inexistente. Nesse caso, se a identificação falsa for cometida verbalmente, a tentativa não será admissível, por se tratar de delito unissubsistente. Todavia, se a falsa identificação for cometida por escrito, é possível, pelo menos em tese, a configuração do crime tentado (delito plurissubsistente).

30.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 16, *caput*, da Lei n. 13.869/19 pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime de forma livre; c) crime omissivo próprio**, quanto à primeira hipótese ("Deixar de identificar-se"), e **comissivo** quanto à segunda ("Identificar-se falsamente"); **d) crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual; e) crime unissubsistente ou plurissubsistente,** a depender do meio de execução.

30.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 12 da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

137. Em sentido diverso, Greco e Cunha (op. cit. p. 154) asseveram que "a identidade no tipo em exame, mesmo no *caput*, abrange o conjunto de características peculiares e funcionais do agente, que permite reconhecê-lo e individualizá-lo no âmbito da Administração. Obviamente abrange, mesmo no silêncio do legislador, cargo ou função".

Art. 17. (VETADO).

31. SUBMISSÃO DE PRESO, INTERNADO OU APREENDIDO AO USO DE ALGEMAS FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS.

O art. 17 do Projeto de Lei n. 7.596/17 (n. 85/17 no Senado Federal), quando aprovado pelo Congresso Nacional, tinha a seguinte redação: "Art. 17. Submeter o preso, internado ou apreendido ao uso de algemas ou de qualquer outro objeto que lhe restrinja o movimento dos membros, quando manifestamente não houver resistência à prisão, internação ou apreensão, ameaça de fuga ou risco à integridade física do próprio preso, internado ou apreendido, da autoridade ou de terceiro: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aplicada em dobro se: I - o internado tem menos de 18 (dezoito) anos de idade; II - a presa, internada ou apreendida estiver grávida no momento da prisão, internação ou apreensão, com gravidez demonstrada por evidência ou informação; III - o fato ocorrer em penitenciária."

Ocorre que o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República nos seguintes termos: "A propositura legislativa, ao tratar de forma genérica sobre a matéria, gera insegurança jurídica por encerrar tipo penal aberto e que comporta interpretação. Ademais, há ofensa ao princípio da intervenção mínima, para o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, além do fato de que o uso de algemas já se encontra devidamente tratado pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 11, que estabelece parâmetros e a eventual responsabilização do agente público que o descumprir."

À semelhança do que ocorreu com os arts. 11, 14, 20, inciso II, 26, 29, parágrafo único, 34 e 35, este veto ao art. 17 não foi rejeitado pelo Congresso Nacional. Como exposto nos comentários ao art. 13, sem embargo do veto presidencial, a depender do caso concreto, é possível a tipificação dos crimes dos incisos I e II do art. 13, desde que presentes as respectivas elementares.

Art. 18. Submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou

se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

32. SUBMISSÃO DE PRESO A INTERROGATÓRIO POLICIAL DURANTE O PERÍODO DE REPOUSO NOTURNO.

32.1. Direito intertemporal.

A revogada Lei n. 4.898/65 não tipificava conduta semelhante à ora incriminada pelo art. 18 da Lei n. 13.869. Trata-se, portanto, de *novatio legis in pejus*, com aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade, *in casu*, no dia 3 de janeiro de 2020.

32.2. Noções gerais acerca do respeito à liberdade de autodeterminação do interrogando.

De modo a se respeitar a dignidade do interrogando, bem como seu direito de não produzir prova contra si mesmo, não se admite o emprego no interrogatório de nenhum método tendente a extrair uma confissão, ou capaz de exercer uma influência indevida sobre a liberdade de autodeterminação do acusado. Portanto, as perguntas que lhe são formuladas devem ser claras, precisas, unívocas e não complexas. A fim de que as respostas representem o produto espontâneo da vontade do indivíduo, não se admite a formulação de perguntas equívocas, obscuras, tendenciosas ou capciosas, sendo vedadas, ademais, quaisquer formas de ameaças.

Ainda visando à preservação da liberdade psíquica do acusado, certos métodos de interrogatório também não são admissíveis, nem mesmo com o consentimento do interrogando. São eles: os métodos químicos, como a narcoanálise,[138] o "soro da verdade", e os psíquicos, como a hipnose,[139] a submissão ao polígrafo, detectores de mentira e outros similares.[140] Como pondera Gomes Filho, tais métodos afetam a liberdade de declaração, bem como a intimidade e a dignidade do acusado, com subjugação de sua vontade.[141]

Também são incompatíveis com a liberdade de autodeterminação do acusado no momento do interrogatório toda e qualquer forma de violência física ou moral para fazê-lo cooperar na persecução penal. Apesar da proibição constante do art. 5º, III, da Carta Magna, no sentido de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, a tortura ainda é uma prática rotineira utilizada pelas autoridades estatais de modo a auxiliar as investigações, seja no Brasil, seja no estrangeiro.

Na verdade, sob a pseudo justificativa de razões de segurança do Estado, ainda são utilizadas novas formas de tortura de presos, porém sob outra nomenclatura: são os chamados **interrogatórios duros**. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, tal prática foi utilizada na prisão de Guantánamo, quando presos eram mantidos acordados durante inúmeras horas seguidas, privados de sono, submetidos a afogamentos simulados, a temperaturas extremamente baixas, entre outras práticas semelhantes. Tais métodos não podem ser aceitos, porquanto presentes todos os elementos constitutivos da tortura, segundo a Corte Interamericana sobre Direitos Humanos: a) um ato intencional; b) que cause severos sofrimentos físicos ou mentais; e c) que se cometa com determinado fim ou propósito (p.ex., obter informações de uma pessoa, castigá-la ou intimidá-la).

Parte da doutrina entende que a utilização de certos métodos de interrogatório pode acabar se transformando em verdadeiro emprego de tortura contra o acusado. Nessa linha, Maria Elizabeth Queijo cita "a questão da duração do interrogatório que, realizado durante longo espaço de tempo, sem intervalos, à noite, conduz o acusado à exaustão e à falta de serenidade para posicionar-se diante das perguntas formuladas, não deixando de caracterizar tais expedientes tortura ou, quando menos, tratamento desumano".[142] Em tais situações, o cansaço, a pressão psicológica exercida pelo tempo e pela sucessão de perguntas, o ambiente a que ele fica submetido, podem influenciar a sua liberdade de autodeterminação no interrogatório. *De lege ferenda*, portanto, seria recomendável a

138. *Narcoanálise* é o processo de investigação psicanalítica do psiquismo e que consiste em injetar no organismo do paciente um narcótico eufo-rizante, que provoca a supressão do controle, permitindo-lhe a evocação do passado, de experiências, conflitos, tendências, etc.

139. *Hipnose* é o estado mental semelhante ao sono, provocado artificialmente, e no qual o indivíduo continua capaz de obedecer às sugestões feitas pelo hipnotizador.

140. Para Roxin, a utilização do detector de mentiras não pode ser aceita, por ferir o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Segundo o autor, por meio deste aparato, mostra-se o funcionamento inconsciente do corpo, como a respiração ou a pressão arterial, de onde se extraem certas conclusões com relevância probatória; porque por meio dele o acusado é forçado, contra sua vontade, a produzir prova contra si mesmo. (ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal el derecho penal y el proceso penal. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valência: Tirant lo blanch, 2000, pp. 132-134).

141. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 116.

142. Op. cit. p. 226.

obrigatoriedade de consignação do horário do começo e do encerramento do interrogatório e de eventuais intervalos ocorridos.

Pelo menos no âmbito do Código de Processo Penal comum, não há dispositivo legal regulamentando a duração do interrogatório. Na Espanha, Argentina e Chile, todavia, o legislador estabeleceu a obrigatoriedade de suspensão do interrogatório se este se prolongar por muito tempo ou se forem formuladas tantas perguntas que o acusado perca a serenidade ou demonstre cansaço, além de ser obrigatória a consignação do tempo que durou o interrogatório. A despeito do silêncio do CPP, convém destacar que o Código de Processo Penal Militar possui dispositivo expresso acerca do assunto, cuja aplicação pode ser estendida ao processo penal comum, por força do art. 3º do CPP. Segundo o art. 19, § 1º, do CPPM, inserido no Título que versa sobre o inquérito policial militar, o escrivão lavrará assentada do dia e hora do início das inquirições ou depoimentos; e, da mesma forma, do seu encerramento ou interrupções, no final daquele período. Ademais, de acordo com o art. 19, § 2º, a testemunha e o ofendido não poderão ser inquiridos por mais de 4 (quatro) horas consecutivas, sendo-lhes facultado o descanso de 1/2 (meia hora), sempre que tiverem de prestar declarações daquele termo (CPPM, art. 19, § 2º).

É exatamente dentro desse cenário de necessária proteção à liberdade de autodeterminação do interrogando que se introduz no ordenamento jurídico a novel figura delituosa do art. 18 da Lei n. 13.689/19, que criminaliza a submissão do preso *a interrogatório policial* durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações.

32.3. Bem jurídico tutelado.

Para além da dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, o delito também tutela a liberdade de autodeterminação do interrogando.

32.4. Sujeitos do crime.

Não é qualquer agente público que pode figurar como sujeito ativo do delito previsto no art. 18 da Lei n. 13.869/19. Para tanto, o agente deve ter atribuição para presidir o *interrogatório policial*. E esta atribuição é exclusiva dos Delegados de Polícia e dos encarregados de inquérito policial militar, no caso de crimes militares. Logo, sem embargo da possibilidade de membros do Ministério Público presidirem procedimentos investigatórios criminais, oportunidade em que poderão interrogar presos, por não se tratar, *in casu*, de *interrogatório policial*, mas sim *ministerial*, não há falar em crime, sob pena de indevida analogia *in malam partem*.

O sujeito passivo, por sua vez, será não apenas o Estado, mas também o preso que for submetido ao interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se, devidamente assistido, consentir em prestar declarações. A norma alcança qualquer indivíduo que esteja preso (v.g., prisão militar) e seja interrogado, à exceção do flagranteado.

32.5. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo (verbo da descrição da conduta na lei penal) é **submeter**, que tem o significado de tirar a liberdade e a independência de, dominar, subjugar, sujeitar, etc.

O objeto material da conduta é o **preso**, cujo conceito foi objeto de análise nos comentários ao art. 13 da Lei n. 13.869/19. Como o tipo penal faz menção apenas à submissão do *preso* a *interrogatório policial* durante o período de repouso noturno, eventual realização de interrogatório de investigado *solto*, ou submetido à medida cautelar diversa da prisão, ainda que de recolhimento domiciliar, nesse mesmo período, não terá o condão de tipificar o crime em análise. Na mesma linha, referindo-se o tipo penal expressamente ao *interrogatório policial*, revela-se atípica a realização de eventual *interrogatório judicial (ou ministerial)* nas mesmas condições, também sob pena de indevida analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade. Por outro lado, referindo-se o tipo penal ao *interrogatório policial*, aí está inserido aquele realizado em inquéritos policiais militares, vez que não consta do art. 18 qualquer restrição ao tipo de inquérito em que o ato é realizado.[143]

No tocante ao conceito de **repouso noturno**, poder-se-ia cogitar em aplicação dos costumes locais, como a doutrina o faz, por exemplo, para fins de reconhecimento do *furto praticado durante o repouso noturno* (CP, art. 155, §1º). Todavia, por meio de interpretação sistemática, o ideal é buscar esse conceito dentro da própria Lei n. 13.869/19, cujo art. 22, §1º, inciso III, não autoriza o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar *após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas)*. Ora, se a própria lei veda a execução do referido mandado nesse período, atendendo, pois,

143. Na mesma linha: CAVALCANTE. Op. cit. p. 105.

ao mandamento constitucional que só autoriza o ingresso em domicílio durante o dia (art. 5º, XI), por que não nos valermos desse mesmo critério para fins de tipificação do crime do art. 18? Onde impera a mesma razão, deve imperar a mesma lógica.[144] É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 11** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Para efeitos do art. 18 da Lei de Abuso de Autoridade, compreende-se por repouso noturno o período de 21h00 a 5h00, nos termos do art. 22, §1º, III, da mesma Lei".

Como será exposto mais adiante, em relação ao crime do art. 22, §1º, inciso III, atinente ao cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21 h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas), entendemos que o início da execução deve ocorrer antes das 21 (vinte e uma) horas, pouco importando, assim, que o cumprimento da diligência se prolongue durante o período noturno. Isso porque o adiamento da diligência para o dia seguinte colocaria em risco a própria eficácia da busca domiciliar, já que, durante esse hiato temporal, fatalmente o objeto da busca acabaria desaparecendo. Este raciocínio não nos parece válido em relação ao crime do art. 18. É dizer, iniciado o interrogatório policial do preso por volta de 20h (vinte horas), este deve ser interrompido às 21h (vinte e uma horas e retomado no dia seguinte às 5h (cinco horas). Ora, se o escopo da lei é preservar a autodeterminação do preso submetido a interrogatório policial em momento de maior vulnerabilidade, não há nenhuma lógica em estender a realização do ato durante o período de repouso noturno, até mesmo porque o prosseguimento do ato no dia seguinte não trará nenhum prejuízo à investigação.[145] A propósito, eis o teor do **enunciado n. 12** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Ressalvadas as hipóteses de prisão em flagrante e concordância do interrogado devidamente assistido, o interrogatório extrajudicial do preso iniciado antes, não pode adentrar o período de repouso noturno, devendo ser o ato encerrado e, se necessário, complementado no dia seguinte".

De se notar que não consta do art. 18 qualquer menção aos dias da semana em que o interrogatório não possa ser realizado. É dizer, veda-se, pelo menos em regra, a realização desse ato no período noturno, mas não há nenhuma restrição quanto a determinados dias da semana. Portanto, admite-se a realização do interrogatório policial de segunda a segunda, dias úteis ou não.

Em conclusão, não há falar no crime do art. 18 se acaso o interrogatório policial durante o período de repouso noturno for realizado nas seguintes hipóteses (causas de exclusão da tipicidade):

a) **salvo se capturado em flagrante delito:** em se tratando de prisão em flagrante, o interrogatório pode ser realizado a qualquer momento, seja durante o dia, seja durante a noite, haja vista a exiguidade de tempo disponível para que o Delegado proceda à remessa do auto de prisão em flagrante à autoridade judiciária competente;

b) **se o preso, devidamente assistido, consentir em prestar declarações**: apesar da redação pouco clara da parte final do art. 18, parece evidente que a referência em questão diz respeito à assistência jurídica, prestada por advogado ou defensor público. Afinal, como exposto anteriormente, toda e qualquer pessoa, mas principalmente aquela que está presa, tem direito à assistência de um profissional da advocacia. Daí por que não se admite o prosseguimento do respectivo interrogatório, sem a presença desse profissional, se a pessoa tiver optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sob pena, aliás, de configuração do crime do art. 15, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 13.869/19. É dentro desse cenário que deve ser compreendida a segunda ressalva constante do tipo penal do art. 18, leia-se, se um indivíduo preso (v.g., preventiva ou temporariamente), devidamente assistido por um profissional da advocacia de sua confiança, consentir voluntariamente em prestar declarações, mesmo sendo o horário considerado como de repouso noturno, não há falar no crime do art. 18.

32.6. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 1º, §1º, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

32.7. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito do art. 18 no exato momento em que o agente público dá início ao interrogatório policial do preso durante o período de repouso noturno, ainda que o ato não venha a ser concluído. Por se tratar de delito plurissubsistente,

144. Com entendimento distinto, Agi (op. cit. p. 58) sustenta que deve ser considerado horário de repouso noturno o período entre 22 (vinte e duas) e 6 (seis) horas.

145. No mesmo sentido: GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 161.

cujo *iter criminis* é passível de fracionamento, admite-se, pelo menos em tese, o raciocínio correspondente à tentativa, a exemplo do que ocorre quando um preso temporário é retirado de sua cela por um investigador de polícia durante a madrugada para ser interrogado, o que não ocorre graças à intervenção do Delegado de Polícia.

32.8. Classificação doutrinária.

O delito do art. 18 da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime comissivo:** pelo menos em regra; **c) crime unissubjetivo; d) crime plurissubsistente; e) crime permanente:** o crime se prolonga no tempo, pelo menos enquanto o preso for submetido a interrogatório policial durante o período de repouso noturno.

32.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 12 da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

> **Art. 19. Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia:**
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena o magistrado que, ciente do impedimento ou da demora, deixa de tomar as providências tendentes a saná-lo ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixa de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja.

33. IMPEDIMENTO OU RETARDAMENTO DO ENVIO DE PLEITO DE PRESO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMPETENTE.

33.1. Direito intertemporal.

A revogada Lei n. 4.898/65 não previa figura delituosa semelhante à do art. 19, que passa a funcionar, portanto, como *novatio legis* incriminadora, de aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869/19, *in casu*, a partir do dia 3 de janeiro de 2019.

33.2. Bem jurídico tutelado.

Para além da dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, o delito também tutela o direito de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, segundo o qual é assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. De certo modo, também visa resguardar o direito que toda e qualquer pessoa tem de impetrar ordem de *habeas corpus*, independentemente da presença de capacidade postulatória, pouco importando, ademais, se se trata de pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, presa ou em liberdade, dotada (ou não) de capacidade civil. É nesse sentido, aliás, o teor do art. 654, *caput*, primeira parte, do CPP, que prevê que o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem. É por isso que parte da doutrina considera o *habeas corpus* como exemplo de ação penal popular. Afinal, qualquer pessoa está legitimada a impetrá-lo, independentemente de qualquer qualificação especial. O writ pode ser impetrado, portanto, inclusive por menor de idade e insanos mentais, ainda que não assistidos.

Aqui, é importante ter em mente que, quando alguém está preso, é comum que procure entrar em contato com o juiz para que este reavalie a sua situação. Muitas vezes o faz escrevendo uma carta de próprio punho, ou, a depender do grau de conhecimento jurídico que tiver, até mesmo redigindo ele mesmo um *habeas corpus*. Como esse indivíduo está custodiado em uma cela, esse trabalho costuma ser feito pelo próprio advogado ou defensor público. No entanto, nem sempre o preso dispõe dessa assistência profissional. Daí por que necessita da cooperação de um agente público, como, por exemplo, o diretor do presídio, um agente penitenciário, para que recolha seus pleitos e os direcione ao juiz competente, doravante sob pena de responsabilização criminal nos termos do art. 19, *caput*, da Lei n. 13.869/19.

33.3. Sujeitos do crime.

Quanto ao sujeito ativo, os crimes do *caput* e do parágrafo único do art. 19 funcionam como **crimes próprios**, devendo o autor (ou partícipe) do delito ostentar a qualidade de agente público responsável pela custódia de presos (v.g., Diretor

de estabelecimento prisional, agente penitenciário, etc.). Especificamente quanto ao parágrafo único, a redação do tipo penal deixa transparecer que o agente público em questão poderá ser exclusivamente o **magistrado**. De seu turno, o sujeito passivo direto (ou imediato) é o preso, ao passo que o sujeito passivo indireto (ou mediato) é o Estado.

33.4. Tipo objetivo.

São dois os verbos núcleos do tipo penal do art. 19, *caput*, da Lei n. 13.869/19: a) **impedir**: significa obstar, interromper, embaraçar, tolher, consumando-se com a efetiva obstrução do envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia; b) **retardar**: consiste em complicar, perturbar, causar adiamento, protelar, procrastinar, ou seja, o crime restará consumado com qualquer ação ou omissão que cause algum tipo de embaraço ao envio do pleito, ainda que não haja sua obstrução completa (crime formal).

Esses dois núcleos verbais constantes do *caput* do art. 19 fazem dele um **crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**. Assim, se o agente, inicialmente, retardar o envio do pleito do preso ao magistrado e, na sequência, e dentro do mesmo contexto fático – é dizer, em relação ao mesmo pedido –, decidir não remetê-lo à autoridade judiciária competente (impedir), responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena (art. 59, caput, do CP). Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

Mais uma vez, o legislador faz uso do elemento normativo *injustificadamente*, a significar que, havendo escusa legítima para a obstrução (ou retardamento) do envio do pleito ao magistrado, a conduta será atípica.

O objeto material de ambas as condutas delituosas previstas no *caput* do art. 19 é o *pleito de preso à autoridade judiciária competente*. De acordo com o Dicionário Houaiss da língua portuguesa,[146] *pleito* é uma questão judicial, um litígio, uma demanda, etc. Como se percebe, a expressão é absolutamente aberta e indeterminada, causando até mesmo certa dificuldade para se compreender o seu exato significado. De todo modo, como o próprio *caput* do art. 19 refere-se ao envio desse pleito à autoridade judiciária competente *para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia*, e se é este exatamente o objeto do *habeas corpus* quando o paciente está preso, devemos compreender o vocábulo "*pleito*", verbal ou escrito, como sinônimo de *petição de habeas corpus*, consoante disposto no art. 654, §1º, do CPP ["Art. 654. (...) §1º. A petição de *habeas corpus* conterá: a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça; b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor; c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências"]. Enfim, para fins de tipificação do crime, o pleito em questão obrigatoriamente deve estar relacionado à apreciação da legalidade da prisão ou das circunstâncias da custódia.

Noutro giro, levando-se em consideração que o art. 19 faz referência ao impedimento ou retardamento no envio de pleito à autoridade judiciária competente, não haverá crime se a obstrução disser respeito a pleito encaminhado ao Ministério Público ou a outras instituições, como, por exemplo, corregedorias, ouvidorias do sistema penitenciário, etc., ainda que estas tenham o dever de fiscalizar a legalidade de prisões ou das condições de custódia.

De seu turno, o parágrafo único do art. 19 tipifica a conduta do magistrado que, ciente do impedimento ou da demora no envio do pleito de preso, ligado à legalidade da sua prisão ou das circunstâncias da sua custódia, deixa de tomar as providências tendentes a saná-lo ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixa de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja. Na primeira hipótese, o tipo penal cria para o *magistrado competente* o dever de adotar todas as providências tendentes a sanar o impedimento ou a demora no envio do pleito a sua pessoa. Caso não o faça, desincumbindo-se do dever jurídico de evitar tal resultado, deverá responder pelo crime em comento, verdadeira espécie de crime omissivo próprio. Na segunda hipótese, a despeito de não ser ele o magistrado competente para apreciar a legalidade da prisão ou das circunstâncias da custódia, o juiz, mesmo tendo ciência do impedimento ou da demora no envio do pleito, deixa de enviá-lo à autoridade judiciária competente.

33.5. Tipo subjetivo.

Os crimes do *caput* e do parágrafo único do art. 19 são dolosos – não admitem a modalidade

146. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1.509.

culposa – revelando-se indispensável, ademais, a presença do elemento subjetivo especial do injusto previsto no art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19. Diferenciam-se, todavia, por um detalhe. Enquanto a conduta do *caput* pode ser atribuída ao agente tanto a título de dolo direto quanto eventual, aquelas previstas no parágrafo único admitem apenas o dolo direto. Isso porque, no caso do parágrafo único do art. 19, a utilização da expressão "ciente do impedimento ou da demora" deixa entrever que o legislador deliberadamente excluiu a possibilidade do dolo eventual. É dizer, à semelhança de outros tipos penais que fazem uso de expressões como, por exemplo, "que sabe" ou "que devia saber" (v.g., arts. 180, *caput*, e 339, *caput*, do CP), a redação do tipo penal do parágrafo único do art. 19 denota que a punição de tal delito só é admitida a título de dolo direto. Isso significa dizer que, na hipótese de o magistrado apenas desconfiar ou suspeitar do impedimento ou da demora no envio do pleito de pessoa presa, não poderá responder pelo crime do art. 19, parágrafo único, da Lei n. 13.869/19, porquanto este crime não admite a punição a título de dolo eventual.

33.6. Consumação e tentativa.

Quanto às condutas incriminadas pelo *caput* do art. 19, há de se distinguir: a) **quanto ao verbo impedir**: nesse caso, o crime estará consumado com a efetiva obstrução do envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente. É dizer, a petição de *habeas corpus* jamais terá chegado ao conhecimento do magistrado; b) **quanto ao verbo retardar**: nessa hipótese, a consumação ocorrerá com qualquer ação ou omissão que cause algum tipo de embaraço ao envio do pleito. Ou seja, ainda que o pleito seja, posteriormente, encaminhado ao magistrado, se tiver havido algum atraso injustificado, a conduta já estará consumada. Em ambas as hipóteses, admite-se o *conatus*. Seria o caso do agente penitenciário flagrado ao rasgar pleito formulado pelo preso, haja vista a antipatia em relação a sua pessoa, sendo o pedido prontamente encaminhado à autoridade judiciária pelo agente que flagrou o ato ilícito do colega.

No que diz respeito ao parágrafo único do art. 19, o crime estará consumado com qualquer uma das omissões criminosas, leia-se, seja quando o magistrado deixar de tomar as providências tendentes a sanar o impedimento ou a demora no envio do pleito de preso, seja quando, não sendo competente para apreciar a legalidade da prisão ou as circunstâncias da custódia, deixar de enviar o pedido à autoridade competente. Nesse caso, por se tratar de crime omissivo próprio, não se admite a tentativa.

33.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 19, *caput*, pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime material**, no tocante ao verbo impedir, e **formal**, quando ao verbo núcleo retardar; **c) crime unissubjetivo; d) crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado); e) crime comissivo**. Por sua vez, o delito do parágrafo único do art. 19 funciona como espécie de: **a) crime próprio; b) crime omissivo próprio; c) crime de perigo abstrato; d) crime unissubsistente; e) crime instantâneo; f) crime unissubjetivo.**

33.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

> **Art. 20. Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado:**
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência.

34. RESTRIÇÃO, SEM JUSTA CAUSA, DA ENTREVISTA PESSOAL E RESERVADA DO PRESO COM SEU ADVOGADO.

34.1. Rejeição do veto presidencial.

Por ocasião da tramitação do Projeto de Lei que deu origem à nova Lei de Abuso de Autoridade, o Presidente da República deliberou por vetar seu art. 20, fazendo-o com base nos seguintes

argumentos: "O dispositivo proposto, ao criminalizar o impedimento da entrevista pessoal e reservada do preso ou réu com seu advogado, mas de outro lado autorizar que o impedimento se dê mediante justa causa, gera insegurança jurídica por encerrar tipo penal aberto e que comporta interpretação. Ademais, trata-se de direito já assegurado nas Leis nºs 7.210, de 1984 e 8.906, de 1994, sendo desnecessária a criminalização da conduta do agente público, como no âmbito do sistema Penitenciário Federal, destinado a isolar presos de elevada periculosidade." À semelhança de outros vetos presidenciais, este também foi rejeitado pelo Congresso Nacional.

34.2. Direito intertemporal.

À época da vigência da revogada Lei n. 4.898/65, seu art. 3º, alínea "j" tipificava como abuso de autoridade *qualquer atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional*, dentre os quais poderíamos incluir exatamente o direito à entrevista pessoal e reservada do profissional da advocacia com seu cliente (Lei n. 8.906/94, art. 7º, III), ao qual era cominada uma pena de detenção, de 10 (dez) dias a 6 (seis) meses. De se notar, portanto, que não houve *abolitio criminis*, pois a referida conduta delituosa continua sendo considerada típica pela nova Lei de Abuso de Autoridade. Sua pena, porém, por ser mais gravosa, terá seu âmbito de aplicação restrito aos crimes cometidos após sua vigência, o que, *in casu*, teria ocorrido no dia 25 de janeiro de 2020.

34.3. Noções gerais acerca da ampla defesa e do direito à entrevista pessoal e reservada do acusado, ainda que preso, com seu defensor.

Quando a Constituição Federal (art. 5º, LV) assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a *ampla defesa*, entende-se que a proteção deve abranger os seguintes direitos, entre os quais há uma relação de complementariedade:

a) defesa técnica (processual ou específica): é aquela exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público. Para ser ampla, como impõe a Constituição Federal, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor. Como dispõe a **súmula n. 523 do STF**, "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". Em virtude da relação de confiança que necessariamente se estabelece entre o profissional da advocacia e o acusado, pertence a este o direito escolher seu defensor. A nomeação de defensor pelo juiz só poderá ocorrer nas hipóteses de abandono do processo pelo advogado constituído e desde que o acusado permaneça inerte, após ser instado a constituir novo defensor;

b) autodefesa (material ou genérica): é aquela exercida pelo próprio acusado, em momentos cruciais do processo. Diferencia-se da defesa técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz, é disponível, já que não há como se compelir o acusado a exercer seu direito ao interrogatório nem tampouco a acompanhar os atos da instrução processual. Manifesta-se no processo penal de várias formas: b.1) **Direito de audiência**: é o direito que o acusado tem de apresentar ao juiz da causa a sua defesa, pessoalmente. Esse direito se materializa através do interrogatório, já que é este o momento processual adequado para que o acusado, em contato direto com o juiz natural, possa trazer ao magistrado sua versão a respeito da imputação constante da peça acusatória. Daí o entendimento hoje majoritário em torno da natureza jurídica do interrogatório: meio de defesa; b.2) **Direito de presença**: por meio dele, assegura-se ao acusado a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa. Daí a importância da obrigatória intimação do defensor e do acusado para todos os atos processuais. Afinal, durante a instrução criminal, podem ser prestadas declarações cuja falsidade ou incorreção só o acusado consiga detectar. Nesse caso, o acusado deve poder relatar de imediato tais falsidades ou incorreções ao seu defensor técnico, a fim de que este último tenha tempo hábil para explorá-las, durante a colheita da prova; b.3) **Capacidade postulatória autônoma do acusado**: dada a importância do bem jurídico em disputa no processo penal – liberdade de locomoção –, defere-se ao acusado, em alguns momentos específicos, capacidade postulatória autônoma, independentemente da presença de seu advogado. É por isso que o acusado, mesmo não sendo profissional da advocacia, pode interpor recursos (CPP, art. 577, caput), impetrar *habeas corpus* (CPP, art. 654, caput), ajuizar revisão criminal (CPP, art. 623), assim como formular pedidos relativos à execução da pena (LEP, art. 195, caput).

Para o exercício da defesa técnica e da autodefesa, é de fundamental importância que o profissional da advocacia possa manter contato com seus clientes, pouco importando que estes se

encontrem presos. Esse direito à entrevista prévia e reservada do imputado, ainda que preso, com seu defensor está previsto não apenas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, "d"), mas também na Lei de Execução Penal (art. 41, IX), no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, III), na Lei Complementar n. 80/94 (art. 128, inciso VI), que organiza a Defensoria Pública, no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 124, III) e no Código de Processo Penal (art. 185, §5º). O objetivo precípuo desta entrevista é permitir que o imputado seja orientado por um profissional da advocacia de sua confiança, o que, em última análise, resultará numa sensível melhora da atuação não apenas da defesa técnica, mas também da própria autodefesa.[147]

A comunicação em questão deve ser pessoal e reservada. Pessoal denota que é o próprio preso, em pessoa, que deve estar ali, diante do advogado. Reservadamente, por sua vez, diz respeito ao fato de que essa comunicação não pode ocorrer na presença de mais ninguém além do preso e de seu defensor, ou seja, ninguém mais pode ter acesso à referida comunicação, preservando-se, assim, o sigilo inerente ao exercício da advocacia. A comunicação deve ser feita sem qualquer tipo de monitoramento, seja por outras pessoas, seja por quaisquer equipamentos capazes de registrar em áudio ou vídeo a conversa. Logicamente, o direito em questão não autoriza o advogado a falar com seu cliente preso a qualquer momento do dia. Devemos observar a reserva do possível, daí por que devem ocorrer nos horários e dias determinados pelo estabelecimento prisional.

34.4. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se não apenas a Administração Pública, mas também, como exposto anteriormente, o direito à assistência de advogado, do qual é consectário lógico o direito à entrevista pessoal e reservada do imputado com seu advogado.

34.5. Sujeitos do crime.

Quanto ao sujeito ativo, a conduta do *caput* do art. 20, pelo menos em tese, pode ser praticada por qualquer agente público que tenha atribuição para custodiar o preso, impedindo, assim, a comunicação pessoal e reservada com seu advogado. O sujeito passivo, nesse caso, além do Estado, é o preso, independentemente da espécie de prisão (penal ou extrapenal).

Em sentido diverso, como o parágrafo único do art. 20 refere-se expressamente à *audiência judicial*, a qual necessariamente é presidida por um juiz, conclui-se que o sujeito ativo deste delito será, em regra, apenas o *magistrado*. Sem embargo, na eventualidade de o interrogatório ser realizado por videoconferência, é possível, pelo menos em tese, que o delito seja praticado pelo funcionário público lotado no estabelecimento que o interrogando estiver preso, privando-o do direito de se entrevistar pessoal e reservadamente com seu advogado antes da realização do ato.

Ainda em relação ao delito do art. 20, parágrafo único, o sujeito passivo, além do Estado, será não apenas o *acusado preso*, mas também aquele que estiver em liberdade, e até mesmo o próprio *investigado*. À primeira vista, estranha-se a utilização da terminologia *investigado* se o próprio dispositivo versa sobre a restrição ao direito à entrevista pessoal e reservada com advogado durante a *audiência judicial*. Esta aparente contradição, todavia, é afastada quando nos lembramos da audiência de custódia (ou de apresentação), espécie de *audiência judicial* na qual o preso ainda não adquiriu o status de *acusado*, porquanto ainda não foi denunciado pelo Ministério Público. Como se trata de ato judicial cuja realização demanda a presença obrigatória de defensor, *ex vi* do art. 310, *caput*, do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, a redação do tipo penal deixa transparecer que o desrespeito ao direito de entrevista pessoal e reservada do custodiado, leia-se, do investigado com seu defensor em tal ato poderá caracterizar abuso de autoridade, desde que presente, obviamente, o especial fim de agir do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19.

34.6. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo é **impedir**, que significa atravancar, barrar, bloquear, cortar, dificultar, embargar, empecer, estorvar, evitar, impossibilitar, obstaculizar, obstar, obstruir, etc. *In casu*, cria-se, **sem justa causa**, um obstáculo à entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado. O elemento normativo "sem justa causa" demonstra que, havendo justificativa razoável para se impedir, ainda que momentaneamente, a entrevista do preso com seu advogado, a conduta será atípica. É o que ocorre, por exemplo, se não houver escolta suficiente

147. Na dicção de Ada Pellegrini Grinover, "(...) se o interrogatório é, como é, meio de defesa; e se a assistência do defensor é, como é, obrigatória no interrogatório, é evidente que a entrevista prévia do acusado com o defensor é essencial para que autodefesa e defesa técnica se integrem, por intermédio do contato reservado dos dois protagonistas da defesa penal, indispensável ao adequado exercício da defesa, em sua dúplice configuração". (*O interrogatório como meio de defesa: Lei n. 10.792/03*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, jan./jun. 2005 p. 191).

para acompanhar todos os presos. Constando do tipo penal a referência explícita à necessidade de que a comunicação em questão seja pessoal e reservada, ter-se-á como caracterizado o delito se o agente público condicionar a realização da entrevista à gravação.

O *caput* do art. 20 faz referência apenas ao *preso*. Portanto, não se pode admitir qualquer tipo de interpretação extensiva para se aplicar esse tipo penal ao indivíduo solto, que esteja em liberdade, sob pena de incorrermos em verdadeira analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade. Como o dispositivo se limita a citar o indivíduo *preso*, sem, porém, especificar a espécie de prisão em questão, é de se concluir que, para fins de tipificação da referida figura delituosa, pouco importa que o indivíduo esteja preso em flagrante, preventivamente, etc. O termo *preso*, aliás, abrange inclusive o menor infrator internado, a quem também é assegurado o direito à entrevista pessoal e reservada com seu defensor (Lei n. 8.069/90, art. 124, III).

Noutro giro, o parágrafo único do art. 20 também tipifica como abuso de autoridade a conduta do agente público que impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência. Cuida-se de norma especial em relação ao *caput*, pois versa sobre o direito de entrevista antes da audiência judicial, pouco importando, ademais, se o indivíduo está preso ou solto.

Procura-se, mais uma vez, resguardar o direito à entrevista prévia e reservada do advogado com seu cliente prevista no art. 185, §5º, do CPP, permitindo-se, assim, uma maior interação entre o profissional da advocacia e o imputado. É dizer, para que se possa falar em defesa ampla e efetiva como exige a Constituição Federal, não basta que o advogado esteja presente no interrogatório judicial apenas de maneira formal e meramente decorativa. Deve poder se entrevistar prévia e reservadamente com seu cliente para tomar conhecimento do que realmente teria acontecido (ou não) no dia dos fatos, saber quem são as testemunhas e vítimas arroladas pela acusação e o grau de conhecimento que têm sobre a imputação, explicar-lhe eventuais benefícios decorrentes de uma possível confissão, ou até mesmo orientá-lo acerca do exercício do direito ao silêncio. Enfim, o que realmente importa é que o acusado, antes de ser submetido ao interrogatório judicial, seja devidamente orientado por um profissional da advocacia de sua confiança acerca da melhor estratégia a ser seguida por ocasião de sua oitiva em juízo.

De acordo com a redação do parágrafo único, se a entrevista pessoal e reservada do imputado com seu defensor não perdurar por prazo razoável antes da audiência judicial, ter-se-á como caracterizado o delito. Como se percebe, o legislador faz uso, mais uma vez, de expressão vaga e indeterminada, dificultando sobremaneira o trabalho do intérprete. Ora, de nada vale a observância da anterioridade da lei penal se esta não estiver dotada da clareza necessária, de modo a permitir reduzir o grau de variabilidade subjetiva na aplicação da lei. É dizer, esse caráter dúbio e ambíguo da expressão *prazo razoável* constante do tipo penal acaba funcionando como campo fértil para prosperar a arbitrariedade. De todo modo, levando-se em consideração que não apenas o juiz, mas também todos os demais envolvidos nessa audiência estarão aguardando o final dessa entrevista, a doutrina[148] sugere que um tempo em torno de 30 (trinta) minutos seria um prazo razoável, até mesmo porque o acusado deverá acompanhar a audiência ao lado de seu advogado, podendo com ele se comunicar durante a integralidade do ato, salvo quando tiver início seu interrogatório ou em se tratando de audiência por videoconferência.

De se notar que, em sua parte final, o art. 20, parágrafo único, afasta a tipificação do delito em duas situações:

a) **no curso de interrogatório**: a despeito de se tratar de um ato assistido tecnicamente e protegido pelo direito ao silêncio, o interrogatório é um ato pessoal, ou seja, deve ser exercido pessoalmente pelo acusado, sem a possibilidade de o acusado se consultar com seu defensor durante a sua realização. Daí o porquê da ressalva constante do tipo penal, no sentido de que não haverá crime se ao acusado, por exemplo, for negada a possibilidade de conversar com seu defensor exclusivamente durante o interrogatório;

b) **no caso de audiência realizada por videoconferência:** consoante disposto no art. 185, §5º, do CPP, em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso

148. GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 179. Para Agi (op. cit. p. 64), 15 (quinze) minutos seria um prazo razoável.

a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. Como se percebe, quando se trata de audiência realizada por videoconferência, assegura-se ao acusado não apenas o direito à entrevista pessoal e reservada com o seu defensor, como também a possibilidade de comunicação entre ambos. Nem sempre, porém, o defensor constituído pelo acusado estará fisicamente ao seu lado. De fato, pelo menos em tese, é possível que tal defensor esteja no fórum, e que seu cliente esteja no presídio, logicamente acompanhado por outro advogado. Ante a impossibilidade de se sentarem lado a lado, o art. 20, parágrafo único, *in fine*, da Lei n. 13.869/19, afasta a tipificação do delito nessas circunstâncias.

Dentro dessa última ressalva – no caso de audiência realizada por videoconferência – também estão inseridas, implicitamente, as duas hipóteses constantes do art. 217 do CPP: "Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, *fará a inquirição por videoconferência*[149] e, somente na impossibilidade dessa forma, *determinará a retirada do réu*, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor". Por mais que o acusado faça jus ao direito à presença, não se trata de um direito de natureza absoluta. Dentre os direitos fundamentais que podem colidir com o direito de presença, legitimando sua restrição, encontram-se os direitos das testemunhas e das vítimas à vida, à segurança, à intimidade e à liberdade de declarar, os quais se revestem de inequívoco interesse público, e cuja proteção é indiscutível dever do Estado. Portanto, na hipótese de efetiva prática de atos intimidatórios, subentende-se que houve uma renúncia tácita ao direito de presença pelo acusado decorrente da adoção de comportamento incompatível com o exercício regular de um direito.[150] Nessa hipótese, seja quando o ato for realizado por videoconferência, seja quando for determinada a retirada do acusado da sala de audiências, não há falar em tipificação do crime do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 13.869/19, desde que assegurada a presença da defesa técnica no ato processual em questão, bem como um canal de comunicação livre e reservada do defensor com seu cliente. É dizer, se a segunda parte do art. 217 do CPP autoriza expressamente a retirada do acusado da sala de audiência quando não for possível realizar o ato por videoconferência, é de todo evidente que a determinação judicial fundamentada nesse sentido (CPP, art. 217, parágrafo único) jamais terá o condão de tipificar o delito sob comento. Afinal, não se pode conceber que uma norma proíba o que outra autoriza, sob pena de verdadeiro caos normativo.

34.7. Tipo subjetivo.

Consultar comentários aos §§1º e 2º do art. 1º da nova Lei de Abuso de Autoridade.

34.8. Consumação e tentativa.

Consumam-se os delitos do art. 20, *caput* e parágrafo único, quando o imputado for efetivamente privado do direito à entrevista pessoal e reservada com seu defensor. Conquanto seja de difícil configuração, admite-se a tentativa, quando, por exemplo, a conduta for praticada por escrito.

34.9. Classificação doutrinária.

Os crimes do art. 20, *caput*, e parágrafo único, podem ser classificados da seguinte forma: a) **crime próprio**; b) **crime comissivo**, pelo menos em regra; c) **crime material**; d) **crime plurissubsistente**; e) **crime unissubjetivo.**

34.10. Conflito aparente de normas.

Há um conflito aparente de normas entre o delito do art. 20, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, e o crime do art. 7º-B da Lei n. 8.906/94, incluído pela Lei n. 13.869/19, especificamente no tocante à violação da prerrogativa constante do inciso III do art. 7º do Estatuto da OAB, que assegura aos advogados o direito de se comunicar com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

149. Da leitura do art. 217 do CPP fica a impressão de que, sendo a audiência realizada por videoconferência, estaria o acusado autorizado a assisti-la, ou seja, a retirada do acusado da sala de audiência seria permitida apenas quando da realização da audiência na forma comum, leia-se, com a presença de todos. Não parece ser este o objetivo do dispositivo. Na verdade, seja por meio da videoconferência, seja pessoalmente, não se deve permitir, em hipótese alguma, que a pessoa constrangida seja identificada pelo acusado. É bem verdade que a testemunha ou o ofendido terão contato com os defensores do acusado, mas estes, sob compromisso de seu grau, certamente não irão desvendar-lhe a identidade. Em sentido semelhante: PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o Crime Organizado*. Editora Juspodivm, 2013, p. 80.

150. Considerando lícita a retirada dos acusados da sala de audiências, se as testemunhas de acusação demonstram temor e receio em depor na presença dos réus: STF, 1ª Turma, HC 86.572/PE, Rel. Min. Carlos Britto, j. 06/12/2005, DJ 30/03/2007 p. 76; STF, 1ª Turma, HC 86.711/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 04/03/2006, DJ 16/06/2006; STF, 2ª Turma, HC 73.879/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 10/06/1996, DJ 11/04/1997.

De modo a resolver esse conflito, há de ser aplicado o princípio da especialidade no seguinte sentido: se o preso for impedido de se entrevistar com seu advogado antes da prática de algum ato da persecução penal, como, por exemplo, seu interrogatório policial, ter-se-á caracterizado o delito do art. 20. Se, todavia, estivermos diante de outra comunicação entre o advogado e seu cliente preso, que não a entrevista, a exemplo de uma visita ao presídio, o crime caracterizado será o do art. 7º-B da Lei n. 8.906/94.[151]

Art. 21. Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto na Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

35. MANUTENÇÃO DE PRESOS DE AMBOS OS SEXOS NA MESMA CELA OU ESPAÇO DE CONFINAMENTO.

35.1. Direito intertemporal.

Sob a égide da revogada Lei n. 4.898/65, não havia figura delituosa semelhante à do art. 21. Cuida-se, pois, de *novatio legis in pejus*, de aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Nova Lei de Abuso de Autoridade, *in casu*, no dia 3 de janeiro de 2020.

35.2. Noções gerais acerca da necessidade de recolhimento de presos a estabelecimento próprio e adequado ao seu respectivo sexo.

Dispõe o art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal que 'a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o *sexo do apenado*'. Harmonizando-se com essa disposição, o art. 82, §1º, da Lei de Execução Penal prevê que *a mulher deverá ser recolhida a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal*. Objetiva-se, na separação entre homens e mulheres, afastar violências de ordem sexual e a própria promiscuidade entre eles.[152]

Os estabelecimentos penais destinados a mulheres deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas (LEP, art. 83, §3º). Também deverão contar com berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (LEP, art. 83, §2º). O dispositivo guarda relação com o disposto no art. 5º, L, da Constituição Federal, segundo o qual "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação".

Com o objetivo de reformular as práticas do sistema prisional brasileiro e contribuir para a garantia dos direitos das mulheres, nacionais e estrangeiras, inclusive as previstas nos referidos arts. 82, §1º, e 83, §§2º e 3º, da LEP, o Ministério da Justiça instituiu, por meio da Portaria Interministerial n. 210, de 16 de janeiro de 2014, a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, estabelecendo, no enfoque dos estabelecimentos penais, entre outras metas, o incentivo aos órgãos estaduais de administração prisional para que promovam a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito dos estabelecimentos prisionais, levando em conta as peculiaridades relacionadas a gênero, cor ou etnia, orientação sexual, idade, maternidade, nacionalidade, religiosidade e deficiências física e mental, bem como aos filhos inseridos no contexto prisional (art. 4º, II, da Portaria).

Especificamente quanto ao recolhimento à prisão de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, é importante ficar atento aos dizeres da Resolução Conjunta n. 1, de 15 de abril de 2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT): "Art. 1º - Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. Parágrafo único - Para efeitos desta Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se: I - Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres; II - Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens; III - Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos

151. É nesse sentido a lição de Samer Agi (op. cit. p. 63).

152. Ganhou notoriedade no Brasil, sob o ponto de vista negativo, um caso concreto ocorrido na cidade de Abaetetuba/PA nos idos de 2007, no qual uma adolescente de 15 (quinze) anos foi presa e colocada em uma cela com aproximadamente 20 (vinte) homens, ali permanecendo por aproximadamente 26 (vinte e seis) dias, período no qual foi estuprada inúmeras vezes, muitas delas para que tivesse acesso à comida e materiais de higiene pessoal.

os sexos; IV - Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico. Art. 2º - A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero. Parágrafo único - O registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa. Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos. § 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo. § 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade. Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas. Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. Art. 5º - À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero".

35.3. Bem jurídico tutelado.

O delito do art. 21 da nova Lei de Abuso de Autoridade tutela não apenas a Administração Pública, como também a dignidade da pessoa humana, evidentemente lesada diante da colocação do preso em um mesmo espaço de confinamento com custodiados do sexo oposto.

35.4. Sujeitos do crime.

Quanto ao sujeito ativo, estamos diante de crime próprio, nos exatos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Logicamente, ante a redação do tipo penal, que faz menção à manutenção de presos de ambos os presos na mesma cela ou espaço de confinamento, tal agente público deve ter atribuição ou competência para definir, ainda que momentaneamente, em que lugar os presos ficarão custodiados. Enfim, podem praticar o delito não apenas Delegados de Polícia, agentes carcerários, diretores de presídios, mas também os próprios juízes.

O sujeito passivo direto (ou imediato) é a mulher custodiada com homens, assim como o homem confinado com uma mulher. No caso do parágrafo único, as crianças ou adolescentes recolhidos na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado. O sujeito passivo mediato, como de costume, é o Estado.

35.5. Tipo objetivo.

A conduta incriminada pelo art. 21, *caput*, é manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento.

O verbo núcleo **manter** tem o significado de fazer ficar ou ficar em determinada posição, estado ou situação. O objeto material da conduta são **presos de ambos os sexos**. Referindo-se a *presos* em sentido amplo, denota-se que o tipo penal abrange qualquer espécie de prisão, seja ela penal, cautelar, ou extrapenal, inclusive a internação de menores. Para a configuração do delito, é indispensável que presos do sexo masculino e feminino sejam colocados na mesma cela ou espaço de confinamento.

A distinção em questão não se limita ao sexo biológico, devendo observar, na verdade, a identidade de gênero. Como já se pronunciou a Suprema Corte, "(...) a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade".[153]

Enfim, é a classificação do gênero constante do registro civil que deve, *pelo menos em regra*, determinar se a pessoa presa deve ficar em cela destinada a homens ou a mulheres. Logo, na hipótese de preso (a) transexual, este (a) deverá ser recolhido (a) na cela referente ao seu gênero, a não ser que opte em permanecer na cela correspondente ao seu sexo anatômico.[154] Dissemos "em regra" porque, em

153. STF, Pleno, ADI 4.275/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 01/03/2018, DJe 45 06/03/2019.

154. Nessa linha: GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 192.

decisão singular do Min. Luís Roberto Barroso no HC 152.491 (DJe 16/02/2018), foi deferida a ordem de ofício para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP, que presos transexuais fossem colocados em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais, de modo que sequer se exigiu a observância do gênero constante do registro civil, mas apenas do *gênero social*, conforme apresentação do indivíduo junto à sociedade. Assim, na hipótese de prisão de travesti, há de ser respeitada sua identidade social, com o consequente recolhimento a uma cela feminina.

Constam da redação do art. 21, *caput*, dois elementos espaciais do tipo: a) **cela**: é o local destinado ao aprisionamento de alguém. De acordo com o art. 88 da LEP, o condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório, tendo como requisitos básicos a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, e uma área mínima de 6,00 m2 (seis metros quadrados); b) **espaço de confinamento**: ante as mazelas do sistema carcerário brasileiro, que nem sempre dispõe de celas para a custódia dos presos, a Lei n. 13.869/19 houve por bem se valer desta elementar ampla e genérica para se referir a qualquer outra área ou ambiente não necessariamente projetada para a ocupação contínua de presos, mas que venha a receber essa destinação, ainda que provisoriamente, a exemplo de veículos de transporte de presos, salas de custódia nos fóruns criminais, sítios de triagem, contêineres, viaturas policiais, etc.

Na eventualidade de a manutenção de presos de ambos os sexos na mesma cela acarretar intenso sofrimento físico ou mental ao indivíduo custodiado, a exemplo do que ocorreu na cidade de Abaetetuba/PA, em que uma adolescente ficou presa por 26 (vinte e seis) dias numa cela com mais de 20 detentos do sexo masculino, sendo, então, estuprada e espancada, a conduta melhor se subsume ao crime de tortura imprópria previsto no art. 1º, §1º, da Lei n. 9.455/97 ("§1º. Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal"), verdadeira norma especial em relação ao art. 21, *caput*, da Lei n. 13.869/19.

Por sua vez, consoante disposto no parágrafo único do art. 21, incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. A novel figura delituosa vem ao encontro do art. 123 da Lei n. 8.069/90, que prevê que a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. De se notar que, nesse caso, a lei não exige, para fins de tipificação da conduta delituosa, que crianças ou adolescentes fiquem em celas com pessoas de ambos os sexos. Na verdade, basta que os menores sejam colocados na companhia de maiores de idade ou em ambiente inadequado. Importante lembrar que o ECA permite que o adolescente permaneça por até 5 (cinco) dias em unidade policial, enquanto aguarda transferência para local apropriado.[155] A parte final desse tipo consagra verdadeira hipótese de **norma penal em branco**, vez que a exata compreensão da norma penal incriminadora, *in casu*, da adequação (ou não) do ambiente, depende de complementação constante do art. 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

35.6. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual). Faz-se necessária, ademais, a presença do especial fim de agir constante do art. 1º, §1º, cuja ausência acarreta a atipicidade da conduta. Como o conhecimento de que *presos de ambos os sexos* funciona como elementar do tipo do art. 21, *caput*, da Lei n. 13.869/19, caso o agente desconheça esse fato, acreditando, por exemplo, que todos eram do sexo masculino, ou vice-versa, e seu erro estiver plenamente justificado pelas circunstâncias de fato, caracterizado estará o erro de tipo, com a consequente exclusão do dolo do agente. Como o referido delito não admite a modalidade culposa, sua conduta será considerada atípica, nos termos do art. 20, *caput*, do Código Penal.

35.7. Consumação e tentativa.

Os delitos estarão consumados no exato momento em que o preso for recolhido em cela diversa daquela correspondente ao seu sexo, pouco importando, para tanto, que venha a sofrer algum

155. Lei n. 8.069/90: "Art. 185. A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional. §1º Inexistindo na comarca entidade com as características definidas no art. 123, o adolescente deverá ser imediatamente transferido para a localidade mais próxima. §2º Sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de cinco dias, sob pena de responsabilidade".

tipo de agressão física ou sexual. Na verdade, se essas agressões vierem a ocorrer, ter-se-á novo crime de lesões corporais, estupro, etc., os quais deverão ser imputados em concurso material com o abuso de autoridade ao próprio agente público, que assume inegavelmente a condição de garante, nos exatos termos do art. 13, §2º, do Código Penal. Na hipótese de a conduta ser praticada por omissão do agente público responsável pela tutela do preso, o crime estará consumado no instante em que ele, ao tomar ciência da situação, nada fizer para corrigi-la.

Por se tratar de conduta plurissubsistente, cujo *iter criminis* é passível de fracionamento, não se pode refutar a possibilidade de configuração do *conatus* quando o crime for praticado de maneira comissiva. É o que ocorre, por exemplo, se um Delegado de Polícia, em virtude da ausência de celas destinadas a pessoas do sexo feminino na comarca, determinar o recolhimento de uma mulher a uma cela destinada a homens, resultado este não alcançado, porém, em virtude da pronta e imediata intervenção da autoridade judiciária, que, ao tomar conhecimento do fato, deliberou pela substituição da prisão em questão por uma medida cautelar diversa.

35.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 21 da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: **a) próprio; b) material; c) permanente:** o verbo núcleo *manter* traduz a ideia de permanência, já que a consumação do crime se prolonga no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a execução do delito a qualquer momento; **d) crime comissivo**: o delito é praticado mediante uma conduta positiva, um fazer, consubstanciado na determinação para o encarceramento indevido, o que não impede que o fato seja praticado por meio de omissão imprópria, nas hipóteses em que o agente ostente a condição de garantidor (CP, art. 13, §2º) e, dolosamente, com o especial fim de agir do art. 1º, §1º, nada faça para impedir a superveniência do resultado, a exemplo do juiz que toma conhecimento da situação abusiva e se abstém de corrigi-la; **e) unissubjetivo; f) plurissubsistente.**

35.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

> **Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:**
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> **§1º** Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:
>
> **I** - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;
>
> **II** - (VETADO);
>
> **III** - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).
>
> **§2º** Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

36. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO EM UM CONTEXTO DE ABUSO DE AUTORIDADE.

36.1. Direito intertemporal.

A revogada Lei n. 4.898/65 tipificava como abuso de autoridade qualquer atentado "à inviolabilidade do domicílio" em seu art. 3º, alínea "b", ao qual era cominada uma pena de detenção por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses. É de se notar, portanto, que o crime do art. 22 da Lei n. 13.869/19 funciona como evidente hipótese de *novatio legis in pejus*, haja vista a pena mais gravosa cominada à referida conduta – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa –, daí por que deve ter seu âmbito de aplicação restrito aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869/19, *in casu*, no dia 3 de janeiro de 2020.

36.2. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se não apenas a dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, mas também a inviolabilidade domiciliar, cujo fundamento constitucional repousa no art. 5º, XI, da Constituição

Federal ("A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial").

Tendo em conta que a inviolabilidade do domicílio protege, em última análise, o direito à intimidade, pouco importa que a casa esteja (ou não) ocupada, pois o que se consagra é a intimidade espacial, esteja ou não a pessoa no local. Mesmo estando a casa vazia (v.g., casa de campo ou de praia ocupada apenas esporadicamente), cuida-se de expressão de intimidade da pessoa, sendo vedado o ingresso de estranhos. De se ver, então, que a casa abandonada não está tutelada pelo dispositivo do art. 5º, inciso XI, da Magna Carta, pois, neste caso, ausente a figura do morador, não há falar em tutela do direito à intimidade. Portanto, o ingresso em imóvel abandonado ou desabitado por agente público não terá o condão de tipificar o delito do art. 22 da Lei n. 13.869/19, podendo restar caracterizado, a depender das circunstâncias do caso concreto, o crime de esbulho possessório previsto no art. 161, §1º, inciso II, do Código Penal.

36.3. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo é o agente público, nos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. E é exatamente isso que diferencia o delito em questão do crime comum de violação de domicílio previsto no art. 150, *caput*, do Código Penal. Com efeito, se o agente público ingressar em imóvel alheio, porém tal conduta não guardar nenhuma relação com as funções por ele exercidas, o crime será o de violação de domicílio previsto no art. 150 do Código Penal.

O sujeito passivo, por sua vez, é o titular do direito à intimidade protegido pela inviolabilidade domiciliar. Na terminologia usada pelo art. 22, é o *ocupante* do imóvel, pouco importando seja (ou não) seu proprietário. Pode ser uma pessoa a quem os demais habitantes da casa estão subordinados (regime de subordinação) ou diversas pessoas, habitantes da mesma residência, em relação isonômica (regime de igualdade). Aliás, havendo um regime de igualdade entre os vários moradores (v.g., marido e mulher, república de estudantes, etc.), o conflito de vontades deverá ser solucionado pela aplicação do princípio *melior est conditio prohibentis*, é dizer, prevalece a decisão daquele que proibiu o acesso ao domicílio. Tendo em conta que o ingresso em domicílio para fins de investigação criminal devassa a intimidade e retira o sossego de todas as pessoas que habitam o local, não apenas a pessoa suspeita pode negar o consentimento, como também qualquer um dos moradores que ali se encontram.[156]

36.4. Tipo objetivo.

Verdadeira modalidade especial de violação de domicílio (CP, art. 150), o crime do art. 22, *caput*, da Lei n. 13.869/19 possui 3 (três) verbos: **a) invadir:** é a ação de adentrar, ocupar, penetrar totalmente em imóvel alheio ou suas dependências, diferenciando-se do verbo adentrar por ser praticado de maneira ostensiva, geralmente com o emprego de meios violentos para que o agente público possa ter aceso ao imóvel ou a suas dependências, a exemplo do que ocorre quando há o arrombamento da porta de entrada para ingresso na residência; **b) adentrar:** também traduz a ideia de penetrar ou de ingressar totalmente, porém de maneira não violenta; **c) permanecer:** pressupõe a entrada lícita, pelo menos num primeiro momento, seguida de uma omissão, consubstanciada na negativa em sair do local. Diversamente das duas condutas anteriores, praticadas de maneira comissiva, esta é atribuída ao agente a título de omissão.

Cuida-se, pois, de **tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**. Por consequência, com base no princípio da alternatividade, se o agente público invadir um imóvel alheio ou suas dependências clandestinamente, e nele permanecer, ter-se-á um único crime do art. 22, *caput*, da Lei n. 13.869/19, desde que as condutas, logicamente, sejam praticadas em um único contexto fático.

36.4.1. Elementos normativos do tipo.

As condutas em questão devem ser praticadas da seguinte forma: **a) clandestinamente:** invadir, adentrar ou permanecer em imóvel alheio ou suas dependências *clandestinamente* significa fazê-lo de forma oculta, sem se deixar notar pela vítima; **b) astuciosamente**: deve ser compreendido como o ingresso ou permanência em imóvel alheio por meio de conduta fraudulenta, maliciosa; **c) à revelia da vontade do ocupante:** quem adentra um imóvel alheio clandestina ou astuciosamente, o faz, obviamente, contra a vontade de quem de direito,

156. Discorrendo sobre o *jus prohibendi* do empregado doméstico que reside na casa, Walter Nunes da Silva Júnior (op. cit. p. 654/655) conclui que o empregado, residente no local, tem o direito de negar o ingresso no espaço territorial definido para a sua privacidade, sendo pertinente a oposição contra outros moradores da casa, e, até mesmo, contra o patrão. Segundo o referido autor, "o patrão que entra na casa do caseiro ou quarto do empregado para verificar, por exemplo, se ele furtou algum objeto, afronta o preceito constitucional que assegura a inviolabilidade do domicílio, não tendo validade eventuais provas obtidas sob essa forma".

já que essa pessoa não sabe que o agente público lá se encontra. Ter-se-ia como redundante, portanto, a previsão normativa "à revelia da vontade do ocupante". Sem embargo, de modo a evitar quaisquer controvérsias, e por se tratar de tipo penal incriminador, o art. 22, *caput*, da Lei n. 13.869/19 faz referência expressa ao ingresso em imóvel alheio *à revelia da vontade do ocupante*, leia-se, contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, cujo dissenso poderia obstaculizar a violação em questão, salvo, logicamente, se houvesse determinação judicial ou se presente uma das hipóteses que autorizam o ingresso em domicílio alheio independentemente da aquiescência do morador (flagrante delito, desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial).

Para além do ingresso clandestino, astucioso, ou à revelia da vontade do ocupante do imóvel, a parte final do *caput* do art. 22 deixa claro que a conduta em questão deve ser praticada sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei. Vejamos essas duas causas excludentes da tipicidade, separadamente:

1) sem determinação judicial: a violação do domicílio está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XI). Para fins de expedição de um mandado de busca domiciliar, é indispensável a presença de fundadas razões apontando que uma das coisas ou pessoas citadas no art. 240, § 1º, do CPP, encontra-se no interior da casa sujeita à diligência. De acordo com o art. 243 do CPP, o mandado de busca deverá: I – indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II – mencionar o motivo e os fins da diligência; III – ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. Ademais, se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca (CPP, art. 243, § 1º). Mandados de busca domiciliar não podem se revestir de conteúdo genérico, nem podem se mostrar omissos quanto à indicação, o mais precisamente possível, do local objeto dessa medida extraordinária, tal qual dispõe o art. 243 do CPP.[157] Por isso, em caso concreto envolvendo o cumprimento de mandado de busca que teria como alvo o endereço profissional de investigado localizado no 28º andar de determinado edifício, a 2ª Turma do Supremo concluiu ser ilegal a apreensão de equipamentos de informática no endereço de instituição financeira localizada no 3º andar do mesmo edifício, porquanto não havia mandado judicial para este endereço. Por consequência, por se tratar de apreensão realizada no domicílio de alguém sem autorização judicial fundamentada, revelar-se-ia ilegítima, e o material eventualmente apreendido configuraria prova ilicitamente obtida;[158]

2) fora das condições estabelecidas em lei: a parte final do art. 22, *caput*, da Lei n. 13.869/19 demonstra que estamos diante de uma **norma penal em branco em sentido amplo (homogênea ou imprópria) heterovitelina**, é dizer, de um tipo penal cuja compreensão do preceito primário depende de outra norma, *in casu*, do Código de Processo Penal, que estabelece todo o regramento necessário para o cumprimento de um mandado de busca domiciliar. Na esteira do que dispõe o art. 245, caput, do CPP, "as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o representante, intimando-o, em seguida, abrir a porta". Caso o morador não franqueie o acesso à casa durante o dia após a leitura do mandado de busca domiciliar, a porta será arrombada e forçada a entrada, sendo possível que o agente seja responsabilizado pelo crime de desobediência (CP, art. 330). Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura (CPP, art. 245, §§ 2º e 3º). Em se tratando de casa habitada, deve a busca ser feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência (CPP, art. 248). Ausentes os moradores, a diligência deve ser realizada normalmente, com a ressalva de que, neste caso, deve ser intimado a assistir à diligência algum vizinho, se houver e estiver presente. Igual procedimento será adotado quando as pessoas presentes em casa não tiverem capacidade para consentir (v.g., menores de idade ou doentes mentais). Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la. Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta

157. Em caso concreto versando sobre a apuração de crimes praticados em comunidades de favelas, concluiu a 6ª Turma do STJ em recente julgado - AgRg no HC 435.934/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 05/11/2019, DJe 20/11/2019 - ser nula a decisão que havia decretado a medida de busca e apreensão coletiva, genérica e indiscriminada para a entrada da polícia em qualquer residência. Isso porque a ausência de individualização das medidas de apreensão estaria em rota de colisão com diversos dispositivos legais, dentre eles os arts. 240, 242, 244, 245, 248 e 249 do CPP, além do art. 5º, XI, da CF.

158. Nesse contexto: STF, 2ª Turma, HC 106.566/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16/12/2014.

sob custódia da autoridade ou de seus agentes. Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, e, eventualmente, por um vizinho, quando não houver moradores na casa. A ausência de testemunhas presenciais ao cumprimento da diligência de busca domiciliar é considerada mera irregularidade. Dispõe o art. 247 do CPP que, não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer. Por fim, não há justificativa para o acompanhamento da mídia aos atos de busca e apreensão, notadamente em tempo real. Portanto, é recomendável que o mandado de busca e apresnão determine que a polícia se abstenha de convocar a imprensa e observe a discrição necessária no seu cumprimento. Por mais que, nesse caso, a exposição indevida da intimidade e da vida privada das pessoas não torne o ato viciado e nem acarrete a ilicitude da prova obtida, poderá gerar indenizações e responsabilidades dos agentes envolvidos. De mais a mais, o cumprimento dos mandados em órgãos públicos deve manter a discrição necessária, evitando-se, pelo menos em regra, o uso de armamento ostensivo.

36.4.2. Objeto material.

É o *imóvel alheio ou suas dependências*, que suporta a invasão ou a entrada do agente público, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante.

A nosso juízo, andou mal o legislador ao usar o termo *imóvel* na redação dos tipos penais incriminadores do art. 22, *caput*, e §1º, I, ambos da Lei n. 13.869/19. Isso porque transparece, à primeira vista, que estaria se referindo ao conceito de *bem imóvel* que nos é dado pelo Código Civil.[159] Na verdade, a expressão foi usada em seu sentido vulgar, como *qualquer lugar privado habitado por alguém*, ou seja, como sinônimo de *casa*. Prova disso, aliás, é que o próprio art. 22, §2º, da Lei n. 13.869/19, praticamente reproduzindo os dizeres do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, que, todavia, faz uso do termo *casa*, prevê que "não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou desastre". Impõe-se, pois, a exata compreensão do conceito de *casa*.

Esse conceito deve ser extraído do art. 150, §4º, do Código Penal, segundo o qual a referida expressão compreende: a) qualquer compartimento habitado; b) aposento ocupado de habitação coletiva, ainda que se destine à permanência por poucas horas; c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. Insere-se no conceito de casa, portanto, não só a casa ou habitação, mas também o escritório profissional, o consultório médico, o quarto ocupado de hotel ou motel,[160] o quarto de hospital,[161] empresas e lojas (do balcão para dentro), pátios, jardins, quintal, garagens, depósitos, etc. Não se exige, para a definição de "casa", que ela esteja fixada ao solo, pois o conceito constitucional abrange as residências sobre rodas (trailers residenciais), barcos-residência, a parte traseira do interior da boleia do caminhão, etc.[162] O dispositivo legal também protege as dependências da casa (v.g., jardins, garagens, quintais, terraços, pátios, lajes, etc.), desde que fechados, cercados ou se existentes obstáculos de fácil visualização vedando a passagem do agente público. As pastagens e campos de propriedades rurais não são abrangidas pela proteção legal.

Por outro lado, não se compreende como *casa* hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo na hipótese do aposento ocupado (CP, art. 150, §§ 4º e 5º). Também não pode ser considerada "casa" o carro, na medida em que este não serve para esse fim.[163] Estabelecimentos como bares, clubes, teatros,

159. "Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II – o direito à sucessão aberta. Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis: I – as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; II – os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem. Citando o art. 79 do Código Civil, Greco e Cunha (op. cit. p. 195) apontam que qualquer edificação, desde o solo *in natura*, a exemplo dos terrenos, e todas as construções por ele sobrepostas serão consideradas imóveis para efeito de reconhecimento do abuso de autoridade. É nesse sentido, aliás, o enunciado n. 14 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "A elementar 'imóvel' do art. 22 da Lei de Abuso de Autoridade deve ser conceituada nos termos do art. 79 do Código Civil".

160. STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 018, DJ 18/05/2007 p. 113.

161. Segundo Walter Nunes da Silva Júnior (op. cit. p. 646), "nos casos em que o agente, em razão da prática de crime, vem a ser hospitalizado, mesmo que o atendimento se dê em serviço médico oferecido pela rede pública, estando ele em um quarto de hospital, a entrada de policiais, para fins de interrogatório ou outro qualquer, salvo se for hipótese de flagrante delito – configurada sob a forma de perseguição, por exemplo –, somente pode ocorrer mediante o consentimento daquele ou então com suporte em mandado judicial".

162. Por se equiparar a uma busca pessoal, aquela realizada no interior de veículo de propriedade de investigado fundada no receio de que a pessoa esteja na posse de material que possa constituir corpo de delito independe de prévia autorização judicial, salvo nos casos em que o veículo é utilizado para moradia, como é o caso de cabines de caminhão, barcos, *trailers*, etc: STJ, 6ª Turma, HC 216.437/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/09/2012.

163. No sentido de que as apreensões de documentos no interior de veículos automotores, por constituírem hipótese de busca pessoal – caracterizada pela inspeção do corpo, das vestes, de objetos e de veículos (não destinados à habitação do indivíduo) –, dispensam autorização judicial quando houver fundada suspeita de que neles estão ocultados elementos necessários à elucidação dos fatos investigados, a teor do disposto no art.

cinemas, restaurantes, supermercados, shopping centers, enquanto estiverem abertos ao público, não estão compreendidos pela expressão 'casa', podendo as autoridades policiais neles ingressar livremente no exercício de sua função, mesmo sem consentimento ou autorização judicial. Todavia, se esses estabelecimentos estiverem fechados ao público, passam a estar protegidos pela garantia da inviolabilidade do domicílio.

Quanto aos órgãos públicos, Walter Nunes da Silva Júnior assevera que "a despeito de o ingresso nos órgãos públicos ser franqueado ao público em geral, não seria razoável admitir-se que, tendo a autoridade policial a pretensão de realizar alguma diligência com o fim de obter alguma prova, pudesse ela ingressar, livremente, independentemente de autorização da autoridade pública, nos prédios. Principalmente se a diligência tiver de ser realizada no gabinete de algum servidor ou juiz."[164]

36.4.3. Figuras assemelhadas.

De acordo com o art. 22, §1º, da Lei n. 13.869/19, incorre na mesma pena quem, na forma prevista no *caput*, ou seja, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei: I – coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências; II – VETADO; III – cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h(vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas). Vejamos as duas figuras delituosas separadamente.

36.4.3.1. Constrangimento de alguém a franquear-lhe o acesso a imóvel.

De acordo com a Constituição Federal (art. 5º, XI), se o ocupante do imóvel consentir, é perfeitamente válido o ingresso no domicílio, seja durante o período do dia, seja durante a noite. Este consentimento deve ser voluntário, jamais poderá ser objeto de constrangimento. Daí a figura delituosa sob comento, que visa reprimir o emprego de violência ou grave ameaça de modo a obrigar o ocupante a franquear o acesso do agente público ao imóvel ou suas dependências. Para fins de tipificação deste crime, a violência deve ser exercida contra a pessoa, jamais contra a coisa. À semelhança das modalidades especiais de constrangimento ilegal previstas na nova Lei de Abuso de Autoridade (arts. 13, 15 e 24), este crime, de natureza material, estará consumado quando o agente público tiver acesso ao imóvel em virtude do constrangimento por ele perpetrado.[165]

36.4.3.2 Execução de mandado de busca de forma ostensiva e desproporcional.

Por ocasião da tramitação do Projeto que deu origem à nova Lei de Abuso de Autoridade, o inciso II do §1º do art. 22 possuía a seguinte redação: "II – executa mandado de busca e apreensão em imóvel alheio ou suas dependências, mobilizando veículos, pessoal ou armamento de forma ostensiva e desproporcional, ou de qualquer modo extrapolando os limites da autorização judicial, para expor o investigado a situação de vexame".

Ocorre que este inciso acabou sendo vetado Presidente da República, *in verbis:* "A propositura legislativa, ao prever como elemento do tipo a 'forma ostensiva e desproporcional', gera insegurança jurídica por encerrar tipo penal aberto e que comporta interpretação. Além disso, em operações policiais, o planejamento da logística de bens e pessoas compete às autoridades da segurança pública."

Ao contrário de tantos outros vetos presidenciais, este, em especial, acabou sendo mantido pelo Congresso Nacional. Daí por que não se pode falar em criminalização da referida conduta, pelo menos de maneira autônoma. Sem embargo, parece-nos que, a depender do caso concreto, é perfeitamente possível tipificá-la no art. 13, inciso II, da Lei n. 13.869/19, desde que, logicamente, preenchidos todas as demais elementares deste tipo penal ("Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência: (...) II – submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;");

36.4.3.3. Cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

De acordo com a Constituição Federal, havendo autorização judicial prévia, é possível o ingresso em domicílio alheio durante o *dia*.

240, § 2º, do CPP: STF, 2ª Turma, RHC 117.767/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.10.2016.

164. Op. cit. p. 648. No sentido de que o gabinete (ou sala) de um funcionário público, embora faça parte de um prédio ou de uma repartição pública, pode ser compreendido como casa, nos termos do art. 150, § 4º, III, do CP, porquanto se trata de compartimento com acesso restrito e dependente de autorização, logo, um local fechado ao público, onde determinado indivíduo exerce suas atividades laborais: STJ, 5ª Turma, HC 298.763/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 7/10/2014, DJe 14/10/2014.

165. Em sentido diverso, Agi (op. cit. p. 69) sustenta que se trata de crime formal, bastando a coação para fins de consumação, ainda que o coagido não franqueie o acesso ao imóvel ao agente público coator.

Doutrina e jurisprudência sempre divergiram acerca desse conceito. Em virtude das dimensões continentais do território brasileiro, em que o nascer e o pôr do sol ocorrem em horários diversos a depender da região do país em que estivermos, sempre prevaleceu, aos olhos da jurisprudência, o **critério físico-astronômico**, considerando como dia o período compreendido entre a aurora e o crepúsculo.[166] Outros doutrinadores, todavia, sempre preferiram usar um **critério cronológico**, mais seguro, considerando como *dia* o período compreendido entre 6:00h e 18:00h.[167] Por fim, uma última corrente (**mista**) trabalhava com a aplicação conjunta de ambos os critérios, o que, em tese, atenderia à finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que, ainda, não fosse noite, como ocorre, por exemplo, naquelas localidades em que se adota o horário de verão.[168]

Com o objetivo de afastar quaisquer controvérsias acerca da matéria, a Lei n. 13.869/19 passou a criminalizar o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar *após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas)*, positivando, enfim, pelo menos para fins de tipificação de abuso de autoridade, o conceito de "*noite*" e, *a contrario sensu*, também o de "*dia*" – entre 5 h (cinco horas) e 21 h (vinte e uma horas). O novel dispositivo há de provocar intensa controvérsia, supostamente por antecipar o conceito de dia para as 5h (cinco horas) e estender o de noite até as 21h (vinte e uma horas). Certamente hão de se formar diversas correntes acerca de sua (in) constitucionalidade:

a) inconstitucionalidade do conceito de noite (e de dia) constante do art. 22, §1º, III, da Lei n. 13.869/19: a Constituição Federal autoriza o ingresso em domicílio alheio exclusivamente *durante o dia*, sendo inadmissível, portanto, que o legislador infraconstitucional venha a afirmar que um mandado de busca domiciliar possa ser cumprido às 20h59min, quando certamente o sol já terá desaparecido no horizonte. Nesse caso, à luz do critério cronológico acima apontado, por mais que o cumprimento de um mandado de busca nesse horário não tenha o condão de tipificar o crime do art. 22, §1º, III, da Lei n. 13.869/19, eventuais objetos apreendidos como resultado dessa diligência no período compreendido entre 18 e 21 horas, ou entre 5 e 6 horas, deverão ser rotulados como prova obtida por meios ilícitos;[169]

b) constitucionalidade do conceito de noite (e de dia) constante do art. 22, §1º, III, da Lei n. 13.869/19, desde que interpretado conforme a Constituição: para conservar a validade do dispositivo sob comento, conferindo-lhe um sentido compatível com o texto constitucional, cujo art. 5º, XI, autoriza o ingresso em domicílio por determinação judicial apenas *durante o dia*, será considerado lícito o cumprimento de mandado de busca domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas), desde que presente a luz do sol;[170]

c) constitucionalidade do conceito de noite (e de dia) constante do art. 22, §1º, III, da Lei n. 13.869/19, sem a necessidade de interpretação conforme a Constituição (nossa posição): de modo a superar controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, o legislador optou por positivar o conceito de dia (05h-21h) e o de noite (21h-05h), e não o condicionou à existência de luminosidade solar. Há de se ter em mente que são dois os objetivos da proteção constitucional à inviolabilidade do domicílio durante a noite constante do art. 5º, XI, da Constituição Federal: primeiro, não atrapalhar o merecido descanso das pessoas; segundo, evitar quaisquer arbitrariedades por parte dos agentes públicos em um período de maior precariedade de vigilância e defesa decorrente do recolhimento das pessoas para o repouso durante a noite. Por mais que se queira argumentar que não há mais luminosidade solar às 20h59min, trata-se de horário em que as

166. É nesse sentido a posição de Celso de Mello (*Constituição Federal anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 442) e Marcelo Novelino (*Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2011. p. 464).

167. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional [até a Emenda Constitucional nº 48, de 10.08.2005]. São Paulo: Malheiros Editores. p. 437.

168. Nessa linha: MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9ª ed., atualizada com a EC nº 31/00. São Paulo: Atlas, 2001. p. 76.

169. Nesse contexto: AZEVEDO, André Boiani e. *Nova Lei do abuso de autoridade comentada artigo por artigo*. Coordenação de Guaracy Moreira Júnior. São Paulo: Rideel, 2019. p. 76. Com a devida vênia aos adeptos desta primeira corrente, não conseguimos compreender como uma norma pode determinar certa conduta, *in casu*, o cumprimento de mandado de busca domiciliar entre as 5h e 21h, e parte da doutrina, ao mesmo tempo, considerar que eventual prova assim obtida há de ser reputada ilícita, sob pena de completa antinomia jurídica. Ora, não se pode conceber que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta. Fosse isso admitido, não se poderia falar em ordem normativa, mas sim em um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas. Portanto, ou se considera o art. 22, §1º, III, da Lei n. 13.869/19 inconstitucional como um todo, retrocedendo, então, aos tempos em que não havia conceito legal de dia (e de noite), ou o consideramos constitucional, com ou sem a necessidade de interpretação conforme a Constituição, daí por que eventual prova obtida nesse horário como resultado de busca domiciliar judicialmente autorizada jamais poderá ser reputada ilícita.

170. Para Greco e Cunha (op. cit. p. 202), admite-se a medida excepcional após as 5h e antes das 21h, *enquanto houver iluminação solar*. Com a devida vênia aos adeptos dessa segunda corrente, se exigirmos a luz solar para fins de interpretação conforme do art. 22, §1º, III, da Lei n. 13.869/19, a positivação do conceito de dia (e de noite) pelo legislador tornar-se-á letra morta, eis que estaremos retrocedendo ao critério físico-astronômico adotado por parte da doutrina, com evidente prejuízo à segurança jurídica.

pessoas ainda estão acordadas, pelo menos em regra. Portanto, o fato de o legislador autorizar o cumprimento de um mandado de busca nesse horário não importa em violação ao núcleo essencial do dispositivo constitucional. Pelo contrário. Bem ou mal, agiu dentro de uma margem de razoabilidade e proporcionalidade para definir o conceito de noite e, *a contrario sensu*, de dia. A inovação deriva de espaço lídimo de conformação normativa do tema pelo legislador ordinário. Não se está a interpretar a Constituição à luz da Lei n. 13.869/19, mas sim o oposto: em um país de dimensões continentais como o nosso, em que ora se utiliza o denominado horário de verão, ora não, é perfeitamente possível que o sol já tenha raiado às 5h e que ainda haja certa luminosidade por volta de 20h, 20h30min, a depender, logicamente, da região do país e da época do ano em que estivermos. É dizer, à semelhança do art. 2º da Lei n. 13.869/19 e do art. 150, §4º, do Código Penal, que definiram, respectivamente, os conceitos de *agente público* e de *casa*, para fins de interpretação da Constituição Federal e aplicação da própria lei penal, por que não se admitir que o legislador ordinário possa, enfim, definir o conceito de noite (e de dia)? Em conclusão, por não haver lesão ao núcleo essencial do art. 5º, XI, da Constituição Federal, nem tampouco violação da finalidade da proteção constitucional, respeitando-se, ademais, o princípio da proporcionalidade, é tempo de abandonarmos *critérios doutrinários e jurisprudenciais*, deixando a sorte ou o azar do agente público responsável pelo estrito cumprimento do dever legal condicionados à distribuição de seu futuro *habeas corpus* a este ou àquele Tribunal, para, enfim, trabalharmos com um *conceito legal, positivo*, capaz, portanto, de transmitir maior **segurança jurídica** não apenas aos agentes públicos responsáveis pelo cumprimento de mandados de busca domiciliar, mas também a todos os cidadãos, que, doravante, saberão antecipadamente o horário em que são obrigados a franquear o acesso ao seu domicílio diante da exibição de mandado judicial. Destarte, caso a polícia tenha em mãos mandado de busca domiciliar, expedido pela autoridade judiciária competente, poderá invadir o domicílio entre as 5h (cinco horas) e 21h (vinte e uma horas), pouco importando se já há, ou ainda perdura, respectivamente, a luz solar, eis que a lei não fez nenhuma referência ao critério físico-astronômico, hipótese em que a prova obtida será considerada lícita. Por outro lado, cumprido o mandado antes das 5h (cinco) horas e depois de 21h (vinte e uma horas), para além da ilicitude das provas então obtidas, o crime restará caracterizado, mesmo que o sol já tenha raiado, naquele caso, ou que ainda perdure a luz do sol, nesta última hipótese.[171]

De todo modo, independentemente da corrente doutrinária que se queira adotar, parece não haver dúvida de que o cumprimento de mandado de busca por agente público entre as 5h e 21h, haja ou não luminosidade solar, jamais terá o condão de caracterizar o delito do art. 22, §1º, III, da Lei n. 13.869/19, haja vista a vedação do crime de hermenêutica constante do art. 1º, §2º ("A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade"), pelo menos enquanto não houver uma decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal acerca da (in) constitucionalidade do conceito de dia (e de noite) constante do referido dispositivo.

Superada essas controvérsias, é de todo relevante destacar que, ausente o consentimento para ingressar à noite, resta cercar o local para que, ao alvorecer, seja dado cumprimento à ordem (CPP, art. 293, caput). Obviamente, se uma pessoa perseguida em flagrante delito invadir a casa de outrem, sem o seu consentimento, estará praticando outro crime – violação de domicílio (CP, art. 150) –, ou seja, estará em flagrante delito no interior da residência, autorizando, assim, que o agente público possa ingressar na casa e efetuar sua prisão, mesmo que durante a noite.

Para fins de tipificação do crime do inciso III, o que importa é o início do cumprimento do mandado de busca e apreensão, que deve ocorrer após as 21h (vinte e uma horas). Por consequência, não haverá crime se a execução do mandado de busca tiver início durante o dia, prolongando-se durante o período da noite de modo a não prejudicar o ato ou causar grave dano à diligência.

Outrossim, referindo-se o tipo penal sob comento ao cumprimento de mandado de *busca e apreensão* domiciliar no período noturno, revela-se atípica, sob pena de evidente analogia *in malam partem*, o cumprimento de ordem judicial de natureza diversa, como, por exemplo, a *exploração de local*, consubstanciada no ingresso de agente público em imóvel alheio, ainda que no período noturno, para fins de instalação de equipamentos

171. A propósito, eis o teor do **enunciado n. 15** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "O mandado de busca e apreensão deverá ser cumprido durante o dia (art. 5º, XI, CF/88). Mesmo havendo luz solar, veda-se seu cumprimento entre 21h00 e 5h00, sob pena de caracterizar abuso de autoridade (art. 22, §1º, inc. III)".

destinados à captação de sinais óticos e acústicos, mediante prévia autorização judicial.[172]

36.4.4. Excludentes da ilicitude.

Reproduzindo, grosso modo, as hipóteses elencadas no art. 5º, XI, da Constituição Federal em que o ingresso em domicílio alheio pode ser feito mesmo contra a vontade do ocupante do imóvel, o art. 22, §2º, da Lei n. 13.869/19 dispõe que não haverá crime se o ingresso for *para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.*[173] Nessas hipóteses, o ingresso poderá ocorrer tanto durante o dia, quanto durante a noite. Estamos diante de causas especiais de exclusão da ilicitude, vez que a lei usa a expressão "não haverá crime". O teor da regra encontra-se abrangido pelo art. 23, III, 1ª parte, do CP (estrito cumprimento do dever legal).

O termo "delito", utilizado no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal e no art. 22, §2º, da Lei n. 13.869/19, merece interpretação extensiva, abrangendo também a contravenção penal. O raciocínio é idêntico em relação ao princípio da legalidade ou da reserva legal, segundo o qual não há crime (e nem contravenção penal) sem lei anterior que o defina (CF, art. 5º, XXXIX). Portanto, mesmo em se tratando de contravenções penais (v.g., jogo do bicho), é possível o ingresso em casa alheia sem autorização judicial.

Diverge a doutrina quanto à espécie de flagrante que autoriza a violação ao domicílio sem mandado judicial. Parte da doutrina entende que a única espécie de flagrante que autoriza o ingresso em domicílio sem autorização judicial é o flagrante próprio (CPP, art. 302, I e II). Como garantia constitucional, a proteção ao domicílio não pode ser alargada indevidamente.[174] Com a devida vênia, se a Constituição Federal e a própria Lei de Abuso de Autoridade estabelecem que é possível o ingresso em domicílio nas hipóteses de *flagrante delito*, sem fazer qualquer referência ao flagrante em questão, deve se extrair do estatuto processual penal o conceito de flagrância (CPP, art. 302, I, II, III e IV). Ora, se interpretarmos que a fuga para residência seria inviabilizadora da prisão em flagrante, estar-se-ia criando uma hipótese de imunidade ao criminoso: bastaria, ao notar que está sendo perseguido, adentrar em uma residência para se eximir de sua prisão.[175]

Portanto, diante de fundados indícios de flagrante delito, seja durante o dia, seja durante a noite, e independentemente de prévia autorização judicial, é possível o ingresso em imóvel alheio ou suas dependências mesmo contra a vontade do ocupante. Daí a importância da análise dos denominados crimes permanentes, assim compreendidos como aqueles cuja consumação se prolonga no tempo (v.g., extorsão mediante sequestro, tráfico de drogas em algumas modalidades, como, por exemplo, expor à venda, ter em depósito, guardar, etc.). Ora, em relação a tais delitos, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Logo, estando o agente em situação de flagrância no interior de sua casa, será possível a violação ao domicílio mesmo sem mandado judicial.[176]

Nesses casos, para que a polícia possa adentrar em uma residência, sem mandado judicial, exige-se aquilo que se costuma chamar de "causa provável" (no direito norte-americano, *probable cause*), ou seja, quando os fatos e as circunstâncias

172. Há precedente do STF admitindo o ingresso de autoridade policial, mediante prévia autorização judicial, em escritório de advocacia no *período noturno* para instalação de equipamento destinado à captação de sinais óticos e acústicos, o que seria justificável sob o argumento de que a natureza da execução de tais medidas jamais permitiria que fossem realizadas com publicidade durante o dia, sob pena de absoluta ineficácia: STF, Pleno, Inq. 2.424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26/11/2008, DJe 55 25/03/2010. Reconhecendo a legalidade de provas colhidas por meio de escuta ambiental em ação controlada, nos termos do art. 2º, II e IV, da revogada Lei nº 9.034/95: STF, 1ª Turma, HC 102.819/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05/04/2011, DJe 102 27/05/2011.

173. Como adverte Celso Ribeiro Bastos, "(...) por desastre deve-se entender qualquer evento de caráter catastrófico, o que significa dizer: um acidente de grandes proporções. Assim, um incêndio é um acidente, como também o é uma inundação de grandes proporções que ponha em perigo a vida dos moradores. (...) é lícito reconhecer-se e podem-se configurar casos de alguém necessitar de socorro, sem que tenha configurado o motivo anterior, qual seja: o desastre. Mas este permissivo constitucional deve ser interpretado com muito rigor. Do contrário teremos casos de intromissões domiciliares sob uma alegação infundada de prestação de socorro. É necessário que, primeiro, haja uma efetiva necessidade de socorro, é dizer: alguém correndo sério risco. Em segundo lugar, que a pessoa carente de ajuda esteja impossibilitada de, por seus próprios meios, fazer um apelo". (*Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 199-200).

174. É essa a posição de Nucci, *in Código de Processo Penal Comentado*. 4ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 544. Nesse sentido dispõe a Instrução Normativa 1/92 (DOU 13.11.1992) do Diretor do Departamento de Polícia Federal, tratando do procedimento policial: art. 73. "A autoridade policial somente procederá à busca domiciliar sem mandado judicial quando houver consentimento espontâneo do morador ou quando tiver certeza da situação de flagrância. (...) 73.2. Na segunda hipótese, é imprescindível ter-se certeza de que o delito está sendo praticado naquele momento, não se justificando o ingresso no domicílio para realização de diligências complementares à prisão em flagrante ocorrido noutro lugar, nem para averiguação de *notitia criminis*".

175. Tourinho Filho comunga do mesmo entendimento: *Código de Processo Penal Comentado 1 (arts. 1º a 393)*. 9ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 689. Na mesma linha, de acordo com o STJ, "não é ilegal a entrada em domicílio sem o consentimento do autor do delito, que é perseguido, logo após a prática do crime, pela autoridade policial, pois a própria Constituição Federal permite a entrada em casa alheia, mesmo contra a vontade do morador, para fins de prisão em flagrante". (STJ, 5ª Turma, HC 10.899/GO, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23/04/2001 p. 166). E ainda: STJ, 5ª Turma, RHC 21.326/PR, Relatora Ministra Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ 19/11/2007 p. 247.

176. STF, 2ª Turma, HC 84.772/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 12/11/2004 p. 41. E também: STF, 2ª Turma, HC 74.127/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 13/06/1997; STJ, 5ª Turma, HC 31.514/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 05/04/2004 p. 296.

permitiriam a uma pessoa razoável acreditar ou ao menos suspeitar, com elementos concretos, que um crime está sendo cometido no interior da residência. É exatamente nesse sentido, aliás, a expressão *fundados indícios* constante do art. 22, §2º, a qual foi usada no sentido de uma prova semiplena, de menor valor persuasivo, que autoriza um juízo de probabilidade, e não de certeza.

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, portanto, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que, dentro da casa, havia situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. Nessa medida, deve ser considerada arbitrária a entrada forçada em domicílio sem uma justificativa conforme o direito, ainda que, posteriormente, seja constatada a existência de situação de flagrante no interior daquela casa. Enfim, deve haver um controle *a posteriori*, exigindo-se dos agentes estatais a demonstração de que a medida fora adotada mediante justa causa, ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de flagrante delito no interior daquele domicílio, autorizando, pois, o ingresso forçado, independentemente de prévia autorização judicial. Em síntese, o modelo probatório deve ser o mesmo da busca e apreensão domiciliar, que pressupõe a presença de fundadas razões (CPP, art. 240, § 1º), as quais, logicamente, devem ser exigidas de maneira modesta e compatível com o momento em questão.[177]

36.5. Tipo subjetivo.

Consultar comentários aos §§1º e 2º do art. 1º da nova Lei de Abuso de Autoridade.

36.6. Consumação e tentativa.

Cuida-se de crime de mera conduta ou de simples atividade, pois o tipo penal não contempla nenhum resultado naturalístico. Quanto às condutas de *invadir* ou *adentrar* (crimes instantâneos), o delito estará consumado no exato momento em que o agente público ingressar completamente no imóvel alheio ou em suas dependências. Quanto ao verbo *permanecer* (crime permanente), consuma-se o delito quando o agente, ciente de que deve sair do local, não o faz por tempo juridicamente relevante. Em ambas as hipóteses, é indispensável o ingresso em imóvel alheio. Não haverá crime na conduta de olhar ou observar a movimentação na residência de terceira pessoa. A tentativa é possível nas condutas de *invadir* ou *adentrar* (crimes comissivos), mas incabível no núcleo permanecer (crime omissivo próprio ou puro).

Em relação ao delito do inciso I do §1º do art. 22, espécie de crime material, a consumação ocorrerá quando o ofendido fizer aquilo a que foi constrangido, *in casu*, quando franquear o acesso do agente público ao imóvel ou suas dependências.[178] Por sua vez, o ilícito do inciso III restará consumado quando o agente público ingressar no imóvel, alvo da busca domiciliar, no período compreendido entre 21h (vinte e uma horas) e 5h (cinco horas). Em ambas as hipóteses, espécies de crimes plurissubsistentes, admite-se a tentativa.

36.7. Classificação doutrinária.

Podemos classificar o crime do art. 22, *caput*, da Lei n. 13.869/19 da seguinte forma: a) **crime próprio;** b) **crime instantâneo,** quanto aos verbos *invadir* e *adentrar*, e **permanente,** quando ao núcleo permanecer; **c) crime comissivo,** quanto aos dois primeiros verbos, e **omissivo próprio (ou puro),** quanto ao terceiro; d) **crime de conteúdo variado, de ação múltipla ou tipo misto alternativo**; e) **crime unissubjetivo**; f) **crime de mera conduta:** são aqueles em que o tipo penal se limita a descrever uma conduta, ou seja, não contém resultado naturalístico, razão pela qual ele jamais poderá ser verificado.

36.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

177. Com esse entendimento: STF, Pleno, RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/11/2015. Há precedente da 6ª Turma do STJ no sentido de que não configura justa causa apta a autorizar invasão domiciliar a mera intuição da autoridade policial de eventual traficância praticada por indivíduo, fundada unicamente em sua fuga de local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas ante iminente abordagem policial, ainda que haja posterior descoberta e apreensão de drogas no interior da residência – circunstância que se mostrará meramente acidental –, sob pena de esvaziar-se a franquia constitucional do art. 5º, XI. A propósito: STJ, 6ª Turma, REsp 1.574.681/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20/04/2017, DJe 30/05/2017. Em outro julgado - STJ, 6ª Turma, RHC 83.501/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 06/03/2018, DJe 05/04/2018 -, o mesmo colegiado concluiu que a existência de denúncias anônimas somada à fuga do acusado, por si sós, não configuram fundadas razões a autorizar o ingresso policial no domicílio do acusado sem o seu consentimento ou determinação judicial.

178. O momento consumativo desse delito assemelha-se, nesse ponto, ao do art. 13 da Lei n. 13.869/19, que faz uso do verbo *constranger*, sinônimo de *coagir*. Portanto, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao item "consumação e tentativa" do art. 13.

Especificamente quanto ao crime do art. 22, §1º, I, por se tratar de delito cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, não se admite a celebração do acordo de não persecução penal, *ex vi* do art. 28, *caput*, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.964/19.

> **Art. 23. Inovar artificiosamente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade:**
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem pratica a conduta com o intuito de:
>
> **I** - eximir-se de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência;
>
> **II** - omitir dados ou informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo.

37. FRAUDE PROCESSUAL ESPECIAL EM CASO DE ABUSO DE AUTORIDADE.

37.1. Direito intertemporal.

Na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, não havia tipo penal semelhante ao do art. 23. Assim, pelo menos até a entrada em vigor da Lei n. 13.869/19, se um agente público, em um contexto de abuso de autoridade, inovasse artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o perito ou o juiz, poderia responder pelo crime de fraude processual previsto no art. 347 do Código Penal, ao qual é cominada uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa. Com o advento do novo diploma normativo, o legislador houve por bem tipificar no art. 23 uma figura específica de fraude processual *em caso de abuso de autoridade*, sendo-lhe cominada, todavia, uma pena diversa - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Na mesma linha, consoante disposto no art. 158-C, §2º, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19, é proibida a entrada em locais isolados, bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, *sendo tipificada como fraude processual a sua realização.*

37.2. Bem jurídico tutelado.

À semelhança do art. 347 do Código Penal, o bem jurídico tutelado é a *Administração da Justiça*, especificamente no campo da correta aplicação da lei, atividade que não pode ser submetida a artifícios destinados ao falseamento da prova e, por corolário, aos erros de julgamento, a favor ou contra qualquer das partes envolvidas. Por se tratar de crime de abuso de autoridade, também se tutela a Administração Pública.

37.3. Sujeitos do crime.

Trata-se de **crime próprio**, nos exatos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Na eventualidade de o agente público solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida para inovar artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a ele deverá ser imputado exclusivamente o crime de corrupção passiva (CP, art. 317), haja vista a subsidiariedade implícita do crime previsto no art. 23 da Lei n. 13.869/19. O sujeito passivo é o Estado e a pessoa, física ou jurídica, prejudicada pela inovação artificiosa.

37.4. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo é *inovar*, que deve ser compreendido como modificar ou alterar algo, introduzindo uma novidade. Consta do art. 23 da Lei n. 13.869/19 o elemento normativo *artificiosamente*, o que significa dizer que a inovação em questão deve ser feita com o emprego de ardil ou fraude material para enganar, por exemplo, o agente policial, o perito ou o juiz. Essa inovação artificiosa deve recair sobre o estado de lugar, de coisa ou de pessoa.[179] Há de ser idônea a enganar, pois, do contrário, restará caracterizado hipótese de crime impossível por ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17).

De acordo com o *caput* do art. 23, essa inovação artificiosa há de ocorrer no curso de diligência, de investigação ou de processo. Referindo-se o dispositivo à fraude processual no curso de diligência, há de se admitir a tipificação do referido delito mesmo na fase preliminar de investigações (v.g., chegada da Polícia ao local para fins de realização de exames periciais), independentemente até mesmo da própria instauração do respectivo procedimento investigatório.

Consoante disposto no parágrafo único do art. 23, incorre na mesma pena quem pratica a

179. Vide adiante comentários acerca do objeto material.

conduta com o intuito de: I – eximir-se de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência - diferencia-se da conduta prevista no *caput*, porque, neste último caso, a fraude é praticada com o fim de eximir-se de responsabilidade *criminal*, ao passo que, naquela hipótese, o agente não praticou qualquer infração penal durante a diligência, excedendo-se tão somente sob o ponto de vista *civil ou administrativo*; II – omitir dados ou informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo.

37.5. Objeto material.

O objeto material é o lugar, a coisa ou a pessoa sobre a qual recai a conduta praticada pelo agente. Em caso de abuso de autoridade, inova-se artificiosamente o estado de lugar retirando-se, por exemplo, os vestígios da invasão de um domicílio sem prévia autorização judicial; o estado de coisa, quando, por exemplo, falsifica-se um documento para atestar que o imputado não optou pela presença de um profissional da advocacia por ocasião da realização do seu interrogatório; o estado de pessoa, quando, a título ilustrativo, o agente público derrama uma bebida alcóolica sobre uma pessoa, a fim de induzir a erro os peritos no sentido de que tal indivíduo estaria completamente embriagado e fora de si, o que, em tese, teria justificado o emprego de violência por ocasião da sua captura.

37.6. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual), acrescido de um especial fim de agir (elemento subjetivo específico), consubstanciado, no caso do *caput*, na intenção de eximir-se de responsabilidade (v.g., solicitada a entrega de arma de fogo utilizada em confronto com criminosos do qual resultou a morte de terceiro inocente, o agente público entrega artefato diverso), ou de responsabilizar criminalmente alguém (v.g., o agente público deixa no local do crime um objeto qualquer com as impressões digitais de um inocente) ou agravar-lhe a responsabilidade (v.g., sabendo que o indivíduo teria praticado um crime de furto simples, o agente público introduz na cena do crime uma chave falsa, de modo a qualificar o referido delito à luz do inciso III do §4º do art. 155 do CP). De se notar que, para fins de tipificação do crime do *caput* do art. 23, a responsabilização que se busca evitar ou que se quer imputar ou agravar a terceiro necessariamente deve ter natureza criminal. Caso o especial fim de agir guarde relação com uma responsabilidade civil ou administrativa, o crime será o do inciso I do parágrafo único do art. 23, estranhamente punido, porém, com a mesma pena do *caput*. Não se admite a modalidade culposa.

37.7. Consumação e tentativa.

O art. 23 da nova Lei de Abuso de Autoridade é **crime formal, de consumação antecipada** ou **de resultado cortado**. Consuma-se, pois, no exato momento em que o agente inovar artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade. A parte final da redação típica confirma a natureza formal do delito. No plano da tipicidade, portanto, é de todo irrelevante que ocorra ou não o engano do agente policial, do perito, ou do juiz, ou mesmo que, por um motivo qualquer, o processo não alcance a fase de julgamento ou não se realize o exame pericial, desde que o artifício seja idôneo a enganar a autoridade policial, o perito ou o julgador. Afinal, em ambas as hipóteses, a inovação já estará aperfeiçoada.

Levando-se em conta o caráter plurissubsistente do delito, compatível com o fracionamento do delito, admite-se a tentativa. No entanto, para fins de caracterização do *conatus*, exige-se a idoneidade do meio fraudulento, que deve apresentar potencialidade real para enganar o agente policial, o perito, ou o juiz. Logo, se o artifício for grosseiro, perceptível *ictu oculi* (a olho nu), não há falar em tentativa do crime do art. 23 da Lei n. 13.869/19, mas sim em verdadeiro crime impossível (CP, art. 17), haja vista a ineficácia absoluta do meio.

37.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 23 pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) formal, de consumação antecipada** ou **de resultado cortado:** consuma-se com a prática da conduta, independentemente da produção do resultado naturalístico; **c) de dano:** causa lesão à Administração da Justiça; **d) doloso; e) comissivo:** pode, entretanto, ser praticado via **omissão imprópria**, nos termos do art. 13, §2º, do CP; **f) instantâneo**: consuma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo; **g) de forma livre**: admite qualquer meio de execução; **h) unissubjetivo; i) plurissubsistente; j) não transeunte**: pelo menos em regra, costuma deixar vestígios, demandando, portanto, a realização de exame de corpo de delito direto (CPP, art. 158).

37.9. Subsidiariedade tácita ou implícita.

A fraude processual em caso de abuso de autoridade é crime tacitamente subsidiário, é dizer, o art. 23 da Lei n. 13.869/19 somente será aplicável quando o fato não constituir crime mais grave. Por consequência, existindo outro delito com pena mais elevada, a fraude processual em comento restará absorvida. É o que se verifica, a título de exemplo, se, por ocasião de um crime de abuso de autoridade com vítima fatal, houver a ocultação de um cadáver para fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz. Nesse caso, o agente deverá responder exclusivamente pelo crime do art. 211 do Código Penal, logicamente em concurso formal e/ou material com os demais delitos por ele praticados (v.g., lesão corporal seguida de morte, homicídio, etc.).

37.10. Fraude processual e direito de não produzir prova contra si mesmo *(nemo tenetur se detegere)*.

O direito ao silêncio, previsto na Carta Magna como direito de permanecer calado, apresenta-se apenas como um dos vários desdobramentos do princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Além da Constituição Federal (art. 5º, LXIII), o referido postulado também se encontra previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.3, "g"), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, "g").

Discute-se se seria possível reconhecer a incidência do *nemo tenetur se detegere* quando um segundo delito fosse praticado para encobrir o primeiro. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o agente inova artificiosamente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade por suposto crime de abuso de autoridade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade. Nesse caso, é possível que o agente responda pelos dois delitos em concurso material? Ou será que o segundo delito – fraude processual – está amparado pela excludente da ilicitude do exercício regular de direito (direito de não produzir prova contra si mesmo)?

A nosso ver, caso haja a prática de nova infração penal, de maneira autônoma e dissociada de qualquer exigência de colaboração por parte de autoridade, com o objetivo de encobrir delito anteriormente praticado – *in casu*, abuso de autoridade –, não há falar em incidência do *nemo tenetur se detegere*. Afinal, desse princípio não decorre a não punibilidade de crimes conexos praticados para encobrir a prática de outros. Não fosse assim, um crime de homicídio praticado contra a testemunha que presenciou o crime antecedente poderia ser considerado como exercício regular de direito. Portanto, em tais situações, como não há risco concreto de autoincriminação, mas mero temor genérico de revelação de crime anteriormente praticado, não se pode admitir que o direito de não produzir prova contra si mesmo possa atenuar a responsabilidade criminal do agente. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou no *habeas corpus* impetrado em favor de A. N. e A. C. J, denunciados pelo homicídio triplamente qualificado de Isabela Nardoni, e também por *fraude processual* (CP, art. 347), em decorrência da alteração do local do crime: "(...) O direito à não autoincriminação não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime, inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificiosamente outra realidade, levar peritos ou o próprio Juiz a erro de avaliação relevante (...)".[180]

37.11. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

> **Art. 24. Constranger, sob violência ou grave ameaça, funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração:**
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

38. CONSTRANGIMENTO DE FUNCIONÁRIO OU EMPREGADO DE INSTITUIÇÃO HOSPITALAR PÚBLICA OU PRIVADA A ADMITIR PARA TRATAMENTO PESSOA MORTA.

38.1. Direito intertemporal.

Não havia, sob a égide da revogada Lei n. 4.898/65, figura delituosa semelhante. Portanto,

180. STJ, 5ª Turma, HC 137.206/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 01/12/2009, DJe 01/02/2010.

cuida-se, o art. 24 da nova Lei de Abuso de Autoridade, de *novatio legis* incriminadora, aplicável exclusivamente aos crimes cometidos após sua vigência, *in casu*, no dia 3 de janeiro de 2020.

38.2. Bem jurídico tutelado.

O bem jurídico tutelado é não apenas a liberdade individual do funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada que foi objeto de constrangimento ilegal, mas também a Administração da Justiça, especificamente no campo da correta aplicação da lei, atividade que não pode ser submetida a artifícios destinados ao falseamento da prova e, por corolário, aos erros de julgamento, a favor ou contra qualquer das partes envolvidas. Por se tratar de crime de abuso de autoridade, também se tutela a Administração Pública.

38.3. Sujeitos do crime.

Grosso modo, é possível afirmar que, ao tipificar a conduta do art. 24, o legislador mirou precipuamente aqueles agentes públicos (v.g., policiais militares, policiais civis, integrantes das Forças Armadas, guardas municipais,[181] etc.) que são os primeiros a chegar à cena do crime e que, por esse motivo, devem zelar pela preservação de todos os vestígios deixados pela infração penal. Não é necessário que o agente público tenha concorrido para o óbito em questão. Basta que sua conduta seja praticada com o objetivo de dificultar a identificação do local ou do momento da conduta que levou ao óbito, gerando prejuízo às investigações.

O sujeito passivo, por sua vez, além do Estado, é o funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada que foi constrangido pelo agente público, e, secundariamente, os familiares da pessoa falecida. Cuida-se, portanto, de **crime bipróprio**, pois a lei exigiu qualidades especiais do sujeito ativo (agente público) e do sujeito passivo (funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada).

38.4. Tipo objetivo.

A leitura do tipo penal do art. 24 demonstra que estamos diante de uma modalidade especial de fraude processual no contexto de abuso de autoridade (Lei n. 13.869/19, art. 23), diferenciando-se desta pelo fato de a inovação artificiosa ser praticada por meio de constrangimento (sob violência ou grave ameaça) a funcionário de instituição hospitalar com o objetivo único de que este admita para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido.

Na verdade, quando uma pessoa em óbito é admitida "para tratamento", trabalha-se com a ideia de que ela tenha chegado *com vida* à unidade hospitalar, ou seja, que o óbito teria ocorrido no hospital e não em local e momento diversos. Essa conduta acaba dificultando sobremaneira a apuração da efetiva causa do óbito, e até mesmo se alguém teria concorrido para aquela morte, o que efetivamente não ocorreria se ficasse atestado, desde o início, que a pessoa já havia chegado sem vida à unidade hospitalar.

O crime deve ser praticado por meio de *constrangimento, sob violência ou grave ameaça.* Esses conceitos já foram objeto de análise nos comentários ao art. 13, para onde remetemos o leitor. A violência em questão deve ser exercida sobre a pessoa, e não sobre a coisa, salvo se constituir, de fato, grave ameaça a alguém. Diversamente do que ocorre em relação ao crime do art. 13 da Lei n. 13.869/19, em que o constrangimento também pode ser cometido por meio da redução da capacidade de resistência da vítima, o art. 24 não faz menção à violência imprópria, a qual, portanto, não poderá funcionar como meio de execução deste delito, sob pena de flagrante violação ao princípio da legalidade.

Esse constrangimento, necessariamente cometido por meio de violência ou grave ameaça à pessoa, jamais à coisa, visa retirar a liberdade de autodeterminação de funcionário de instituição hospitalar pública ou privada, para que este admita para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, é dizer, quando já tiver havido a cessação das atividades encefálicas (Lei n. 9.434/97, art. 3º, *caput)* desta pessoa cuja admissão hospitalar se pretendia.

Como se percebe, ao retirar o cadáver da cena do crime, levando-o para o hospital como se a vítima ainda estivesse com vida, o agente público visa modificar o local do óbito e até mesmo o momento de sua ocorrência, com o objetivo de induzir a erro a Administração da Justiça. Ora, é sabido que a preservação do local do crime é de fundamental importância para preservar os vestígios deixados pela infração penal (corpo de delito), a fim de não prejudicar o trabalho a ser desenvolvido na sequência pelos peritos criminais. E um dos requisitos básicos para que os peritos criminais possam realizar um exame pericial satisfatório é que o local esteja adequadamente isolado e preservado, a fim de que não se perca qualquer vestígio que tenha sido produzido pelos

181. De acordo com o art. 5º, inciso XIV, da Lei n. 13.022/2014, que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais, é atribuição da guarda municipal encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, *preservando o local do crime*, quando possível e sempre que necessário.

sujeitos ativos na cena do crime. A propósito, basta pensar na dificuldade de se apontar o trajeto do projétil no corpo da vítima nas hipóteses em que o cadáver tiver sido removido do sítio do crime. Aliás, não por outro motivo, o art. 6º, inciso I, e o art. 169, ambos do CPP, dispõem que a autoridade policial, tão logo tomar conhecimento do delito, deve se dirigir ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais.

Ao contrário do crime do art. 23, *caput*, da Lei n. 13.869/19, cujo juízo de tipicidade demanda que a inovação artificiosa ocorra na pendência de diligência, investigação ou processo, o tipo do art. 24 não pressupõe qualquer procedimento investigatório em curso.

38.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual). Não se admite a modalidade culposa. O dolo do agente deve abranger todos os elementos constitutivos do tipo penal. Por conseguinte, como o conhecimento de que a pessoa cujo óbito já tivesse ocorrido funciona como elementar do tipo do art. 24, caso o agente desconheça esse fato, e seu erro esteja plenamente justificado pelas circunstâncias de fato, caracterizado estará o erro de tipo, com a consequente exclusão do dolo do agente. Como o referido delito não admite a modalidade culposa, sua conduta será considerada atípica, nos termos do art. 20, *caput*, do Código Penal.

De mais a mais, para além do elemento subjetivo especial do injusto previsto no art. 1º, §1º, a tipificação do delito também está condicionada ao especial fim de agir *de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração.* Cuida-se, portanto, de delito de intenção.

De se notar que a parte final do art. 24 faz referência apenas a "*crime*", expressão esta que não abrange *contravenções penais*. Logo, na eventualidade de o elemento subjetivo especial guardar relação com a finalidade de alterar local ou momento de *contravenção penal*, prejudicando sua apuração, não há falar no crime do art. 24, sob pena de evidente analogia *in malam partem*, restando, todavia, como verdadeiro soldado de reserva, o crime de fraude processual especial previsto no art. 23 da nova Lei de Abuso de Autoridade, além da pena correspondente à violência.

38.6. Consumação e tentativa.

O crime estará consumado quando a pessoa cujo óbito já tiver ocorrido for efetivamente admitida para tratamento em virtude do constrangimento perpetrado pelo agente.[182] Para fins de consumação do delito, não é necessário que o agente público efetivamente consiga alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração. Afinal, essa finalidade de prejudicar a persecução penal é apenas um elemento subjetivo especial do injusto, de cuja caracterização não depende a consumação do delito. No mais, por se tratar de crime plurissubsistente, é perfeitamente possível o *conatus*. É o que ocorre, por exemplo, se o agente público empregar violência contra o funcionário do hospital, mas não lograr êxito na admissão da pessoa cujo óbito já tivesse ocorrido.[183]

38.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 24 da Lei n. 13.869 pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime formal**; **b) delito de intenção**; **c) crime bipróprio:** o delito exige uma qualidade especial tanto do sujeito ativo – agente público –, como também do sujeito passivo – funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada; **d) crime de forma livre**: admite qualquer meio de execução mediante violência ou grave ameaça; **e) crime unissubjetivo**; **f) crime plurissubsistente**.

38.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 13 da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, *sem prejuízo da pena cominada à violência.*

> **Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:**
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

182. O raciocínio, nesse ponto, é bem semelhante àquele desenvolvido em relação ao crime do art. 13, para onde remetemos o leitor.

183. No sentido de que o crime se consuma com a admissão de pessoa em óbito em unidade hospitalar para tratamento: CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. Op. cit. p. 126. Em sentido diverso, Greco e Cunha (op. cit. p. 225) entendem que o crime estará consumado mesmo que o agente não consiga, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, que ocorra a admissão da pessoa cujo óbito já tivesse ocorrido.

39. OBTENÇÃO DE PROVA POR MEIO MANIFESTAMENTE ILÍCITO.

39.1. Direito intertemporal.

Trata-se, o art. 25 da Lei n. 13.869/19, de *novatio legis* incriminadora. Com efeito, sob a égide da revogada Lei n. 4.898/65, não havia nenhuma figura semelhante a esta. Sua aplicação ficará restrita, portanto, aos crimes cometidos após a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade, *in casu*, no dia 03 de janeiro de 2020.

39.2. Noções gerais acerca da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

O direito à prova, como todo e qualquer direito fundamental, não tem natureza absoluta. Está sujeito a limitações porque coexiste com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. Não por outro motivo, dispõe a Constituição Federal que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5º, LVI).

Mas por que se vedar a utilização da prova ilícita no processo? Aos olhos do leigo, soa desarrazoado permitir-se a absolvição de um culpado pelo fato de a prova contra ele produzida ter sido obtida por meios ilícitos. Para ele, *os fins justificam os meios*. Ora, não podemos perder de vista, jamais, que vivemos em um Estado Democrático de Direito, e que neste a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A *eficiência processual*, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do próprio sistema punitivo.

Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal.[184] Além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, a vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais. Cumpre, assim, eminente função pedagógica, ao mesmo tempo em que tutela direitos e garantias assegurados pela ordem jurídica.[185]

Nunca é demais lembrar as lições de Paulo de Sousa Mendes: "De resto, a proibição de utilização (=valoração) das provas proibidas afigura-se como a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de controle social. É como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: - não sucumbais ao canto da sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios! Por exemplo, se invadistes o domicílio do suspeito sem a devida autorização judicial e nesse local encontrares a arma do crime, então é como se tivésseis destruído essa prova material".[186]

Em conclusão, é de todo oportuno destacar que, com o advento da Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão" (CPP, art. 157, §5º). O objetivo do dispositivo é evitar que o juiz que tiver contato com a prova ilícita venha a julgar o caso, pois não teria isenção de ânimo suficiente para apreciar a demanda com a imparcialidade que dele se espera. É o que se denomina de **descontaminação do julgado**.

39.3. Bem jurídico tutelado.

Para além da Administração Pública, o crime do art. 25 também visa à proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão (liberdade individual, intimidade, vida privada, inviolabilidade domiciliar, etc.).

39.4. Sujeitos do crime.

Cuida-se de **crime próprio** quanto ao sujeito ativo, nos exatos termos do art. 2º da Lei n.

184. Nessa linha: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. Op. cit. p. 99.

185. Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 303.

186. MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 182-183. Na mesma linha, como já se pronunciou o Min. Celso de Mello (STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-018 17/05/2007), "a Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". A expressão *male captum, bene retentum* significa "mal colhida, mas bem conservada".

13.869/19. O sujeito passivo, por sua vez, é não apenas o Estado, mas também a pessoa física ou jurídica prejudicada pela prova ilícita produzida pelo agente público.

39.5. Tipo objetivo.

A conduta incriminada pelo *caput* do art. 25 é *proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito. Proceder* significa levar a efeito, fazer, executar, realizar, produzir, etc. Ou seja, no curso de um procedimento de investigação (v.g., inquérito policial, procedimento investigatório criminal, etc.)[187] ou de fiscalização (v.g., receita federal), penal ou extrapenal, já que a lei não faz qualquer ressalva nesse sentido, o agente público produz uma prova por meio manifestamente ilícito. Dentro desse conceito de **prova obtida por meio manifestamente ilícito** estão inseridas:

a) prova ilícita propriamente dita: a prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita. São várias as inviolabilidades previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), etc. Exemplificando, se determinado indivíduo for constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus-tratos, tem-se que a prova aí obtida será considerada ilícita, pois violado o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal. Com as modificações produzidas pela Lei nº 11.690/08, passou a constar do art. 157, *caput*, do CPP, de modo expresso, a vedação às provas ilícitas, tendo o legislador feito a opção por uma definição legal do tema: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, *assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*". Quando o art. 157, *caput*, do CPP, refere-se às *provas ilícitas*, dispõe que assim devem ser consideradas aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não distinguindo se a norma legal é material ou processual. Esse silêncio da lei quanto à natureza da norma legal que acarreta a ilicitude da prova tem provocado certa controvérsia doutrinária. De um lado, uma corrente doutrinária entende que, diante do silêncio da lei, e com base na nova redação conferida ao art. 157, *caput*, do CPP, será considerada ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais.[188] Qualquer violação ao devido processo legal, portanto, acarretará o reconhecimento da ilicitude da prova. Logo, se alguém é torturado e confessa o delito, ou se objetos são exibidos no plenário do júri sem a observância da regra do art. 479 do CPP, que impõe sua juntada aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, ter-se-á, em ambos os exemplos, provas ilícitas. Por sua vez, para outros doutrinadores (nossa posição), quando o art. 157, *caput*, do CPP, faz menção a normas legais, deve-se interpretar o dispositivo de maneira restritiva, referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico da teoria das nulidades;[189]

b) prova derivada da ilícita: são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. A título de exemplo, suponha-se que alguém tenha sido constrangido, mediante tortura, a confessar a prática de um crime de homicídio. Indubitavelmente, essa confissão deverá ser declarada ilícita. Dessa prova ilícita originária, por sua vez, pode resultar a obtenção de uma prova aparentemente lícita (v.g., localização e apreensão de um cadáver). Apesar da aparente licitude desta, não há como negar a existência de um nexo causal inequívoco entre a confissão mediante tortura e a localização do cadáver. Em outras palavras, não fosse a prova ilícita originária, jamais teria sido possível a prova que dela derivou. Nessa linha de pensamento, é possível concluir que a ilicitude da prova originária

187. Para Agi (op. cit. p. 75), "toda a produção de prova, seja em fase pré-processual, seja fase processual, é tutelada pelo dispositivo. Vale lembrar que a investigação não se limite ao inquérito policial ou à atuação prévia ao oferecimento da denúncia. Durante a instrução processual, a investigação prossegue, persistindo a inadmissibilidade de provas ilícitas e a criminalização de seu desrespeito".

188. Nessa linha: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal.* 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 391. É essa também a posição de Luiz Flávio Gomes (*Legislação criminal especial.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 414). Mesmo antes da reforma processual de 2008, o STF já tinha precedente nesse sentido: 2ª Turma, HC 82.788/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02/06/2006 p. 43.

189. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal.* Op. cit. p. 125.

transmite-se, por repercussão, a todos os dados probatórios que nela se apoiem, ou dela derivem, ou, finalmente, nela encontrem o seu fundamento causal.[190] Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690/08, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a constar expressamente do art. 157, § 1º, do CPP. Apesar de o art. 25, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade fazer referência apenas à prova ilícita, tal conceito também abrange a prova ilícita por derivação. Não se trata de analogia *in malam partem*. Isso porque o conceito de prova derivada da ilícita supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda, que, consequentemente, também pode ser rotulada como espécie de prova ilícita. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 16** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Ressalvadas situações excepcionais pacificadas, o uso da prova derivada da ilícita está abrangido pelo tipo penal incriminador do art. 25 da Lei de Abuso de Autoridade, devendo o agente ter conhecimento inequívoco da sua origem e do nexo de relação entre a prova ilícita e aquela dela derivada";[191]

c) prova ilícita e ilegítima: são aquelas que violam norma de direito material e processual simultaneamente.[192] É o que ocorre, por exemplo, com a realização de busca e apreensão por um delegado de polícia com violação de domicílio, sem mandado judicial e sem flagrante delito. Nesse caso, há violação de norma penal, pois a conduta é prevista como crime de abuso de autoridade, bem como de norma processual, que estabelece os requisitos para a realização da busca domiciliar (CPP, arts. 240 a 250, c/c art. 5º, XI). Nesse caso, por se tratar de prova em parte ilícita, restará caracterizado o crime do art. 25.

Nessas 3 (três) hipóteses acima enumeradas, o reconhecimento do crime demanda que esse meio de obtenção de prova seja *manifestamente* ilícito. Esse elemento normativo, cuja compreensão demanda juízo de valor do magistrado, demonstra que, havendo dúvidas acerca da ilicitude de determinado meio de obtenção de prova, ou mesmo se houver entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais diversos acerca da mesma matéria, não haverá crime. A ilicitude em questão há de ser manifesta, ou seja, indubitável.

Por outro lado, considerando-se que o art. 25, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade faz referência à obtenção de *prova por meio manifestamente ilícito*, não estão abrangidas por este conceito as seguintes espécies de provas:

1) Prova *ilícita pro reo:* quando a obtenção de uma prova ilícita em benefício da defesa é feita pelo próprio interessado, ou mesmo por um agente público que tenha conhecimento da situação da necessidade, o caso será de exclusão da ilicitude, haja vista a presença do estado de necessidade ou legítima defesa, a depender do caso concreto. Prova disso, aliás, é o art. 233, parágrafo único, do CPP, que conclui pela *licitude* da utilização da comunicação epistolar sem o consentimento do interlocutor, quando presente o interesse do destinatário.[193] É nesse sentido, aliás, o entendimento jurisprudencial: "(...) Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)".[194] Logo, não se trata de *prova ilícita*, afastando-se, assim, a tipificação do crime do art. 25 da Lei n. 13.869/19. Em reforço a esse entendimento, é interessante notar que o próprio parágrafo único do art. 25 da Lei n. 13.869/19 faz referência à utilização de prova *em desfavor do investigado ou fiscalizado*, de cuja interpretação *a contrario sensu* é possível concluir que a utilização de prova ilícita em benefício do indivíduo jamais terá o condão de tipificar a conduta delituosa em

190. Há diversos precedentes dos Tribunais Superiores adotando a teoria dos frutos da árvore envenenada: STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-018 17/05/2007; STF, 2ª Turma, HC 82.788/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02/06/06; STJ, 6ª Turma, HC 100.879, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 08/09/08; STF, 2ª Turma, HC 90.298/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/09/2009, DJe 195 15/10/2009.

191. No sentido de que o uso da prova derivada está abrangido pelo tipo penal do art. 25, desde que o agente tenha conhecimento da sua origem, não havendo, *in casu*, analogia *in malam partem*, mas sim legítima interpretação extensiva e teleológica: GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 232. E ainda: MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. Op. cit. p. 116.

192. Nesse contexto: FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*. 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010. p. 720

193. Referindo-se à teoria da exclusão da ilicitude, Paulo Rangel (*Direito processual penal*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 479) assevera que se a conduta do acusado é amparada pelo Direito, jamais poderia ser chamada de ilícita. Na dicção do autor, "o réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante".

194. STF, 1ª Turma, HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/06/1997, DJ 15/08/1997.

questão. Este raciocínio, porém, só é válido quando se tratar de prova ilícita *pro reo*, e não quando se tratar de prova ilícita *pro societate*. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo. Portanto, a gravidade da infração penal não justifica que princípio da proporcionalidade se sobreponha à vedação constitucional da admissão da prova ilícita. Admitir que o direito à prova prevaleça sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal;[195]

2) provas obtidas por meios ilegítimos: a prova será considerada ilegítima quando obtida mediante violação à norma de direito processual. A título de exemplo, suponha-se que, ao ouvir determinada testemunha, o magistrado se esqueça de compromissá-la. Assim o fazendo, incorreu em violação à regra do art. 203 do CPP, dispositivo este que obriga o juiz a compromissar a testemunha. Em outro exemplo, no curso de audiência una de instrução e julgamento, o magistrado pede à vítima que realize o reconhecimento do acusado. A vítima, então, olhando para trás, aponta o acusado como o suposto autor do delito, o que fica registrado na ata da audiência. Como se vê, tal reconhecimento foi feito ao arrepio do art. 226 do CPP, que traça o procedimento a ser observado na hipótese de reconhecimento de pessoas e coisas. Em ambas as situações, temos exemplos de provas obtidas por meios ilegítimos, porquanto colhidas com violação à regra de direito processual. Como exposto anteriormente, queremos crer que a prova obtida por meio manifestamente ilícito a que se refere o *caput* do art. 25 da Lei n. 13.869/19 será tão somente aquela produzida com violação às normas de direito material. Não se pode ampliar o preceito incriminador em questão para também abranger as provas obtidas por meios ilegítimos, sob pena de evidente analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade;[196]

3) Provas obtidas por meio de uma fonte independente: de acordo com a teoria ou exceção da fonte independente (CPP, art. 157, §1º), se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.[197] Se se trata de uma fonte independente, que não guarda qualquer nexo causal com a prova ilícita originária, é de rigor a conclusão de que não se trata de prova obtida por meio manifestamente ilícito, elementar indispensável para a tipificação do crime do art. 25, *caput*, da Lei n. 13.869/19;

4) Provas obtidas em virtude de uma descoberta inevitável: de acordo com a teoria da descoberta inevitável (ou exceção da fonte hipotética independente), caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida. A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível: é necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova. A despeito de o CPP não fazer menção explícita à referida teoria, parte da doutrina entende que seu conteúdo pode ser extraído do art. 157, §2º, do CPP ("§2º. Considera-se *fonte independente* aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, *seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*"). Parece ter havido uma confusão por parte do legislador ao se referir à *fonte independente*, pois o conceito aí inserido é o da *limitação da descoberta inevitável*. Com efeito, pela própria redação do dispositivo,

195. No sentido da inadmissibilidade da prova ilícita *pro societate:* STF, 1ª Turma, HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/12/2001 p. 26; STF, 1ª Turma, HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/12/2001 p. 26. E ainda: STF, Informativo nº 197, RE nº 251.445/GO, DJU 03/08/2000.

196. Na mesma linha: GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 228.

197. Os Tribunais Superiores têm diversos precedentes adotando a teoria da fonte independente. A propósito, confira-se: STF, 1ª Turma, HC 83.921/RJ, Rel. Min. Eros Grau, DJ 27/08/2004. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 018 – 17/05/2007. No mesmo sentido, porém sem se referir expressamente ao nome da teoria da fonte independente: STF, 2ª Turma, HC 75.497/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14/10/1997, DJ 09/05/2003; STF, 2ª Turma, RHC 88.371/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/11/2006, DJ 02/02/2007; STJ, 5ª Turma, HC 11.781/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/03/2000, DJ 17/04/2000 p. 73; STJ, 5ª Turma, HC 57.870/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12/09/2006, DJ 04/12/2006 p. 343; STJ, 5ª Turma, HC 43.234/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 03/11/2005, DJ 21/11/2005 p. 265; STJ, 6ª Turma, HC 40.637/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06/09/2005, DJ 26/09/2005 p. 466; STJ, 6ª Turma, HC 23.432/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 01/04/2003, DJ 28/04/2003 p. 266; STJ, 5ª Turma, REsp 347.270/BA, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 26/03/2002, DJ 29/04/2002 p. 283; STF, 2ª Turma, HC 116.931/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 03/03/2015, DJe 85 07/05/2015.

empregando o verbo no condicional, percebe-se que nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida a partir de uma fonte autônoma e regular de prova (teoria da fonte independente), bastando que houvesse uma mera possibilidade disso ("seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova"). Inequívoca, pois, a adoção da limitação da descoberta inevitável.[198] Admitida a constitucionalidade dessa limitação da descoberta inevitável, é de rigor a conclusão de que as provas assim obtidas não podem ser rotuladas como ilícitas, até mesmo porque, se assim o fosse, sequer poderiam ser admitidas no processo. Logo, se não prova ilícita, não há falar em tipificação do crime do art. 25, *caput*, da Lei n. 13.869/19;

5) Provas obtidas em virtude da limitação da mancha purgada: de acordo com a doutrina da mancha purgada (vícios sanados ou tinta diluída), não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se o nexo causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal. Nesse caso, apesar de já ter havido a contaminação de um determinado meio de prova em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento futuro expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada. Segundo parte da doutrina, tal teoria passou a constar do art. 157, § 1º, do CPP ("§1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras"). Apesar de não haver qualquer referência expressa à limitação da tinta diluída, ao se referir o dispositivo à ausência de nexo de causalidade entre a prova ilícita originária e prova subsequente, pode-se daí extrair a adoção da referida teoria. Isso porque, segundo a teoria em questão, o vício da ilicitude originária, quando atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes, da magnitude da ilegalidade funcional ou da colaboração voluntária de um dos envolvidos, faz desaparecer o nexo causal entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, não sendo viável falar-se em prova ilícita por derivação.[199] Referindo-se o crime do art. 25 à obtenção de prova *por meio manifestamente ilícito*, aí não se pode inserir eventual prova obtida por meio da teoria da mancha purgada. Isso porque, nesse caso, o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária, as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória, a menor relevância da ilegalidade ou a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal afastam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária, é dizer, não se trata de prova ilícita.

198. FEITOZA, Denílson. *Direito processual penal*. 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010. p. 700/701. Os Tribunais Superiores já têm diversos precedentes adotando a teoria da descoberta inevitável. A propósito, confira-se: STJ, 6ª Turma, HC 52.995/AL, Rel. Og Fernandes, j. 16/09/2010, DJe 04/10/2010. Referindo-se à adoção da teoria da descoberta inevitável pelo art. 157, § 2º, do CPP: STF, 2ª Turma, HC 91.867/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012, DJe 185 19/09/2012.

199. Segundo Andrey Borges de Mendonça, a adoção dessa teoria pelo legislador não restou clara, pois "há um certo nexo – embora distante – entre a prova colhida e a ilícita. Certamente o caso concreto e a jurisprudência poderão confrontar-se com situações em que o nexo seja tão distante entre a prova ilícita e a prova obtida que se poderia pensar em um afastamento (ao menos normativo) deste nexo. A depender do caso concreto, a teoria da contaminação expurgada poderia ser enquadrada na hipótese ampla do § 1º do art. 157". (*Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 177). Para DEZEM (op. cit. p. 137), "esta teoria foi positivada com a reforma processual, ao dispor-se, no parágrafo primeiro do art. 157 que é admissível a prova ilícita por derivação quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras". Adotando a teoria do nexo causal atenuado ou da mancha purgada: STJ, Corte Especial, APn 856/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/10/2017, DJe 06/02/2018.

39.6. Tipo subjetivo.

Consultar comentários aos §§1º e 2º do art. 1º da nova Lei de Abuso de Autoridade.

39.7. Consumação e tentativa.

Trata-se de crime material, cuja consumação está condicionada à obtenção da prova por meio manifestamente ilícito, pouco importando, para tanto, se a referida prova foi (ou não) introduzida no respectivo procedimento de investigação ou fiscalização. Por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se o *conatus*.

39.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 25, *caput*, da Lei n. 13.869/19 pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio**; b) **crime material**; c) **crime comissivo**, pelo menos em regra; d) **crime plurissubsistente**; e) **crime de dano**; f) **crime unissubjetivo**.

39.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual

também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

39.10. Figura equiparada.

De acordo com o art. 25, parágrafo único, da Lei n. 13.869, incorre na mesma pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa – quem faz uso de prova, *em desfavor do investigado ou fiscalizado*, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

A conduta do parágrafo único do art. 25 não se confunde com aquela prevista no *caput:* nesta, o agente público é o responsável pela produção da prova por meio manifestamente ilícito; naquela, o agente público, a despeito de não ter sido o responsável pela produção da prova por meio manifestamente ilícito, dela faz uso em desfavor do investigado, com *prévio* conhecimento de sua ilicitude. Este conhecimento deve ser anterior à utilização da prova ilícita; se posterior ou mesmo concomitante ao seu emprego, não há falar em crime.

A expressão *com prévio conhecimento de sua ilicitude* denota a necessidade de um juízo de certeza acerca da ilicitude da prova, afastando, pois, a possibilidade de responsabilização a título de dolo eventual.

39.11. Conflito aparente de normas.

Por força do princípio da especialidade, outros crimes que também versam sobre a produção de provas ilícitas devem prevalecer sobre o delito do art. 25 da Lei n. 13.869/19. É o que ocorre, ilustrativamente, com o delito do art. 10 da Lei n. 9.296/96 ("Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena – reclusão, de 2 a 4 anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no *caput* deste artigo com objetivo não autorizado em lei"), com a novel figura delituosa do art. 10-A, também da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: Pena – reclusão, de 2 a 4 anos, e multa. §1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores. §2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial") e com o ilícito previsto no art. 10 da Lei Complementar n. 105/01 ("Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis"), os quais, aliás, não contemplam qualquer elemento subjetivo especial do injusto, diferenciando-se, também neste ponto, dos crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 13.869/19.

Art. 26. (VETADO).

40. FLAGRANTE PREPARADO.

O Projeto de Lei que deu origem à nova Lei de Abuso de Autoridade tipificava a seguinte conduta: "Art. 26. Induzir ou instigar pessoa a praticar infração penal com o fim de capturá-la em flagrante delito, fora das hipóteses previstas em lei: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (anos) anos, e multa. § 1º Se a vítima é capturada em flagrante delito, a pena é de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2º Não configuram crime as situações de flagrante esperado, retardado, prorrogado ou diferido."

Ocorre que o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, com base nos seguintes argumentos: "A propositura legislativa gera insegurança jurídica por indeterminação do tipo penal, e por ofensa ao princípio da intervenção mínima, para o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, tendo em vista que a criminalização da conduta pode afetar negativamente a atividade investigativa, ante a potencial incerteza de caracterização da conduta prevista no art. 26, pois não raras são as vezes que a constatação da espécie de flagrante, dada a natureza e circunstâncias do ilícito praticado, só é possível quando da análise do caso propriamente dito, conforme se pode inferir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v.g. HC 105.929, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T. j. 24/05/2011)."

Como o veto em questão não foi rejeitado pelo Congresso Nacional na sessão conjunta realizada no dia 24 de setembro de 2019, é de se concluir que tal conduta não foi alçada à categoria de crime, pelo menos de maneira autônoma.

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

41. REQUISIÇÃO OU INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO SEM QUAISQUER INDÍCIOS.

41.1. Direito intertemporal.

Sob a égide da revogada Lei n. 4.898/65, não havia tipo penal semelhante ao do art. 27 da nova Lei de Abuso de Autoridade. Genericamente, o art. 4º, alínea "h", da legislação pretérita rotulava como abuso de autoridade apenas "o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal". Portanto, o ideal é concluir que estamos diante de verdadeira espécie de *novatio legis* incriminadora, com aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869, o que, *in casu*, teria ocorrido no dia 3 de janeiro de 2020.

41.2. Noções gerais acerca do princípio da obrigatoriedade.

Por força do princípio da obrigatoriedade, que também se estende à fase investigatória,[200] caso uma autoridade policial (ou administrativa) tome conhecimento de um ilícito de ação penal pública incondicionada a partir de suas atividades rotineiras (v.g., notícia veiculada na imprensa,[201] registro de ocorrência, etc.), deve instaurar o respectivo procedimento investigatório de ofício, ou seja, independentemente da provocação de qualquer pessoa, como prevê, aliás, o inciso I do art. 5º do CPP.

Tendo em vista que a simples deflagração de uma investigação já é capaz de atingir o chamado *status dignitatis* do imputado – sobretudo nos dias de hoje, em que a mídia noticia a instauração de um inquérito policial como sinônimo de verdadeira condenação transitada em julgado –, não se pode admitir a instauração de procedimentos investigatórios manifestamente levianos, temerários, desprovidos de um lastro mínimo de indícios da prática de crime, ilícito funcional ou de infração administrativa. É dizer, se ninguém pode ser submetido indevidamente ao constrangimento ilegal decorrente de um processo criminal leviano e temerário (*strepitus judicii*), tampouco pode ser desarrazoadamente objeto de investigação indevida (*strepitus investigationem*). Com efeito, vedadas que são as denominadas *fishing expeditions*,[202] não se pode admitir a deflagração de um procedimento investigatório sem um mínimo de indícios acerca da materialidade e/ou autoria de um ilícito.

É exatamente dentro desse cenário que a nova Lei de Abuso de Autoridade passa a criminalizar a conduta de *requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.*

41.3. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se não apenas a dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, mas também a honra e a imagem da pessoa que teve contra si instaurado um procedimento investigatório de infração penal ou administrativa à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.

41.4. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime do art. 27 é qualquer agente público que tenha atribuição ou competência para requisitar a instauração ou para instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa.

200. Ferrajoli define tal postulado como "a obrigação dos órgãos da acusação pública de promover o juízo para toda *notitia criminis* que vier a seu conhecimento – ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade". (*Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 457).

201. Admitindo a deflagração de investigação criminal com base em matéria jornalística: STJ, 6ª Turma, RHC 98.056/CE, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 04/06/2019, DJe 21/06/2019.

202. Na dicção de Philipe Benoni Melo e Silva (*Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação*. http://jota.info/artigos/fishing-expedition-21012017), "trata-se a *fishing expedition* de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que 'lança' suas redes com a esperança de 'pescar' qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional".

Especificamente quanto à requisição de instauração de inquérito policial, o dispositivo tem como foco precípuo o Promotor de Justiça e o Juiz. Isso porque o Código de Processo Penal (art. 5º, II, primeira parte) dispõe que o inquérito policial pode ser iniciado mediante *requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público.* Especificamente quanto à requisição do juiz, grande parte da doutrina entende que esse dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal. Em um sistema acusatório, onde há nítida separação das funções de acusar, defender e julgar (CF, art. 129, I), não se pode permitir que o juiz requisite a instauração de inquérito policial, sob pena de evidente prejuízo a sua imparcialidade. Portanto, deparando-se com informações acerca da prática de ilícito penal, deve o magistrado encaminhá-las ao órgão do Ministério Público, nos exatos termos do art. 40 do CPP. Essa controvérsia, todavia, não tem qualquer relevância para fins de tipificação do crime do art. 27, visto que não consta do referido tipo penal qualquer ressalva nesse sentido. É dizer, se a instauração de um inquérito policial for objeto de requisição pela autoridade judiciária à falta de qualquer indício da prática de crime, presente, ademais, o especial fim de agir do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19, restará caracterizado o crime do art. 27.

Poder-se-ia questionar a constitucionalidade do art. 27 da nova Lei de Abuso de Autoridade sob o argumento de que a nova figura delituosa estaria criando indevida restrição ao poder de requisição do Ministério Público previsto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, segundo o qual são funções institucionais do Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, *indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.* Com a devida vênia, se a própria Constituição Federal prevê que esse poder de requisição deve ser exercido com a *indicação dos fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais*, dúvida não há no sentido de que tal poder não pode ser exercido de maneira abusiva, a exemplo do que ocorre quando o órgão ministerial requisita a deflagração de um inquérito policial para apurar condutas atípicas, prescritas, ou quando não há nenhum indício, mínimo que seja, indicando a verossimilhança da suspeita da prática de crime a demandar, portanto, o aprofundamento das investigações.

O sujeito passivo mediato (ou indireto) é o Estado, e o imediato (ou direto) é a pessoa, física ou jurídica, prejudicada pela investigação abusiva contra si instaurada.

41.5. Tipo objetivo.

São dois os verbos núcleos utilizados no art. 27 da Lei n. 13.869/19: a) **requisitar**: tem o significado de exigir certa providência em razão da autoridade que alguém se encontra investido; **b) instaurar:** consiste em dar início a algo que não existia, promover a instauração de alguma coisa, seguindo os trâmites legais. Nesse caso, é a própria autoridade policial (ou administrativa) que determina a deflagração do procedimento investigatório, a exemplo do que ocorre quando o Delegado lavra uma portaria inaugural de um inquérito policial, ou quando o Promotor de Justiça instaura um procedimento investigatório criminal para apurar determinado delito.

O objeto material de ambas as condutas é o *procedimento investigatório de infração penal ou administrativa.* A expressão abrange, a nosso juízo, qualquer espécie de procedimento investigatório de ilícito penal, funcional ou administrativo, como, por exemplo, inquéritos policiais, termos circunstanciados de ocorrência, procedimentos investigatórios criminais, investigação por Comissão Parlamentar de Inquérito, inquérito administrativo, procedimento administrativo disciplinar, etc. Por outro lado, por não funcionar como espécie de procedimento investigatório, mas sim de processo judicial, o *processo criminal (ou extrapenal),* isoladamente considerado, não está abrangido pela referida expressão.

A redação do art. 27 deixa entrever que os procedimentos investigatórios em questão devem ser instaurados *em desfavor de alguém.* Ou seja, se forem instaurados não em face de uma pessoa certa e determinada, mas sim para a averiguação de um fato, ainda que manifestamente inexistente, sem qualquer indicação acerca de seu suposto autor e/ou partícipe, a conduta será atípica.

Para fins de caracterização do crime em análise, esse procedimento investigatório deve ter sido instaurado *à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.* Mas o que é *indício*? A palavra *indício* é usada no Código de Processo Penal com dois significados completamente diversos:

a) como sinônimo de prova indireta: o indício deve ser compreendido como uma das espécies do gênero prova, ao lado da prova direta, funcionando como um dado objetivo que serve para confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão judicial. É exatamente nesse sentido que a palavra indício é utilizada no art. 239 do CPP. Partindo-se de um fato base comprovado,

chega-se, por meio de um raciocínio dedutivo, a um fato consequência que se quer provar. Na dicção de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, "indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo";[203]

b) como sinônimo de prova semiplena: apesar de grande parte da doutrina referir-se aos indícios apenas com o significado de prova indireta, nos termos do art. 239 do CPP, a palavra indício também é usada no ordenamento processual penal pátrio com o significado de uma prova semiplena, ou seja, no sentido de um elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo. É com esse significado que a palavra *indício* é utilizada não apenas no art. 27 da Lei n. 13.869/19, mas também nos arts. 126, 312 e 413, *caput*, todos do CPP. Nesta acepção, a expressão "indício" refere-se a uma cognição vertical (quanto à profundidade) não exauriente, ou seja, uma cognição sumária, não profunda, em sentido oposto à necessária completude da cognição, no plano vertical, para a prolação de uma sentença condenatória.[204]

De se concluir, portanto, que o crime de abuso de autoridade restará caracterizado tão somente quando as condutas nucleares forem praticadas num ambiente de absoluta falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa. Logo, havendo uma fundada suspeita baseada em dados objetivos, e não em parâmetros unicamente subjetivos, que possam ampará-la, seja no tocante à autoria, seja no tocante à materialidade, e ainda que veiculada pela imprensa,[205] não há falar em crime, pois o princípio da obrigatoriedade impõe ao agente público o dever de agir. Não há necessidade, portanto, de que tais indícios, capazes de justificar a instauração de uma investigação criminal (ou administrativa), sejam veementes, contundentes e categóricos, *traduzindo um juízo de certeza além de qualquer dúvida razoável*, sob pena de se admitir que o legislador teria indevidamente coarctado o dever de investigação imposto às autoridades policiais (e ministeriais). Enfim, há de se compreender que o *standard probatório* neste momento preambular é completamente diverso daquele necessário para a condenação de alguém ao final do devido processo legal. De mais a mais, fossem necessários elementos robustos e veementes de que um crime teria sido praticado, sequer haveria necessidade de instauração do respectivo procedimento investigatório, porquanto a justa causa necessária para a deflagração de um processo penal (CPP, art. 395, III) já teria sido produzida, esvaziando-se, assim, a própria finalidade de uma investigação prévia.

41.5.1. Causas excludentes da ilicitude.

Consoante disposto no art. 27, parágrafo único, da Lei n. 13.869/19, não haverá crime quando se tratar de *sindicância ou investigação preliminar sumária*, devidamente justificada. Estamos diante de causas especiais de exclusão da ilicitude, vez que a lei usa a expressão "não haverá crime". O teor da regra encontra-se abrangido pelo art. 23, III, 1ª parte, do CP (estrito cumprimento do dever legal). Vejamos os dois conceitos, separadamente:

a) sindicância (âmbito administrativo): de acordo com o art. 4º, inciso II, da Portaria CGU n. 335/2006, que regulamenta o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, a sindicância investigativa ou preparatória, e não aquela de natureza acusatória ou punitiva,[206] funciona como um procedimento preliminar sumário, instaurado com o fim de investigação de irregularidades funcionais, que precede ao processo administrativo disciplinar, sendo prescindível de observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A sindicância, portanto, não se presta para a aplicação de penalidades, funcionando, grosso modo, como um procedimento simples e célere de investigação de infrações administrativas, não se sujeitando, portanto, ao rigor procedimental a que se submete o processo administrativo disciplinar;

b) investigação preliminar sumária (âmbito criminal): como o próprio nome sugere, cuida-se de investigação preliminar e simples, verdadeiro

203. *A prova por indícios no processo penal*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

204. Referindo-se à pronúncia (CPP, art. 413), o próprio Supremo já teve a oportunidade de asseverar que a expressão "indícios de autoria" não têm o sentido de prova indiciária – que pode bastar à condenação – mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado: STF, 1ª Turma, HC 83.542/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 09/03/2004, DJ 26/03/2004.

205. No sentido de que uma investigação criminal sobre crime de ação penal pública incondicionada pode ser deflagrada com base em notícia veiculada pela imprensa: STJ, 6ª Turma, RHC 98.056/CE, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 04/06/2019, DJe 21/06/2019. Logo, desde que a matéria jornalística ministre indícios mínimos acerca da prática delituosa que deu ensejo à instauração do procedimento investigatório, não há falar em configuração do crime de abuso de autoridade do art. 27. A propósito, eis o teor do **enunciado n. 17** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "A configuração do abuso de autoridade pela deflagração de investigação criminal com base em matéria jornalística, necessariamente, há de ser avaliada a partir dos critérios interpretativos trazidos pela Lei (art. 1º, §1º) e da flagrante ausência de *standard probatório* mínimo que a justifique".

206. Esta é instaurada com o fim de apurar irregularidades de menor gravidade no serviço público, porém com caráter eminentemente punitivo, daí por que é de rigor a observância do contraditório e da ampla defesa.

filtro contra inquéritos policiais temerários, que possibilita a colheita de indícios mínimos capazes de justificar a instauração de um inquérito policial. As diligências levadas a efeito nesses procedimentos – comumente chamados de verificação de procedência de informações ("VPI")[207] – são relativamente simples e devem ser documentadas em relatórios, não se admitindo medidas invasivas como busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica, quebra do sigilo de dados, apreensão de bens, etc. Seu fundamento normativo é extraído do art. 5º, §3º, do CPP, *in fine*, que dispõe que "qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunica-la à autoridade policial, e esta, *verificando a procedência das informações*, mandará instaurar inquérito".

Em ambas as hipóteses – sindicância ou investigação preliminar sumária –, sua instauração deve ser devidamente fundamentada. Atento ao princípio da publicidade e da transparência, o ideal é concluir que essa fundamentação, que necessariamente deve anteceder a instauração de sindicância ou investigação preliminar sumária, deve ser feita por escrito.

Firmada a premissa de que a instauração fundamentada de investigações preliminares sumárias não tipifica o delito do art. 27 da Lei n. 13.869/19, o ideal é concluir que não haverá crime nas hipóteses em que o recebimento de uma denúncia anônima (*notitia criminis* inqualificada) der ensejo à instauração de uma verificação de procedência das informações.

É fato que os chamados "disque-denúncia" exercem, atualmente, papel fundamental no combate à criminalidade. No entanto, por mais que os cidadãos de bem estejam dispostos a colaborar com a elucidação de um crime, é natural que não tenham interesse na divulgação da sua identidade, haja vista o temor de sofrer algum tipo de represália. Por outro lado, não se pode olvidar que a própria Constituição Federal estabelece que é vedado o anonimato (CF, art. 5º, IV). Como, então, conciliar-se a denúncia anônima com a vedação do anonimato? Nesses casos, o ideal é que a autoridade policial, antes de instaurar o inquérito policial, verifique a procedência e veracidade das informações veiculadas pela denúncia anônima, geralmente por meio desse procedimento preliminar de apuração,[208] hipótese em que não haverá qualquer constrangimento ilegal.[209] Por se tratar de investigação preliminar sumária, a deflagração desse VPI diante de uma denúncia anônima não terá o condão de tipificar o delito do art. 27. O mesmo raciocínio é válido quando se tratar de denúncia anônima atinente a ilícitos funcionais, hipótese em que a autoridade hierárquica deverá proceder à instauração de sindicância como instrumento preparatório de eventual processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, aliás, eis o teor da **súmula n. 611 do STJ**: "Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposto à Administração".

41.6. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual). Demanda, ademais, a presença do especial fim de agir previsto no art. 1º, §1º, cuja ausência acarreta a atipicidade da conduta. Para além disso, eventual divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas – crime de hermenêutica, objeto de análise nos comentários ao §2º do art. 1º – também afasta a tipificação do crime do art. 27.

41.7. Consumação e tentativa.

No tocante à primeira conduta, o crime estará consumado quando o agente público (v.g., Promotor de Justiça, autoridade judiciária) requisitar a instauração do procedimento investigatório, subscrevendo, por exemplo, um ofício

207. A propósito, eis o teor da Instrução Normativa n. 108 do Diretor-Geral da Polícia Federal: "Art. 18. Quando a notícia-crime for anônima ou não possibilitar a imediata instauração de inquérito policial, a Corregedoria-Geral, a Corregedoria Regional, ou Chefe de Delegacia descentralizada determinará a verificação de procedência de informações, nos termos da lei, após registro em sistema oficial de polícia judiciária na forma de notícia crime em verificação, e distribuirá o expediente a Delegado de Polícia Federal, para instrução. §1º A verificação de procedência de informações poderá ser atribuída pelo Delegado de Polícia Federal competente a servidor policial e será concluída no prazo de até noventa dias, findo o qual será restituída à autoridade determinante, com informação do que foi apurado. §2º Na verificação de procedência de informações são vedadas intimações, representações por medidas cautelares e apreensões, salvo de coisas encaminhadas com a notícia crime. §3º As entrevistas e diligências realizadas constarão de informação policial, de forma circunstanciada.

208. No sentido de que a denúncia anônima, por si só, não serve para fundamentar a instauração de inquérito policial, mas, a partir dela, pode a polícia realizar diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito: STF, 1ª Turma, HC 95.244/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/03/2010, DJe 76 29/04/2010. E ainda: STF, 2ª Turma, HC 99.490/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 23.11.2010; STF, 2ª Turma, HC 99.490/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/11/2010.

209. No sentido de que a instauração de VPI (Verificação de Procedência das Informações) não constitui constrangimento ilegal, eis que tem por escopo investigar a origem de *delatio criminis* anônima, antes de dar causa à abertura de inquérito policial: STJ, 6ª Turma, HC 103.566/RJ, Rel. Min. Jane Silva, j. 11/11/2008, DJe 01/12/2008.

à autoridade de polícia judiciária. Nesse caso, o crime estará consumado independentemente da instauração do inquérito policial pelo Delegado de Polícia. Conquanto haja certa controvérsia acerca da matéria, a autoridade policial está obrigada a instaurar o inquérito policial não pelo fato de haver hierarquia entre promotores e delegados, ou entre juízes e Delegados, mas sim por força do princípio da obrigatoriedade, que impõe às autoridades o dever de agir diante da notícia da prática de infração penal. De mais a mais, o art. 129, VIII, da Constituição Federal, determina que são funções institucionais do Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, *indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais*. Assim, em se tratando de requisição ministerial manifestamente ilegal (v.g., à falta de qualquer indício da prática de crime), deve a autoridade policial abster-se de instaurar o inquérito policial, comunicando sua decisão, justificadamente, ao órgão do Ministério Público responsável pela requisição, assim como às autoridades correcionais, inclusive para verificar a prática do crime do art. 27 da Lei n. 13.869/19. Em relação à segunda conduta, a consumação do delito estará condicionada à efetiva instauração do procedimento investigatório. Em ambas as hipóteses, pouco importa, para fins de consumação do delito, o ulterior arquivamento dos respectivos autos em virtude da ausência de justa causa (CPP, art. 395, III).

Conquanto sejam de difícil configuração na prática, não se pode descartar a possibilidade de tentativa, já que ambas as condutas permitem o fracionamento do *iter criminis* (crime plurissubsistente).

41.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 27 pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime material; c) crime comissivo; d) crime unissubjetivo; e) crime plurissubsistente.**

41.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal e suspensão condicional do processo.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 12 da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

42. DIVULGAÇÃO DE GRAVAÇÃO SEM RELAÇÃO COM A PROVA QUE SE PRETENDA PRODUZIR, EXPONDO A INTIMIDADE OU A VIDA PRIVADA DO INVESTIGADO OU ACUSADO.

42.1. Direito intertemporal.

À época da vigência da revogada Lei 4.898/65, não havia tipo penal idêntico ao do art. 28. Talvez a figura delituosa que mais se aproximasse, ainda que remotamente, seria o art. 4º, alínea "h", que criminalizava o *ato lesivo da honra* ou do patrimônio *de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio*. Cuida-se, pois, de verdadeira *novatio legis* incriminadora, com aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869/19, *in casu*, a partir do dia 3 de janeiro de 2020.

42.2. Noções gerais acerca do segredo de justiça em torno de interceptações telefônicas (ou ambientais) e da necessidade de inutilização da gravação que não interessar ao processo.

Consoante disposto no art. 1º da Lei nº 9.296/96, a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, *sob segredo de justiça*. Isso significa dizer que a pessoa investigada não pode ter conhecimento da realização das diligências, pois, do contrário, seria totalmente frustrada a possível eficácia desse meio de investigação. Não importa se a medida cautelar venha a ser autorizada durante as investigações ou durante a instrução processual penal: a diligência deve ser levada a efeito sob segredo de justiça, única forma de se garantir sua utilidade.

Finda a medida, abre-se lugar ao contraditório e à ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes (impugnações e direito à prova, v.g., perícias fonéticas, etc.). Em outras palavras, o contraditório será exercido posteriormente (contraditório diferido), ou seja, quando concluídas as

diligências pertinentes à interceptação telefônica, ao investigado e a seu defensor deve ser franqueado o acesso ao conteúdo integral das gravações, a fim de que possam impugnar a prova produzida, exercendo o direito à ampla defesa.

Mesmo após ser levantado o segredo de justiça para o investigado e seu defensor, todavia, não é qualquer pessoa que poderá ter acesso ao conteúdo das diligências, gravações e transcrições. Valores constitucionais como um processo justo, o direito à intimidade e à vida privada do acusado e das pessoas que com ele se comunicaram devem preponderar sobre o direito de que a todos seja assegurada a possibilidade de ter acesso ao teor das gravações telefônicas. Não há falar, portanto, em publicidade externa em relação aos elementos obtidos com a interceptação telefônica. Não por outro motivo, o art. 8º da Lei n. 9.296/96 determina que a interceptação de comunicação telefônica deverá ocorrer em autos apartados, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.[210] De modo a resguardar esse segredo de justiça, a própria lei tipifica, em seu art. 10, a conduta de realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (art. 10). Tipifica, ademais, em seu art. 10-A, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Projeto Anticrime), a realização de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida.

Na mesma linha, consoante disposto no art. 9º da Lei n. 9.296/96, a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada. O incidente em questão será assistido pelo *Parquet*, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal. Como se sabe, ao longo da execução das diligências relativas à interceptação telefônica, uma infinidade de comunicações que não guarda qualquer pertinência com a prova almejada será objeto de gravações. Verificada, assim, a imprestabilidade desses áudios (ou vídeos), deve a autoridade judiciária determinar sua inutilização, preservando-se o direito à intimidade e à vida privada das pessoas cujas conversas foram gravadas, mas cujo conteúdo não interessa à situação objeto de investigação.

É exatamente dentro desse cenário que deve ser compreendida a nova figura do art. 28 da Lei n. 13.869/19. Considerando-se o constante vazamento de gravações telefônicas (ou ambientais) para terceiros, principalmente para a mídia, inclusive de trechos que não guardam qualquer pertinência com a prova desejada pelos órgãos persecutórios, violando-se, assim, os mandamentos do art. 9º da Lei n. 9.296/96, a nova Lei de Abuso de Autoridade passa a tipificar a conduta do agente público que divulgar o conteúdo dessas mídias, desde que o faça, obviamente, com o elemento subjetivo especial do injusto do art. 1º, §1º da Lei n. 13.869/19.

42.3. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se não apenas a dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, mas também a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do investigado (ou acusado) e, a depender do caso concreto, até mesmo de pessoas que com eles se comunicaram.

42.4. Sujeitos do crime.

Cuida-se de **crime próprio**, nos exatos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Logicamente, para figurar na condição de sujeito ativo do crime do art. 28, este agente público deve ter atribuição ou competência para proceder à interceptação telefônica (ou ambiental), tendo acesso, assim, às gravações sem relação com a prova que se pretenda produzir. Enfim, o sujeito ativo do delito só poderá ser aquele agente público que, legitimamente, tomou conhecimento de uma interceptação telefônica (ou ambiental), ou de seu resultado, em virtude do exercício de cargo, emprego ou função (v.g., Promotor de Justiça, Magistrado, Defensor Público, Delegado de Polícia, Perito, membro de Comissão Parlamentar de Inquérito, etc.).

O sujeito passivo é não apenas o Estado, mas também a pessoa física ou jurídica cuja intimidade, vida privada, honra ou imagem, foi atingida pela ação delituosa. A despeito de o tipo penal fazer referência à pessoa do investigado ou acusado, é possível, como exposto anteriormente, que terceiros que não estavam sendo investigados venham a sofrer algum tipo de exposição de sua intimidade ou vida privada.

210. No mesmo contexto, consoante disposto no art. 17 da Resolução n. 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas, "não será permitido ao magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, ou que tramite em segredo de Justiça, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente".

42.5. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo é **divulgar**, que consiste em alastrar, disseminar, difundir, espalhar, propagar, publicar, enfim, tornar pública alguma coisa, que até então era desconhecida por outrem. O tipo busca coibir a prática tão comum de "vazamento" de gravações ou trechos de gravações extraídas de investigações ou de processos judiciais.

O objeto material da conduta é a **gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir**. Se a interceptação é um meio de obtenção de prova, consubstanciado em uma apreensão imprópria, no sentido de por ela se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversação de duas ou mais pessoas, a **gravação** nada mais do que é o resultado da operação técnica e, portanto, a materialização da fonte de prova. Enfim, é a mídia que registra todo o resultado de anterior interceptação.

Interessante notar que o art. 28 faz referência à *"gravação"* de maneira absolutamente genérica, sem especificar se esta seria o resultado de anterior interceptação telefônica ou ambiental, do que se conclui que ambas as espécies de comunicação estão abrangidas pela nova figura delituosa. Ora, onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo. De mais a mais, quando a nova Lei de Abuso de Autoridade quis diferenciar a espécie de comunicação, o fez de maneira expressa. A propósito, basta conferir a nova redação dada ao art. 10 da Lei n. 9.296/96 pelo art. 41 da Lei n. 13.869, que passou a fazer referência expressa à interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática e à promoção de escuta ambiental.

Portanto, para fins de tipificação do delito do art. 28 da nova Lei de Abuso de Autoridade, a gravação em questão, necessariamente legal (legítima e lícita),[211] pode ser: **a) de comunicação telefônica**: abrange a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia, estática, ou móvel (v.g, celular), conjugada ou não com a informática, o que compreende aquelas realizadas direta (v.g., fax, modens) e indiretamente (v.g., internet, e-mail, correios eletrônicos, etc.); **b) de comunicação ambiental**: refere-se às comunicações realizadas diretamente no meio ambiente, sem transmissão e recepção por meios físicos, artificiais, como fios elétricos, cabos óticos etc.. Enfim, trata-se de conversa mantida entre duas ou mais pessoas sem a utilização do telefone, em qualquer recinto, privado ou público.[212]

Esta gravação divulgada pelo agente público não poderá guardar **relação com a prova que se pretenda produzir**. É o que ocorre, por exemplo, com a divulgação de uma relação extraconjugal descoberta no curso de uma interceptação telefônica para apurar a prática de crimes de corrupção passiva e peculato. Em uma hipótese como esta, é de todo evidente que tal informação não guarda qualquer pertinência com a prova almejada pelos órgãos persecutórios, daí por que esta parte da gravação deveria ser inutilizada, nos exatos termos do art. 9º da Lei n. 9.296/96. Se, todavia, e a despeito da imprestabilidade desse áudio, o agente proceder a sua divulgação, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado, caracterizado estará o crime do art. 28. Na eventualidade de a gravação (ou trecho de gravação) guardar relação com a prova que se pretendia produzir naquela interceptação telefônica (ou ambiental), não haverá o juízo de tipicidade, pelo menos à luz do art. 28 da Lei n. 13.869/19. Subsistirá, porém, em se tratando de comunicação telefônica, a figura delituosa do art. 10, *caput, in fine*, da Lei n. 9.296/96, com redação dada pela Lei n. 13.869/19 (art. 41), porquanto teria havido a quebra do segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, ou, em se tratando de comunicação ambiental, o novel crime do art. 10-A, também da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime).

Por fim, a divulgação em questão deverá ter o condão de expor a **intimidade ou a vida privada**, ou de ferir a **honra ou a imagem do investigado ou acusado**. Caso não tenha essa potencialidade, a conduta será atípica, sem prejuízo, logicamente, da responsabilização do agente no âmbito administrativo. No mais, referindo-se a parte final do tipo penal do art. 28 ao *"investigado ou acusado"*, denota-se que, na eventualidade de a gravação divulgada guardar relação com a intimidade, vida privada, honra ou imagem exclusivamente de outras pessoas (v.g., familiares, amigos, ou conhecidos) que

211. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 18** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "O crime do art. 28 da Lei de Abuso de Autoridade (Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a hora ou a imagem do investigado ou acusado) pressupõe interceptação legal (legítima e lícita), ocorrendo abuso no manuseio do conteúdo obtido com a medida".

212. No sentido de que as gravações a que se refere o art. 28 abrange as gravações ambientais e as interceptações telefônicas e telemáticas: CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Nova Lei do abuso de autoridade comentada artigo por artigo*. Corrdenação de Guaracy Moreira Júnior. São Paulo: Rideel, 2019. p. 90.

não aqueles, a conduta também será formalmente atípica, sem prejuízo, mais uma vez, de apuração de eventual falta residual na seara administrativa.

42.6. Tipo subjetivo.

Consultar comentários aos §§1º e 2º do art. 1º.

42.7. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito do art. 28 da nova Lei de Abuso de Autoridade no exato momento em que o agente público revelar a terceiros a existência de uma gravação sem relação com a prova que se pretendia produzir por meio de interceptação telefônica (ou ambiental), violando o segredo externo e a publicidade restrita a que se refere o art. 8º da Lei n. 9.296/96, bem como o dever de inutilização das gravações que não interessarem à prova (Lei n. 9.296/96, art. 9º), expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado. Por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se o *conatus*.

42.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 28 da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime material; c) crime plurissubsistente; d) crime unissubjetivo; e) crime de médio potencial ofensivo; f) crime comissivo:** pelo menos em regra, o que não impede que o fato seja praticado por meio de **omissão imprópria**, nas hipóteses em que o agente ostente a condição de garantidor (CP, art. 13, §2º) e, dolosamente, com o especial fim de agir do art. 1º, §1º, nada faça para impedir a superveniência do resultado.

42.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 29. Prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. (VETADO).

43. FALSA INFORMAÇÃO SOBRE PROCEDIMENTO JUDICIAL, POLICIAL, FISCAL OU ADMINISTRATIVO.

43.1. Direito intertemporal.

Na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, não havia figura delituosa semelhante à do art. 29. Cuida-se, portanto, de *novatio legis in pejus*, de aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869/19, que, *in casu*, teria ocorrido no dia 3 de janeiro de 2020.

43.2. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se não apenas a Administração Pública, mas também a própria fé pública, mais precisamente a veracidade e credibilidade de informações prestadas por agentes públicos em procedimentos judiciais, policiais, fiscais ou administrativos.

43.3. Sujeitos do crime.

Pelo menos em tese, o sujeito ativo do crime do art. 29 pode ser qualquer agente público, nos termos do art. 2º da nova Lei de Abuso de Autoridade. Todavia, referindo-se o tipo penal à prestação de informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo, denota-se que o legislador mirou exatamente aqueles agentes públicos cujo exercício funcional lhes permita ter algum tipo de acesso a tais informações. O sujeito passivo direto (ou imediato) é o investigado, ao passo que o indireto (ou mediato) é o Estado.

43.4. Tipo objetivo.

Prestar informação falsa consiste em mentir, narrando à autoridade a ocorrência de fato inverídico.[213] A falsidade em questão somente se verifica quando a manifestação do agente público não coincide com o fato que é do seu conhecimento. É dizer, não basta a falsidade de um determinado acontecimento. Exige-se a ciência do agente público relativamente a esta circunstância. De se notar, portanto, que estamos diante de verdadeira modalidade especial de falsidade ideológica (CP, art. 299), na qual o agente público, ao prestar informação sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo, insere ou faz inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita. É o que ocorre, por exemplo, com o Delegado de Polícia

213. Quanto ao crime de falsa informação na modalidade de *calar a verdade*, consultar mais adiante comentários acerca do parágrafo único do art. 29, vetado pelo Presidente da República.

que determina a instauração de um inquérito policial contra alguém, mas, ao ser notificado para prestar informações na condição de autoridade coatora em virtude da impetração de um *habeas corpus* pelo investigado, afirma que não haveria nenhuma investigação em andamento.

As informações falsas prestadas pelo agente público necessariamente devem versar sobre: **a) Procedimento judicial:** leia-se, processo judicial, podendo ser de qualquer natureza, penal ou extrapenal, já que o legislador não fez qualquer restrição nesse sentido; **b) Procedimento policial:** é qualquer procedimento de natureza investigatória de atribuição da Polícia Judiciária, a exemplo de inquéritos policiais, termos circunstanciados de ocorrência, verificações da procedência de informações (VPI's), etc;[214] **c) Procedimento fiscal:** é aquele instaurado pela autoridade fazendária com o objetivo de verificar o cumprimento de obrigações tributárias. De acordo com o art. 7º do Decreto n. 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, este procedimento tem início com: I – o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II – a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III – o começo do despacho aduaneiro de mercadoria importada; **d) Procedimento Administrativo:** é aquele destinado a apurar ilícito administrativo ou disciplinar para posterior julgamento no âmbito da instância administrativa.

43.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual). O dolo consiste na intenção de deturpar a realidade de alguma informação, transmitindo-a a alguém de forma diversa daquela pela qual realmente ocorreu. Em outras palavras, exige-se a ciência, por parte do sujeito ativo, acerca do seu comportamento de faltar com a verdade. Por isso, exclui-se o dolo quando o agente público é acometido por erro indesejado quanto à falsidade das informações por ele prestadas, seja pelo esquecimento dos fatos, seja pela deformação inconsciente da lembrança em razão do tempo decorrido. Não se admite a modalidade culposa.

214. Para Carneiro (op. cit. p. 93), "embora a lei refira expressamente a procedimento policial, é certo que as investigações produzidas pelo Ministério Público possuem caráter administrativo e se equiparam ao inquérito, no qual buscaram inspiração para a disciplina que lhe é característica (Resolução n. 181 do CNMP). Assim, o Promotor e o Procurador podem ser responsabilizados pelo tipo em questão se prestarem informações falsas, em interpretação analógica compatível com o direito material".

Interessante perceber que o legislador, na redação do tipo penal do art. 29, optou por restringir o elemento subjetivo especial do injusto constante do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19. De fato, enquanto este, de aplicação genérica a todos os crimes de abuso de autoridade, faz referência à "finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal", o art. 29, em sua parte final, menciona apenas o "fim de prejudicar interesse do investigado". Destarte, atento ao princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*), o ideal é concluir que, em relação ao delito do art. 29, não se aplica a regra geral do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19, estando seu elemento subjetivo especial restrito à finalidade específica de prejudicar interesse do investigado. Logo, na eventualidade de a conduta ser praticada com a finalidade de beneficiar o investigado, por conta, por exemplo, de relação de amizade entre este e o agente público, não há falar em tipificação do delito sob comento, subsistindo, todavia, e a depender do caso concreto, a figura delituosa de prevaricação (CP, art. 319). É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 19** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "O legislador, na tipificação do crime do art. 29 da Lei de Abuso de Autoridade, optou por restringir o alcance do tipo, pressupondo por parte do agente a finalidade única de prejudicar interesse do investigado. Agindo com finalidade de beneficiar, pode responder por outro delito, como prevaricação (art. 319 do CP), a depender das circunstâncias do caso concreto".

43.6. Consumação e tentativa.

A consumação do delito do art. 29 pressupõe que as informações falsas prestadas pelo agente público, necessariamente dotadas de potencialidade lesiva, cheguem ao conhecimento de seu destinatário, pois até então é possível a sua retificação, bem como o acréscimo de novos dados anteriormente omitidos. De todo modo, por se tratar de crime formal, não é necessário que as informações inverídicas tenham influenciado na decisão da autoridade a quem elas foram prestadas. Se isso vier a ocorrer, ter-se-á o mero exaurimento do delito, o que deve ser valorado pelo juiz por ocasião da dosimetria da pena, mais precisamente ao avaliar a circunstância judicial das *consequências do crime* (CP, art. 59). Quanto à tentativa, reputa-se cabível tão somente

em relação às informações prestadas pela forma escrita, pois, nesse caso, o delito é plurissubsistente.

43.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 29 da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime formal; c) crime comissivo:** pelo menos em regra; **d) crime plurissubsistente:** se as informações forem prestadas pela forma escrita; **e) crime unissubjetivo.**

43.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 12, *caput,* da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

43.9. Omissão de dado ou informação sobre fato juridicamente relevante e não sigiloso.

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o parágrafo único do art. 29 incriminava a seguinte conduta delituosa: "Incorre na mesma pena quem, com igual finalidade, omite dado ou informação sobre fato juridicamente relevante e não sigiloso." Ocorre que o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República com base nos seguintes argumentos: "A propositura legislativa, ao prever como elemento do tipo 'informação sobre fato juridicamente relevante e não sigiloso', gera insegurança jurídica por encerrar tipo penal aberto e que comporta interpretação. Além disso, pode vir a conflitar com a Lei nº 12.527, de 2011, (Lei de Acesso à Informação), tendo em vista que pode conduzir ao entendimento pela possibilidade de divulgação de informações de caráter pessoal, as quais nem sempre são sigilosas, mas são protegidas por aquele normativo." Diversamente de tantos outros vetos, este não foi rejeitado pelo Congresso Nacional. Por consequência, se determinado agente público tiver ciência de dados ou informações sobre fatos juridicamente relevantes e não sigilosos, e resolver se calar, leia-se, permanecer em silêncio, não poderá responder pelo crime do art. 29, *caput,* pouco importando que tenha se omitido com a finalidade de prejudicar interesse do investigado. Isso porque o tipo penal só pode ser cometido por meio de uma falsidade positiva – prestar informação falsa –, e não através de uma conduta negativa. Subsistirá, à evidência, ilícito funcional a ser apurado na esfera administrativa.

Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

44. DEFLAGRAÇÃO DE PERSECUÇÃO PENAL, CIVIL OU ADMINISTRATIVA SEM JUSTA CAUSA FUNDAMENTADA OU CONTRA QUEM SABE INOCENTE.

44.1. Rejeição do veto presidencial.

O Presidente da República houve por bem vetar o art. 31 da nova Lei de Abuso de Autoridade, apontando, para tanto, os seguintes argumentos: "A propositura legislativa viola o interesse público, além de gera insegurança jurídica, tendo em vista que põe em risco o instituto da delação anônima (a exemplo do disque-denúncia), em contraposição ao entendimento consolidado no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. INQ. 1.957-7/PR, Dj. 11/11/2005), de que é possível a apuração de denúncia anônima, por intermédio de apuração preliminar, inquérito policial e demais medidas sumárias de verificação do ilícito, e se esta revelar indícios da ocorrência do noticiado na denúncia, promover a formal instauração da ação penal." À semelhança de tantos outros, este veto também foi rejeitado pelo Congresso Nacional.

44.2. Direito intertemporal.

A revogada Lei n. 4.898/65 não tipificava conduta semelhante àquela constante do art. 30 da nova Lei de Abuso de Autoridade. Cuida-se, pois, de *novatio legis* incriminadora, de aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869/19, o que, *in casu,* teria ocorrido no dia 25 de janeiro de 2020.

44.3. Bem jurídico tutelado.

O bem jurídico tutelado pelo art. 30 é a própria dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, que são maculados pelo agente do crime. Protege-se, ademais, a honra da pessoa que teve contra si deflagrada injustamente uma persecução penal, civil ou administrativa.

44.4. Sujeitos do crime.

Não é qualquer agente público que pode figurar como sujeito ativo do art. 30 da Lei n. 13.869/19. Para tanto, o agente deve ter atribuição ou competência para dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa (v.g., autoridades administrativas, Delegados de Polícia, Procuradores da República, etc.). O sujeito passivo é o Estado. No caso concreto, também será vítima a pessoa física ou jurídica constrangida pela persecução indevida.

44.5. Tipo objetivo.

Dar início significa instaurar, deflagrar, provocar a instauração, *in casu*, de persecução penal, civil ou administrativa. **Proceder**, por sua vez, pelo menos para os fins do art. 30, deve ser compreendido como dar seguimento, prosseguir. É bem verdade que o verbo *proceder* também é usado no dia-a-dia forense como sinônimo de promover a instauração de algo. No entanto, fosse esta a interpretação a ser conferida à conduta *proceder* no art. 30, ter-se-ia, então, a utilização de dois verbos com significados idênticos no mesmo tipo penal, o que contraria regras básicas da hermenêutica. Destarte, enquanto *dar início* deve ser compreendido como instaurar, deflagrar, *proceder* funciona como o prosseguimento, a continuidade de persecução que já havia sido instaurada por outro agente público. Cuida-se, portanto, de **crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**, daí por que a prática de mais de um verbo núcleo dentro de um mesmo contexto caracterizará crime único.

Revelando mais uma vez a péssima técnica legislativa que norteou a elaboração do Projeto que deu origem à nova Lei de Abuso de Autoridade, o art. 30, na sequência, faz referência à **persecução penal, civil ou administrativa**. Critica-se a redação do tipo penal *sub examen* pelo fato de o termo *persecução* geralmente ter seu âmbito de utilização restrito à seara penal. É dizer, se é comum e de fácil compreensão o termo *persecução penal*, o mesmo não pode ser dito acerca dos conceitos de *persecução civil ou administrativa*. Melhor teria andado o legislador se tivesse feito uso de elementos normativos cuja compreensão já se encontra sedimentada pela Doutrina, a exemplo do que ocorre, por exemplo, em relação ao crime de denunciação caluniosa (CP, art. 339), cujo objeto material – investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa – é de fácil compreensão. Sem embargo da crítica, partindo da premissa de que a expressão *persecução penal* – ou *persecutio criminis* em latim – significa o conjunto de atividades que o Estado desenvolve no sentido de tornar realizável a sua atividade repressiva em sede penal, abrangendo não apenas a investigação preliminar, mas também o processo judicial, poder-se-á concluir, então, que a persecução civil ou administrativa também abrange qualquer procedimento investigatório e processo judicial, relacionados, porém, e respectivamente, a um ilícito civil ou funcional.[215]

Para fins de tipificação do crime do art. 30 da nova Lei de Abuso de Autoridade, esse início ou prosseguimento de persecução penal, civil ou administrativa necessariamente deve ser praticado por meio de uma das seguintes condutas *alternativas*:

a) sem justa causa fundamentada: a expressão *justa causa* é usada pelo Código de Processo Penal em pelo menos dois dispositivos diversos, com significados absolutamente distintos. Quando o art. 648, inciso I, do CPP, aponta a existência de constrangimento ilegal devido à *ausência de justa causa* como hipótese que autoriza a impetração de *habeas corpus*, a expressão aí é utilizada em sentido amplo, abrangendo a falta de suporte fático e de direito para a prisão ou para a deflagração de persecução penal contra alguém. Nesse caso, a ausência de justa causa pode se apresentar pela inexistência de lastro probatório mínimo (justa causa formal) ou pela patente ilegalidade da persecução penal (justa causa material), autorizando o trancamento do procedimento investigatório ou do próprio processo penal, ou, ainda, o relaxamento da prisão. Por outro lado, quando o art. 395, inciso III, do CPP, autoriza a rejeição da peça acusatória quando *faltar justa causa para o exercício da ação penal*, o vocábulo deve ser objeto de interpretação restritiva, para abranger apenas a existência de lastro probatório mínimo (*probable cause)* que dê arrimo ao recebimento da peça acusatória.[216] É nesse sentido que o termo é usado no art. 30.[217]

---

215. No sentido de que o termo *"persecução"* foi empregado em seu sentido amplo, referindo-se não apenas às etapas de investigação penal ou administrativa (inclusive as fiscais), mas também às da ação penal ou civil: CARNEIRO. Op. cit. p. 94.

216. Em sentido relativamente diverso, há precedente isolado da 1ª Turma do STF (HC 129.678/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/06/2017) no sentido de que a justa causa do art. 395, III, do CPP, consubstancia-se pela somatória de três componentes essenciais: a) tipicidade: adequação de uma conduta fática a um tipo penal; b) punibilidade: além de típica, a conduta precisa ser punível, ou seja, não existir quaisquer das causas extintivas da punibilidade; c) viabilidade: existência de fundados indícios de autoria.

217. Há quem entenda que a expressão *justa causa* constante do art. 30 é por demais vaga e indeterminada, daí por que o tipo penal em questão deveria ser declarado inconstitucional. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 20** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "O crime do art. 30 da Lei de Abuso de Autoridade deve ser declarado, incidentalmente, inconstitucional. Não apenas em razão da elementar 'justa causa' ser expressão vaga e

Tendo em conta que a simples instauração de um processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos, temerários. Para que se possa dar início a um processo penal, há necessidade do denominado *fumus comissi delicti*, a ser entendido como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, a plausibilidade de que se trate de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação, provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, confirmando a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria ou de participação em conduta típica, ilícita e culpável.[218] A presença dessa justa causa deve ser apontada pelo agente público de maneira fundamentada na forma escrita;[219]

b) contra quem sabe inocente: referindo-se a parte final do art. 30 da Lei n. 13.869/19 à deflagração de persecução penal, civil ou administrativa *contra quem sabe inocente*, denota-se, quanto a esta segunda hipótese, que o crime é punido apenas a título de dolo direto, pois o tipo penal utiliza a expressão "sabe inocente". É indispensável, portanto, o efetivo conhecimento do agente público acerca da inocência da pessoa que teve contra si deflagrada uma das persecuções ali citadas. Eventual dúvida sobre a responsabilidade da pessoa no tocante ao ilícito penal, cível ou administrativo, que lhe é imputado indica a presença de dolo eventual, e exclui o delito. No mais, como o tipo penal utiliza a expressão "*contra quem*", é imperiosa, nesta segunda hipótese, de imputação falsa dirigida a pessoa determinada (indicação de nome ou atributos pessoais) ou que ao menos possa vir a ser identificada. Diversamente do que ocorre em relação ao crime de denunciação caluniosa (CP, art. 339), cujo tipo penal demanda a imputação de *crime* (*caput*) ou de *contravenção penal* (§2º) de que o sabe inocente, não consta do art. 30 exigência semelhante, bastando a instauração de persecução penal, civil ou administrativa com quem se sabe inocente, pouco importando a natureza do fato imputado.

44.6. Tipo subjetivo.

Na primeira hipótese – dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa *sem justa causa fundamentada* – o crime é punido a título de dolo direto ou eventual. Na segunda – *contra quem sabe inocente* –, admite-se apenas o dolo direto, como exposto no tópico anterior. Nesse caso, quisesse o legislador admitir a punição do delito a título de dolo eventual, a redação do tipo penal deveria ser "contra quem sabe ou deveria saber inocente", o que não ocorreu. Em ambas as figuras delituosas, é de rigor a presença do elemento subjetivo especial do injusto previsto no art. 1º, §1º, sendo que eventual divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade (art. 1º, §2º).

44.7. Consumação e tentativa.

O crime é material ou causal. Consuma-se, no tocante à conduta nuclear "dar início", com a efetiva instauração da persecução penal, civil ou administrativa, e, no caso do "proceder", quando o agente der prosseguimento aos referido procedimentos oficiais, a despeito de ter ciência de não havia justa causa para tanto, ou que o feito havia sido instaurado contra pessoa que sabia inocente. Em ambas as hipóteses, é de todo irrelevante que o investigado (ou acusado) seja absolvido (ou não) ao final do processo, ou que experimente qualquer prejuízo material em virtude da conduta do agente público. Em virtude da natureza plurissubsistente do delito, comportando o fracionamento do *iter criminis*, admite-se, pelo menos em tese, a tentativa.

44.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 30 da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime material; c) crime de forma livre; d) crime comissivo**: pelo menos em regra; **e) crime instantâneo; f) crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual; g) crime plurissubsistente.**

indeterminada, como também porque gera retrocesso na tutela dos bens jurídicos envolvidos, já protegidos pelo art. 339 do CP, punido, inclusive, com pena em dobro".

218. Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura, o conceito de *justa causa* é mais abrangente, já que a autora leva em consideração tanto aspectos materiais quanto processuais. Segundo ela, em sentido estrito, a justa causa pode ser conceituada "como sendo o conjunto de elementos de direito e de fato que tornam legítima a acusação. [...] Em outras palavras, no direito brasileiro, a justa causa corresponde ao fundamento da acusação. [...] Vista sob o ângulo positivo, é a presença de fundamento de fato e de direito para acusar, divisando mínima probabilidade de condenação, na qual se baseia o juízo de acusação [...] Justa causa não se identifica com qualquer das condições da ação. A falta de uma delas conduz à falta de justa causa. Mas a recíproca não é verdadeira. A justa causa é mais do que uma condição [...] O ato que rejeita a imputação, sob o fundamento de falta de justa causa é, prevalentemente, de mérito, embora, por vezes, tenha caráter misto, quando não apenas processual". (*Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*. 1997. 339 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, p. 208).

219. Quanto à necessidade de fundamentação, citamos, a título de exemplo, o art. 4º da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, segundo o qual o procedimento investigatório criminal será instaurado por *portaria fundamentada*, devidamente registrada e autuada, com a indicação dos fatos a serem investigados e deverá conter, sempre que possível, o nome e a qualificação do autor da representação e a determinação das diligências iniciais.

44.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

> **Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:**
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

45. PROCRASTINAÇÃO INJUSTIFICADA DE INVESTIGAÇÃO EM PREJUÍZO DO INVESTIGADO.

45.1. Direito intertemporal.

Na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, não havia tipo penal absolutamente idêntico ao do art. 31 da nova Lei de Abuso de Autoridade. Genericamente, o art. 4º, alínea "h", da legislação pretérita rotulava como abuso de autoridade apenas "o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal". Portanto, o ideal é concluir que estamos diante de verdadeira espécie de *novatio legis* incriminadora, com aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869, o que, *in casu*, teria ocorrido no dia 3 de janeiro de 2020.

45.2. Noções gerais acerca da aplicação da garantia da razoável duração do processo à fase investigatória da persecução penal.

De acordo com o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/04, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo* e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O fato de o dispositivo constitucional assegurar a razoável duração *do processo* não pode ser usado como argumento para afastar a aplicação dessa importante garantia à fase preliminar da persecução penal. Na verdade, a Constituição refere-se a *processo* como o todo, aí incluída as fases investigatória e judicial.[220]

Uma investigação, em seu desenvolvimento, demanda um tempo razoável para que seja transcorrido todo o *iter* necessário até a sua conclusão. Quanto maior a complexidade do crime, maior será o tempo necessário para uma perfeita apuração. Isso, todavia, não significa dizer que os órgãos responsáveis por essas investigações dispõem de um tempo ilimitado para fornecer a resposta pleiteada. Ora, ainda que não exista uma prisão cautelar decretada no curso desse procedimento investigatório, a tramitação de um procedimento investigatório *ad aeternum* em desfavor de alguém, como verdadeira espada de Dâmocles pairando sobre sua cabeça, pode provocar não apenas estigma e angústia, mas também, a depender do caso concreto, restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade das comunicações, a inviolabilidade domiciliar e a própria dignidade da pessoa humana.

Interessa-nos, portanto, o difícil equilíbrio entre esses dois extremos: de um lado, um tempo razoável para que o Estado possa se desincumbir de seu poder-dever de investigar toda e qualquer infração penal, verdadeiro desdobramento do princípio da obrigatoriedade; de outro, evitar que uma investigação se estenda de maneira injustificada, transformando-se em indevida coação, agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal.

Especificamente quanto à duração dos inquéritos policiais, o art. 10, *caput*, do CPP, preceitua que o inquérito deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. De seu turno, o §3º do art. 10 determina que, quando o fato for de difícil elucidação, *e o indiciado estiver solto*, a autoridade policial poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz. Por sua vez, consoante disposto no art. 3º-B, §2º, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito

220. Nesse sentido: LOPES Jr., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2ª ed. Lumen Juris Editora, 2009, p. 91.

por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.[221]

Como se percebe, se o investigado estiver preso, o prazo máximo para a conclusão das investigações é de 25 (vinte e cinco) dias. Ora, se há elementos para a segregação cautelar do agente (prova da materialidade e indícios de autoria), também há, pelo menos em tese, elementos para o oferecimento da peça acusatória, sendo inviável, por conseguinte, a devolução dos autos do inquérito policial à autoridade policial para realização de outras diligências complementares, além daquelas já levadas a efeito por ocasião da prorrogação prevista no §2º do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19. Nesse caso, eventual atraso de poucos dias não terá o condão de provocar qualquer ilegalidade, já que tem prevalecido a tese de que a contagem do prazo para a conclusão do processo é global, e não individualizada. Assim, mesmo que haja um pequeno excesso nessa fase investigatória – (v.g., 1 ou 2 dias) –, é possível ulterior compensação na subsequente fase processual. Todavia, se restar caracterizado um excesso abusivo, não respaldado pelas circunstâncias do caso concreto (complexidade das investigações e pluralidade de investigados), impõe-se o imediato relaxamento da prisão (CPP, art. 3º-B, §2º, *in fine*, incluído pela Lei n. 13.964/19), sem prejuízo da continuidade da persecução criminal.[222]

Noutro giro, estando o investigado solto, admite-se a prorrogação do prazo por mais 30 (trinta) dias. Por se tratar de prazo impróprio, cuja inobservância não produz qualquer consequência, é relativamente comum no dia a dia de Delegacias e fóruns criminais que esses inquéritos versando sobre investigados soltos tenham seu prazo de conclusão prorrogado sucessivas vezes. É dizer, diversamente do que ocorre com investigados presos, cuja inobservância do prazo máximo de 25 (vinte e cinco) dias – art. 10, *caput*, c/c art. 3º-B, §2º, ambos do CPP – pode acarretar o relaxamento da prisão, como não há nenhuma consequência para a inobservância do prazo de 30 dias para a conclusão de investigações versando sobre pessoas soltas, o que deveria ser a regra acaba se transformando na exceção. E aí se questiona: seria possível, então, que uma pessoa em liberdade fosse objeto de investigação em um inquérito policial por 5, 10, 15 anos?

Como exposto anteriormente, diante da inserção do direito à razoável duração do processo na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII), já não há mais dúvidas de que um inquérito policial não pode ter seu prazo de conclusão prorrogado indefinidamente. As diligências devem ser realizadas pela autoridade policial enquanto houver necessidade. Evidentemente, em situações mais complexas, envolvendo vários acusados, é lógico que o prazo para a conclusão das investigações deverá ser sucessivamente prorrogado. Porém, uma vez verificada a impossibilidade de colheita de elementos que autorizem o oferecimento de denúncia, deve o Promotor de Justiça requerer o arquivamento dos autos, sem prejuízo de ulterior desarquivamento diante do surgimento da notícia de provas novas (CPP, art. 18).

Não obstante o silêncio da legislação brasileira quanto às consequências de eventual dilação indevida de procedimento investigatório em que o acusado esteja em liberdade, em pioneiro julgado acerca do assunto, a 5ª Turma do STJ concedeu a ordem para determinar o trancamento de inquérito policial em andamento em relação a suspeitos que estavam em liberdade, por entender que, no caso concreto, passados mais de sete anos desde a instauração do inquérito, ainda não teria havido o oferecimento da denúncia contra os pacientes. Nas palavras do Min. Napoleão Nunes Maia Filho,

221. Quanto aos prazos para a conclusão das investigações policiais, especial atenção deve ser dispensada à legislação especial. Consoante dispõe o art. 66 da Lei nº 5.010/66 (Lei que organiza a Justiça Federal de primeira instância), o prazo para conclusão do inquérito policial será de quinze dias, quando o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias, a pedido, devidamente fundamentado, da autoridade policial e deferido pelo Juiz a que competir o conhecimento do processo. De acordo com o art. 20 do CPPM, o inquérito deverá terminar dentro em 20 (vinte) dias, se o indiciado estiver preso, contado esse prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão; ou no prazo de 40 (quarenta) dias, quando o indiciado estiver solto, contados a partir da data em que se instaurar o inquérito. A Lei nº 11.343/06 (Lei de drogas) prevê que o inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto. Esses prazos podem ser duplicados pelo Juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária (art. 51, parágrafo único). A Lei nº 1.521/51 (crimes contra a economia popular) prevê que o inquérito policial deve ser concluído no prazo de 10 (dez) dias, esteja o indivíduo solto ou preso. Por fim, não se pode esquecer do prazo para a conclusão das investigações quando tiver sido decretada a prisão temporária do investigado. Como se sabe, a prisão temporária foi instituída por legislação especial após a entrada em vigor do CPP, e possui o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei nº 7.960/89, art. 2º, caput). Na hipótese de crimes hediondos e equiparados, o prazo da prisão temporária é de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º). Se a prisão temporária for decretada para auxiliar nas investigações em relação a crimes hediondos e equiparados, tem-se que o prazo máximo para a conclusão das investigações é de 60 (sessenta) dias, sendo inviável que, após esse interstício de 60 (sessenta) dias, a autoridade policial disponha de mais 10 (dez) dias para finalizar o inquérito policial.

222. Na dicção do STJ, "a prisão ilegal, que há de ser relaxada pela autoridade judiciária, em cumprimento de dever-poder insculpido no artigo 5º, inciso LXV, da Constituição da República, compreende, por certo, aquela que, afora perdurar por prazo superior ao prescrito em lei, ofende de forma manifesta o princípio da razoabilidade. É induvidosa a caracterização de constrangimento ilegal, quando perdura a constrição cautelar por mais de seis meses, sem oferecimento da denúncia, fazendo-se invocável a razoabilidade". (STJ, 6ª Turma, HC 44.604/RN, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 09/12/2005, DJ 06/02/2006 p. 356).

"é certo que existe jurisprudência, inclusive desta Corte, que afirma inexistir constrangimento ilegal pela simples instauração de Inquérito Policial, mormente quando o investigado está solto, diante da ausência de constrição em sua liberdade de locomoção; entretanto, não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só, enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro, principalmente quando se trata de grandes empresas e empresários e os fatos já foram objeto de Inquérito Policial arquivado a pedido do Parquet Federal".[223]

45.3. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se não apenas a dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, mas também o direito à razoável duração do processo.

45.4. Sujeitos do crime.

Sem embargo do aparente silêncio do art. 31, não é qualquer agente público que pode figurar como sujeito ativo do delito sob análise. Para tanto, o agente público deve ter atribuição para presidir a investigação (v.g, Delegado de Polícia, Encarregado de Inquérito Policial Militar, Procurador da República, etc.), estendendo-a de maneira injustificada de modo a prejudicar a pessoa do investigado (ou fiscalizado).

45.5. Tipo objetivo.

A conduta incriminada pelo art. 31, *caput*, e parágrafo único, é **estender**, que significa expandir no tempo, alongar, prolongar, aumentar a duração.

Para a caracterização do crime não basta ao agente estender a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado. É preciso que o faça *injustificadamente*. Esse elemento normativo do tipo demonstra que o crime estará caracterizado tão somente quando o agente público responsável pela condução da investigação deliberar por estendê-la sem nenhuma escusa legítima. Essa escusa legítima seria, a nosso juízo, a realização de diligências imprescindíveis para fins de esclarecimento da autoria e/ou materialidade da infração penal.

Para fins de melhor compreensão desse elemento normativo, parece-nos possível a utilização de dois dispositivos do próprio Código de Processo Penal: a) art. 10, §3º: *quando o fato for de difícil elucidação*, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, *para ulteriores diligências*, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz; b) art. 16: o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, *senão para novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia*. Como se percebe, ambos os dispositivos legais autorizam, *justificadamente*, a prorrogação do prazo do inquérito policial, daí por que, em tais hipóteses, não há falar na tipificação do crime do art. 31.

Enfim, como observa a doutrina, esse "excesso de prazo na instrução do procedimento investigatório não deve resultar de simples operação aritmética, impondo-se considerar a complexidade do feito, atos procrastinatórios muitas vezes atribuídos à defesa e número de pessoas envolvidas na apuração, fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o seu encerramento".[224] É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 21** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "A elementar 'injustificadamente' deve ser interpretada no sentido de que o excesso de prazo na instrução do procedimento investigatório não resultará de simples operação aritmética, impondo-se considerar a complexidade do feito, atos procrastinatórios não atribuíveis ao presidente da investigação e ao número de pessoas envolvidas na apuração. Todos fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para seu encerramento".

O objeto material do crime do art. 31 é a *investigação*, que não necessariamente precisa ter natureza penal. Tanto é verdade que consta do próprio *caput* que tal conduta seria praticada em prejuízo do investigado – terminologia geralmente utilizada quando se trata de investigação criminal –, quanto do *fiscalizado*, expressão genérica e aberta, que pode abranger, a nosso sentir, o indivíduo que é objeto de investigação administrativa (v.g., sindicância, inquérito administrativo) para apurar eventual ilícito funcional ou infração administrativa. Noutro giro, referindo-se o *caput* do art. 31 à *investigação*, aí não se pode incluir o *processo penal (ou administrativo)*, sob pena, aliás, de evidente analogia *in malam partem* e consequente

223. STJ, 5ª Turma, HC 96.666/MA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/09/2008, DJe 22/09/2008.

224. GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 269.

violação ao princípio da legalidade. Por conseguinte, é atípica a conduta do magistrado que estende injustificadamente o curso de um processo penal, sem prejuízo, obviamente, de responsabilização no âmbito administrativo.

Consoante disposto no parágrafo único do art. 31, incorre na mesma pena quem, *inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento*, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado. Como se pode notar, enquanto o *caput* pune a conduta do agente público que extrapola injustificadamente o prazo legal estabelecido para a conclusão de determinada investigação, o parágrafo único tipifica praticamente a mesma conduta, porém quando não houver prazo para a execução ou conclusão do procedimento em questão.

45.6. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual). Demanda, ademais, o especial fim de agir previsto no §1º do art. 1º. De mais a mais, eventual divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas – crime de hermenêutica – não configura abuso de autoridade, conforme exposto anteriormente (art. 1º, §2º).

45.7. Consumação e tentativa.

O crime se consuma com a procrastinação injustificada do procedimento investigatório em detrimento do investigado ou fiscalizado. Como exposto anteriormente, o mero decurso do prazo de 25 (vinte e cinco) dias para investigado preso, ou de 30 (trinta) dias para aquele que estiver em liberdade, não caracteriza, *de per si*, o crime do art. 31. Na verdade, há de se verificar se o retardamento do procedimento investigatório seria (ou não) justificado. Teoricamente, mostra-se possível a tentativa quando a procrastinação for praticada por ação. Na prática, todavia, o *conatus* é de difícil caracterização. Isso porque ou o crime estará consumado, quando preenchidos todos os elementos de sua definição legal, ou sequer será possível afirmar que o agente público teria ingressado em atos de execução, porquanto seria difícil contextualizar o momento exato em que teria dado início à procrastinação injustificada do procedimento investigatório.

45.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 31 da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime material; c) crime plurissubsistente; d) crime unissubjetivo; e) crime comissivo**: quando o agente público determinar a realização de diligências manifestamente procrastinatórias, com o nítido escopo de estender a investigação de modo a prejudicar o investigado ou fiscalizado, o crime terá natureza comissiva. Porém, nada impede que o delito seja praticado de maneira **omissiva**, quando a autoridade deixar de adotar as providências necessárias para dar prosseguimento à investigação.

45.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 12 da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

> **Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:**
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

46. NEGATIVA DE ACESSO AOS AUTOS DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO E DE EXTRAÇÃO DE CÓPIAS DE DOCUMENTOS.

46.1. Rejeição do veto presidencial pelo Congresso Nacional.

O art. 32 da nova Lei de Abuso de Autoridade foi vetado pelo Presidente da República com base nos seguintes argumentos: "A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois o direito de acesso aos autos possui várias nuances e pode ser mitigado, notadamente, em face de atos que, por sua natureza, impõem o sigilo para garantir a eficácia da instrução criminal. Ademais, a matéria já se encontrava parametrizada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante

nº 14." Houve, porém, a *derrubada* do veto pelo Congresso Nacional.

46.2. Direito intertemporal.

Enquanto em vigor a Lei n. 4.898/65, seu art. 3º, alínea "j" tipificava como abuso de autoridade *qualquer atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional*, dentre os quais poderíamos incluir exatamente o direito de "examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital" (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XIV, com redação dada pela Lei n. 13.245/16), ao qual era cominada uma pena de detenção, de 10 (dez) dias a 6 (seis) meses. De se notar, portanto, que não houve *abolitio criminis*, pois a referida conduta delituosa continua sendo considerada típica pela nova Lei de Abuso de Autoridade. Sua pena, porém, por ser mais gravosa, terá seu âmbito de aplicação restrito aos crimes cometidos após sua vigência, o que, *in casu*, teria ocorrido no dia 25 de janeiro de 2020.

46.3. Noções gerais acerca do direito do investigado e de seu defensor de ter acesso dos autos de procedimentos investigatórios.

Se a deflagração de um procedimento investigatório tem como objetivo precípuo identificar fontes de prova e coletar elementos de informação quanto à autoria e materialidade dos delitos, de nada valeria o trabalho dos órgãos persecutórios se não fosse resguardado o sigilo necessário durante o curso de sua realização. Deve-se compreender então que o elemento da surpresa é, na grande maioria dos casos, essencial à própria efetividade das investigações policiais. Portanto, por natureza, o inquérito policial – e todo e qualquer procedimento investigatório – está sob a égide do segredo externo, nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal, que dispõe que a autoridade *assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.*[225]

Se, de um lado, os estatutos processuais penais dispõem que o inquérito é sigiloso, do outro, o Estatuto da OAB prevê que o advogado tem o direito de examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração,[226] autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIV, com redação dada pela Lei nº 13.245/16).

O dispositivo em questão vem ao encontro do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que assegura ao preso – leia-se, ao imputado, preso ou em liberdade – a assistência de advogado. Ora, se a Carta Magna assegura a um mero suspeito a assistência de advogado, é de todo evidente que essa assistência passa, obrigatoriamente, pelo acesso do defensor aos autos do inquérito policial, sob pena de se tornar inócua a referida garantia constitucional.

Logo, a despeito do art. 20 do CPP, e mesmo em se tratando de inquérito sigiloso, o investigado e seu defensor devem ter acesso aos autos do procedimento investigatório, caso a diligência realizada pela autoridade policial já tenha sido documentada. Porém, em se tratando de diligências que ainda não foram realizadas ou que estão em andamento, não há falar em prévia comunicação ao advogado, nem tampouco ao investigado, na medida em que o sigilo, nesse caso, é inerente à própria eficácia da medida investigatória. É o que se denomina de *sigilo interno*, que visa assegurar a eficiência da investigação que poderia ser seriamente prejudicada com a ciência prévia de determinadas diligências pelo investigado e por seu advogado.[227]

Este o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal editou a **súmula vinculante nº 14**, cujo teor é o seguinte: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência

225. Exemplo interessante de situação em que a publicidade – e não o sigilo – passa a ser essencial à eficácia das investigações policiais diz respeito à hipótese em que as autoridades policiais dispõem do retrato falado do criminoso, porém não sabem sua real qualificação. Nesse caso, é evidente que a publicidade dada ao retrato falado será extremamente importante, já que, com a divulgação de tais imagens, talvez seja possível que a polícia venha a obter informações acerca da identificação do agente, assim como dados relativos acerca de sua possível localização.

226. Havendo informações sigilosas nos autos do inquérito policial (v.g., quebra de sigilo bancário e/ou telefônico), todavia, não é qualquer advogado que pode ter acesso aos autos, mas somente aquele que detém procuração, nos termos do art. 7º, § 10, da Lei nº 8.906/94, acrescentado pela Lei nº 13.245/16. Na mesma linha, conforme disposto no art. 107, I, do CPC, o advogado tem direito a examinar, em cartório de fórum e secretaria de tribunal, mesmo sem procuração, autos de qualquer processo, independentemente da fase de tramitação, assegurados a obtenção de cópias e o registro de anotações, salvo na hipótese de segredo de justiça, nas quais apenas o advogado constituído terá acesso aos autos.

227. STF, 1ª Turma, HC 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/09/2004. No mesmo contexto: STF, 1ª Turma, HC 94.387/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 25 05/02/2009; STF, 1ª Turma, HC 90.232/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/03/2007; STJ, 5ª Turma, HC 58.377/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 30/06/2008.

de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

A negativa de acesso do advogado aos autos da investigação preliminar, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo também implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente (Lei nº 8.906/94, art. 7º, § 12, incluído pela Lei nº 13.245/16). Nesse caso, o acesso deverá ser requerido ao juiz das garantias, consoante disposto no CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime): "Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) XV – assegurar, prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor, de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento".

Pelo menos em regra, o acesso do defensor aos elementos de informação já documentados nos autos do procedimento investigatório independe de prévia autorização judicial. No entanto, em se tratando de investigação referente a organizações criminosas, uma vez decretado o sigilo da investigação pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, o acesso do defensor aos elementos informativos deverá ser precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento (Lei nº 12.850/13, art. 23, *caput*).

46.4. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se não apenas a dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, mas também a ampla defesa, cujo exercício, seja por parte do investigado (acusado), seja por parte do defensor, pressupõe o acesso aos autos do respectivo procedimento investigatório.

46.5. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime é o agente público, nos termos do art. 2º da Lei n. 13.869, *in casu*, dotado de atribuição para presidir determinado procedimento investigatório (v.g., Delegado de Polícia, Promotor de Justiça, Encarregado de inquérito policial militar, no caso de crimes militares, etc.). O sujeito passivo é o Estado e o *interessado*, seu defensor ou advogado. Pelo menos em tese, *interessado* não é apenas o investigado, mas também qualquer pessoa que eventualmente venha a ser citada no procedimento investigatório em questão, e que, consequentemente, possa vir a figurar na sequência na condição de investigada, a exemplo de um delatado.[228]

46.6. Tipo objetivo.

São duas as condutas incriminadas pelo art. 32, a saber: a) negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa - consiste na recusa expressa ou na omissão deliberada em decidir sobre o pedido; b) impedir a obtenção de cópias.[229] Ambas as condutas podem ser praticadas de maneira comissiva, quando o agente público, por exemplo, retira os autos da presença do advogado, como também de maneira omissiva, a exemplo do que ocorre quando não entrega àquele os autos em questão. Cuida-se de **crime de ação múltipla (tipo misto alternativo)**, o que significa dizer que se ambas as condutas forem praticadas em um mesmo contexto fático, haverá crime único.

Inexplicavelmente, o tipo penal faz menção apenas aos autos de investigação preliminar, termo circunstanciado, inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, excluindo, por via implícita, a negativa que recair sobre o acesso (ou obtenção de cópias) a autos judiciais (processos penais ou extrapenais).

A ressalva constante da parte final do art. 32 – *ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível* – aplica-se a ambas as condutas, e não apenas à segunda, como pode parecer à primeira vista. De fato, se se trata de diligência em andamento (v.g., interceptação telefônica) ou futura (v.g., oitiva de

228. Nessa linha: AGI. Op. cit. p. 88.

229. Como já se pronunciou o STF (2ª Turma, Rcl 23.101/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22/11/2016, DJe 259, 05/12/2016), o direito ao acesso amplo, descrito pela súmula vinculante n. 14, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual. A simples autorização de ter vista dos autos, nas dependências do *Parquet*, e transcrever trechos dos depoimentos de interesse da defesa, não atende ao enunciado do referido verbete.

uma testemunha capaz de fornecer a localização da droga para fins de expedição de ulterior mandado de busca domiciliar), é de rigor a conclusão no sentido de que não apenas a extração de cópias será vedada, mas também a de que o investigado e seu defensor não poderão ter o acesso franqueado, sob pena de comprometimento de sua eficácia.

Essa ressalva, aliás, vem ao encontro do próprio Estatuto da OAB, cujo art. 7º, §11, incluído pela Lei n. 13.245, dispõe que, no tocante ao direito do advogado examinar autos de investigações de qualquer natureza, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital, a autoridade competente – leia-se, Delegado de Polícia, Promotor de Justiça, etc. – poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligência em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.[230]

46.7. Tipo subjetivo.

Consultar comentários ao art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19.

46.8. Consumação e tentativa.

O delito consuma-se no exato momento em que o investigado (ou seu defensor) tiver negado o acesso aos autos de investigação preliminar, termo circunstanciado, inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, ou quando lhes for negada a possibilidade de extrair cópia dos autos. Nesse caso, eventual acesso posterior aos autos, seja em virtude de ordem judicial, seja por ordem da autoridade administrativa superior, não terá o condão de afastar o delito, porquanto já consumado. Quando a negativa ou o impedimento forem praticados por escrito (crime plurissubsistente), admite-se a tentativa.

230. Concluída a oitiva de uma vítima (ou testemunha) em sede policial, a imediata juntada do respectivo termo aos autos do inquérito policial é obrigatória, de modo a permitir o acesso do advogado ao seu teor, ou fica a critério da autoridade policial determinar discricionariamente o momento mais adequado para tanto? A nosso juízo, pelo menos em regra, uma vez concluída a oitiva de uma testemunha, o respectivo termo deverá ser juntado aos autos na sequência, salvo quando o Delegado de Polícia concluir que o acesso da defesa àquele depoimento, naquele momento, terá o condão de colocar em risco a eficácia da medida. A título de exemplo, basta imaginar uma hipótese em que haja um relato, por parte de testemunhas ouvidas em sede policial, acerca da localização de drogas, armas, etc. Na eventualidade de a defesa ter acesso a tais informações antes da expedição e cumprimento de mandados de busca domiciliar, ter-se-ia evidente risco à eficácia da referida diligência. Logo, nada mais evidente do que retardar o momento da juntada dos respectivos termos aos autos da investigação preliminar, nos exatos termos do art. 7º, §11, da Lei nº 8.906/94, incluído pela Lei nº 13.245/16.

46.9. Classificação doutrinária.

O crime do art. 32 da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime comissivo ou omissivo; c) crime plurissubsistente:** se praticado por escrito; **d) crime unissubjetivo; e) crime formal.**

46.10. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 12, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

> **Art. 33. Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresso amparo legal:**
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
> (...)

47. EXIGÊNCIA DE INFORMAÇÃO OU DO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO SEM EXPRESSO AMPARO LEGAL.

47.1. Direito intertemporal.

À época da vigência da revogada Lei 4.898/65, não havia tipo penal idêntico ao do art. 33. Talvez a figura delituosa que mais se aproximasse, ainda que remotamente, seria o art. 4º, alínea "h", que criminalizava o *ato lesivo* da honra, ou *do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio.* Cuida-se, pois, de verdadeira *novatio legis* incriminadora, com aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869/19.

47.2. Noções gerais acerca do princípio da legalidade.

Consoante dispõe o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Por sua vez, o art. 37 da Carta Magna prevê que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, dentre outros, ao princípio da legalidade.

Por força desse princípio, toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. O princípio implica subordinação completa dos agentes públicos à lei. Ou seja, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, estabelecendo-se uma relação de não contradição à lei, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza, instituindo-se, assim, um critério de subordinação à lei. A validade e a eficácia da atividade administrativa fica condicionada, pois, à observância da norma legal, aí entendida em sentido amplo, englobando tanto a Constituição, quanto leis e demais espécies normativas. Isso significa dizer que o agente público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos legais e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou se desviar, sob pena de praticar ato inválido e se expor à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

É nesse contexto que deve ser compreendida a nova figura delituosa do art. 33 da Lei n. 13.869/19, que visa evitar que o agente público se utilize da função por ele exercida para exigir informação ou cumprimento de obrigação *sem expresso amparo legal.*

47.3. Bem jurídico tutelado.

O bem jurídico tutelado pelo art. 33 da nova Lei de Abuso de Autoridade é a própria dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, que são maculados pelo agente do crime. O delito também tutela a liberdade individual e o patrimônio da pessoa que se vê constrangida diante da exigência de informação ou cumprimento de obrigação sem expresso amparo legal.

47.4. Sujeitos do crime.

Quanto ao sujeito ativo, consultar comentários ao art. 2º da Lei n. 13.869/19. O sujeito passivo é a pessoa física (ou jurídica) submetida à exigência sem expresso amparo legal.

47.5. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo é **exigir**. À semelhança do que ocorre em relação ao crime de concussão (CP, art. 316), *exigir* consiste em ordenar ou impor. O verbo transmite a ideia de imposição e intimidação no comportamento do agente público que se aproveita do temor proporcionado à vítima em decorrência dos poderes inerentes à função por ele exercida (*metus publicae potestatis*). Não há, porém, o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, sob pena, inclusive, de tipificação do crime de extorsão. Na verdade, a intimidação inerente ao verbo exigir encontra fundamento unicamente nas consequências que podem ser provocadas contra alguém no exercício da função pública do sujeito ativo. Este é o temor da vítima: que o cargo público seja utilizado pelo agente para produzir um mal passível de concretização na esfera de sua atuação funcional. Tal exigência, necessariamente acompanhada de intimidação, sob pena de caracterizar mera solicitação, pode se dar de maneira implícita ou explícita, direta ou indireta. Para fins de tipificação do crime do art. 33 da nova Lei de Abuso de Autoridade, não é necessário que se trate de investigação criminal, nem mesmo de algum procedimento formal, já que o tipo penal não faz qualquer ressalva nesse sentido.

Diferenciam-se, porém, os dois delitos, pelo fato de o art. 316 do Código Penal versar sobre a exigência de *vantagem indevida*, enquanto que o objeto material do delito previsto no *caput* do art. 33 da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser uma informação ou o cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer. *Informação* configura um dado útil a respeito de algo ou alguém, normalmente transmitido de maneira informal. Na *obrigação de fazer*, pretende o credor a prestação de um fato, consistente na realização de uma atividade pessoal ou serviço pelo devedor ou por um terceiro, de que não resulta imediatamente a transferência de direitos subjetivos. A *obrigação negativa* contrapõe-se à de fazer, pois implica uma abstenção, permissão ou tolerância, impedindo que o devedor pratique um determinado ato que normalmente não lhe seria vedado, tolere ato do credor que normalmente não admitiria ou, mesmo, obrigue-se a não praticar um certo ato jurídico que em princípio ser-lhe-ia lícito.

47.6. Tipo subjetivo.

Consultar comentários aos §§1º e 2º do art. 1º da nova Lei de Abuso de Autoridade.

47.7. Consumação e tentativa.

Cuida-se de **crime formal**, que se consuma com a efetiva exigência, ainda que o agente público não obtenha a informação ou o cumprimento da obrigação por ele exigida. Se porventura isso ocorrer, ter-se-á o mero exaurimento do delito. Eventual reparação do dano não tem o condão de excluir o delito, ensejando, no máximo, a diminuição da pena pelo arrependimento posterior (CP, art. 16).

Quando o *iter criminis* puder ser fracionado em dois ou mais atos (v.g., exigência por escrito), é cabível o *conatus*, na hipótese em que o agente público inicia a execução do delito, não alcançando seu desiderato por circunstâncias alheias a sua vontade. A tentativa, porém, será inadmissível quando a conduta for praticada por meio de um único e indivisível ato de execução (crime unissubsistente). É o que ocorre, por exemplo, com uma exigência verbal do agente público. Nesse caso, uma vez feita a exigência, o crime estará consumado, sendo inviável a tentativa.

47.8. Classificação doutrinária.

O delito do art. 33, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio**; b) **crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado**; c) **crime de dano**; d) **crime de forma livre**; e) **crime comissivo**, pelo menos em regra; f) **crime instantâneo**; g) **crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual**; h) **crime plurissubsistente** ou **unissubsistente**, a depender de como a exigência for praticada pelo agente público.

> **Art. 33.** (...)
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.

48. UTILIZAÇÃO DO CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA OU INVOCAÇÃO DA CONDIÇÃO DE AGENTE PÚBLICO PARA SE EXIMIR DE OBRIGAÇÃO LEGAL OU PARA OBTER VANTAGEM OU PRIVILÉGIO INDEVIDO.

Diversamente do *caput* do art. 33, em que o legislador utiliza o verbo *exigir*, e aponta como objeto material uma *informação ou o cumprimento de obrigação*, o parágrafo único do art. 33 sujeita o agente público à mesma pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa –, se acaso se utilizar do cargo ou função pública ou invocar sua condição para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.

48.1. Direito intertemporal.

Consultar comentários ao art. 33, *caput*, da Lei n. 13.869/19.

48.2. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao art. 33, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

48.3. Sujeitos do crime.

Consultar comentários ao art. 33, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

48.4. Tipo objetivo.[231].

Diversamente do *caput* do art. 33, seu parágrafo único não faz uso expresso do verbo *exigir*, até mesmo porque, se o fizesse, ter-se-ia figura delituosa com redação praticamente idêntica ao crime de concussão do art. 316 do Código Penal, que também versa sobre a exigência de vantagem indevida.

No caso específico do parágrafo único do art. 33, o agente se utiliza do cargo (ou da função pública), ou, ainda, invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido. É o que ocorre, por exemplo, se um investigador de polícia vai a uma festa com comida e bebida liberadas e apresenta sua identidade funcional, dando a famosa "carteirada" para ter acesso ao local sem o devido pagamento. Ainda que não tenha havido nenhuma exigência explícita de sua parte, o simples fato de se tratar de um Policial já será, *de per si*, suficiente para intimidar a vítima, já que mentalmente causa uma sensação de impotência pelo fato de o pedido advir logo de quem representa um órgão da segurança pública.

Enquanto o *caput* do art. 33 versa sobre a exigência de *informação ou cumprimento de obrigação*, o parágrafo único tipifica a conduta do agente que se aproveita da sua função, ou que invoca sua condição funcional, *para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.*

Na primeira hipótese, o agente se aproveita de sua qualidade funcional para se esquivar, escusar, desobrigar-se de uma obrigação imposta por força de lei. É o que ocorre, por exemplo, com o Promotor de Justiça que invoca a sua condição de agente público para não se sujeitar ao bafômetro numa blitz de trânsito.

Na segunda hipótese, o especial fim de agir do agente público é obter alguma vantagem ou privilégio, necessariamente indevidos. Levando-se em consideração o silêncio do legislador, o ideal é concluir que a vantagem ou o privilégio podem

231. Para mais detalhes acerca da diferença entre o delito do art. 33, parágrafo único, da nova Lei de Abuso de Autoridade e os crimes de concussão e corrupção passiva (CP, arts. 316 e 317, respectivamente), vide abaixo item referente ao *conflito aparente de normas*.

ser de qualquer natureza, patrimonial ou não (v.g., prestígio político, conferência de um título de graduação, etc.). A título de ilustração, suponha-se que determinado magistrado apresente sua identificação funcional na entrada de um estádio de futebol com o objetivo de não ter que ficar na fila.

Na parte final do art. 33, parágrafo único, o vocábulo 'indevido' funciona como elemento normativo do tipo. *In casu,* é imprescindível analisar o caso concreto para verificar se a vantagem ou privilégio eram (ou não) devidos.

Por fim, quanto ao denominado "PPO", jargão utilizado no meio policial para se referir a uma espécie de 'ponto de parada obrigatória", assim compreendido como um estabelecimento do ramo de alimentos, lanches e comidas (v.g., restaurantes, padarias, lanchonetes), que não cobra dos policiais (0800) ou que concede descontos (0400), logo, de parada obrigatória dos policiais durante o serviço, partilhamos do entendimento de Rodrigo Foureaux,[232] segundo o qual cada caso concreto deve ser analisado detalhadamente. Assim, se o policial "indaga" várias vezes ao comerciante se realmente tem que pagar, com a clara intenção de se eximir do pagamento, ou se insistentemente "solicita" para não efetuar o pagamento, claramente aproveitando-se do temor inerente às funções por ele exercidas, ter-se-á como configurado o delito do art. 33, parágrafo único, da Lei n. 13.869/19. Agora, se o comerciante se recusa a receber ou não cobra quaisquer valores de refeições servidas aos militares, seja como forma de reconhecer e valorizar o trabalho dos profissionais envolvidos na segurança pública, seja para atrair a presença constante da Polícia no local, o que, em tese, geraria uma sensação de maior segurança para seus frequentadores, não há falar em abuso de autoridade: a uma porque não houve qualquer conduta por parte do agente público; a duas porque não restou caracterizado o especial fim de agir a que se refere o art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19.

48.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual). Para além do elemento subjetivo especial do tipo constante do art. 1º, §1º, o juízo de tipicidade do crime do art. 33, parágrafo único, também depende do especial fim de agir *"para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido".*

48.6. Consumação e tentativa.

Cuida-se de crime formal, que se consuma com a efetiva utilização do cargo ou da função pública, ou da invocação da condição de agente público, ainda que este não consiga obter o resultado almejado (eximir de obrigação legal ou obter vantagem ou privilégio indevido). Se porventura o agente lograr êxito em se eximir de obrigação legal, ou na obtenção de vantagem ou privilégio indevido, ter-se-á o mero exaurimento do delito. À semelhança do crime previsto no *caput,* admite-se a tentativa quando praticado por escrito, mas a missiva é interceptada antes de chegar ao conhecimento do destinatário.

48.7. Classificação doutrinária.

O delito do art. 33, *caput,* da nova Lei de Abuso de Autoridade pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado; c) crime de dano; d) crime de forma livre; e) crime comissivo; f) crime instantâneo; g) crime unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual.**

48.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 12 da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

48.9. Conflito aparente de normas.

O delito do art. 33, parágrafo único, da Lei n. 13.869/19 não se confunde com o delito de concussão ("Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida"), nem tampouco com o de corrupção passiva ("Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem"), ambos previstos no Código Penal.

É bem verdade que os três delitos em questão – arts. 316 e 317 do Código Penal, e art. 33, parágrafo

232. *A nova Lei de Abuso de Autoridade, as refeições e o consumo de alimentos gratuitos ou com descontos por policiais em serviço.* Disponível em: meusitejurídico.editorajuspodivm.com.br/2019/10/16/nova-lei-de-abuso-de-autoridade-refeicoes-e-o-consumo-de-alimentos-ou-com-descontos-por-policiais-em-serviço. Acesso em 21/11/2019.

único, da Lei n. 13.869/19 – são cometidos por agentes públicos em razão das funções por eles exercidas, visando, em regra, ao recebimento de vantagem indevida. Todavia, no caso específico do crime previsto na nova Lei de Abuso de Autoridade, não há, como observa Cleber Masson, "nenhuma negociação espúria entre a vantagem ou privilégio desejado e algum ato relacionado à função pública exercida pelo agente",[233] característica esta que necessariamente deverá estar presente na concussão e na corrupção passiva.

Assim, e a título de ilustração, se o Promotor de Justiça negociar com o proprietário de uma casa noturna o não oferecimento de denúncia contra ele em troca de livre acesso ao local, sem a necessidade de pagar a conta, deverá responder pelo crime de concussão (CP, art. 316), porquanto evidenciada uma permuta criminosa entre a exigência da vantagem indevida e as funções por ele exercidas. Agora, se este mesmo Promotor dá uma "carteirada" para assistir a uma peça de teatro de graça, sem que a apresentação do documento guarde qualquer relação com as funções ministeriais por ele exercidas, senão a de que se trata de um membro do Ministério Público, o crime em questão será o do art. 33, parágrafo único, da Lei n. 13.869/19. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 22** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), referindo-se, porém, ao crime de corrupção passiva: "Quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido pratica abuso de autoridade (art. 33, parágrafo único) se o comportamento não estiver atrelado à finalidade de contraprestação do agente ou autoridade. Caso contrário, outro será o crime, como corrupção passiva (art. 317 do CP)".

Art. 34. (VETADO).

49. OMISSÃO DE CORREÇÃO DE ERRO RELEVANTE QUE SABE EXISTIR EM PROCESSO OU PROCEDIMENTO.

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o art. 34 do Projeto que deu origem à nova Lei de Abuso de Autoridade tipificava a seguinte conduta: "Art. 34. Deixar de corrigir, de ofício ou mediante provocação, com competência para fazê-lo, erro relevante que sabe existir em processo ou procedimento: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, e multa." No entanto, o Presidente da República deliberou por vetar o art. 34, fazendo-o com base seguinte fundamentação: "A propositura legislativa, ao dispor que 'erro relevante' constitui requisito como condição da própria tipicidade, gera insegurança jurídica por encerrar tipo penal aberto e que comporta interpretação. Ademais, o dispositivo proposto contraria o interesse público ao disciplinar hipótese análoga ao crime de prevaricação, já previsto no art. 319 do Código Penal, ao qual é cominado pena de três meses a um ano, e multa, em ofensa ao inciso III do art. 7º da Lei Complementar nº 95 de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, em razão do inadequado tratamento do mesmo assunto em mais de um diploma legislativo." O veto em questão não foi derrubado pelo Congresso Nacional.

Art. 35. (VETADO).

50. ATENTADO À LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO.

Na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, o art. 3º, alínea "f", tipificava como crime de abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de associação. À semelhança, quando aprovado pelo Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 7.596 de 2017 (n. 85/17 no Senado Federal) tipificava em seu art. 35 a seguinte conduta delituosa: "Art. 35. Coibir, dificultar ou impedir, por qualquer meio, sem justa causa, a reunião, a associação ou o agrupamento pacífico de pessoas para fim legítimo: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa." Ocorre que o Presidente da República deliberou por vetar o dispositivo em questão com base nos seguintes argumentos: "A propositura legislativa gera insegurança jurídica, tendo em vista a generalidade do dispositivo, que já encontra proteção no art. 5º, XVI, da Constituição da República, e que não se traduz em uma salvaguarda ilimitada do seu exercício, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento é no sentido de que o direito à liberdade de se reunir não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso." Este veto foi mantido pelo Congresso Nacional.

233. MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)*. Vol. 3. 10ª ed. São Paulo: Método, 2020.

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

51. DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS EM QUANTIA QUE EXTRAPOLA EXACERBADAMENTE O VALOR ESTIMADO PARA A SATISFAÇÃO DA DÍVIDA E SUBSEQUENTE NEGATIVA DE CORREÇÃO DO EXCESSO.

51.1. Direito intertemporal.

À época da vigência da revogada Lei 4.898/65, não havia tipo penal idêntico ao do art. 36. Talvez a figura delituosa que mais se aproximasse, ainda que remotamente, seria o art. 4º, alínea "h", *in fine*, que criminalizava o *ato lesivo do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio.* Cuida-se, pois, de verdadeira *novatio legis* incriminadora, com aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869/19, *in casu*, a partir do dia 3 de janeiro de 2020.

51.2. Noções gerais acerca da execução e do princípio da menor onerosidade.

A execução pode ser conceituada como o meio colocado à disposição do jurisdicionado para obrigar o devedor a satisfazer, forçadamente, o direito previamente declarado, seja no processo de conhecimento, seja em documento extrajudicial ao qual a lei confere eficácia executiva. Consiste, grosso modo, na prática coativa de atos materiais que visam proporcionar a satisfação forçada de uma prestação devida e inadimplida, a conformar o mundo externo à determinação constante do título executivo. Ou seja, a índole da execução é substancialmente satisfativa, e não declaratória ou acautelatória, substituindo a vontade do condenado renitente pelo comando da lei declarado no título executivo. É nesse sentido, aliás, o teor do art. 786 do Código de Processo Civil, segundo o qual a execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo.

Consoante disposto no art. 797 do CPC, a execução se realiza no interesse do exequente – princípio da efetividade da tutela executiva –, de modo que a tutela jurisdicional executiva deve ser efetiva, é dizer, capaz de proporcionar, de forma tempestiva, satisfação ao direito merecedor da tutela executiva. Ora, se a execução é concretizada por meio da prática de atos que visam ingressar no patrimônio do executado, de modo a obter o cumprimento forçado da obrigação, é de sua essência que proporcione algum sacrifício ao executado. Todavia, a satisfação do direito do exequente não pode ser buscada a todo custo, nem tampouco se pode admitir que a execução se transforme num instrumento de exercício de vingança privada, nada justificando que o executado sofra mais do que o estritamente necessário na busca da satisfação do direito do credor. Um dos limites impostos à atuação jurisdicional na execução diz respeito à exigência da menor onerosidade ao executado. A propósito, o art. 805, *caput*, do CPC dispõe que quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. De um lado, tutela-se a dignidade da pessoa humana do executado. Do outro, resguardam-se as exigências de boa-fé e lealdade processual por parte do exequente, que não deve abusar de seu direito e prejudicar o executado além do indispensável para a satisfação da obrigação.

Cuida-se, o princípio da menor onerosidade, de verdadeiro desdobramento do princípio da proporcionalidade. É dizer, na escolha do meio executivo, devem ser analisadas todas as alternativas existentes à luz dos três subprincípios daquele postulado: a) adequação: o meio executivo escolhido deve ser adequado ao fim a que se destina; b) vedação do excesso: deve acarretar o menor sacrifício possível ao executado; c) proporcionalidade em sentido estrito: os benefícios proporcionados em termos de satisfação da obrigação devem ser superiores ao gravame ocasionado.

É dentro desse cenário que a nova Lei de Abuso de Autoridade passa a criminalizar a conduta do magistrado que decreta, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la.

51.3. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se a Administração Pública e o patrimônio do devedor.

51.4. Sujeitos do crime.

Referindo-se o dispositivo à decretação da indisponibilidade de ativos financeiros em processo judicial, é de rigor a conclusão no sentido de que o sujeito ativo do crime do art. 36 é apenas a **autoridade judiciária**, porquanto se trata do único agente público listado pelo art. 2º da Lei n. 13.869/19 com competência para tanto. Isso, todavia, não impede a participação de outros agentes públicos (v.g., analista, assessor, estagiário, etc.) ou até mesmo de pessoas estranhas aos quadros da administração pública. O sujeito passivo é não apenas o Estado, mas também o devedor, pessoa física ou jurídica, cujo patrimônio foi objeto de indevida constrição.

51.5. Tipo objetivo.

São duas as condutas que devem ser praticadas **cumulativamente** pelo magistrado para fins de tipificação do crime de abuso de autoridade do art. 36 da Lei n. 13.869/19. Ambas devem praticadas em *processo judicial* (penal ou extrapenal), expressão esta que não abrange procedimentos investigatórios, como, por exemplo, um inquérito policial, uma investigação criminal presidida pelo Ministério Público, etc.

No primeiro momento, o magistrado decreta, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros[234] em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida. Na sequência – perceba-se que o dispositivo faz uso da conjunção aditiva "e" –, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, esse mesmo magistrado deixa de corrigi-la. Como se percebe, a decretação da indisponibilidade de ativos financeiros em valor exacerbado,[235] isoladamente considerada, não basta para a caracterização do crime. Para além disso, também se faz necessário que o magistrado se recuse a corrigir o abuso, a despeito de ter sido alertado nesse sentido pelo devedor. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 23** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "O delito do art. 36 da Lei de Abuso de Autoridade (abusiva indisponibilidade de ativos financeiros) pressupõe, objetivamente, uma ação (decretar) seguida de uma omissão (deixar de corrigir)".

O tipo penal em análise dialoga, não exclusiva, mas principalmente com o Código de Processo Civil, notadamente com o quanto disposto em seu art. 854.

Como é sabido, referido diploma normativo dá evidente prioridade à expropriação simples, que se realiza com a apropriação e entrega de dinheiro do executado ao exequente. Seja por ser mais rápida, menos custosa, mas, principalmente, por permitir que se obtenha desde logo o bem devido, deve-se sempre preferir a expropriação simples àquela por conversão de bens em dinheiro. Não por outro motivo, o art. 835, inciso I, do CPC, dispõe que é prioritária a penhora de dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira.

Para viabilizar a penhora de dinheiro depositado em conta corrente ou aplicações financeiras, o art. 854, *caput*, do CPC dispõe que o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne *indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.* Como diz o CPC, o dinheiro encontrado deve ser tornado indisponível ao executado. Dá-se, aqui, portanto, algo mais agudo que o que ocorre com a penhora de outros bens, em que é possível ao executado continuar a utilizá-los, ainda que, para tanto, o executado tenha que se tornar depositário.

O sistema eletrônico utilizado entre nós é denominado de *BacenJud*. Por meio dele, possibilita-se o encaminhamento, por via eletrônica (Internet), de ordens judiciais de indisponibilização e transferência de valores monetários depositados ou

234. De acordo com o art. 2º da Resolução n. 4.593 do Bacen, de 28 de agosto de 2017, consideram-se ativos financeiros: I - os títulos de crédito, direitos creditórios e outros instrumentos financeiros que sejam: a) de obrigação de pagamento das instituições mencionadas no art. 1º, incluindo contratos de depósitos a prazo; b) de coobrigação de pagamento das instituições mencionadas no art. 1º, em operações como aceite e garantia; c) admitidos nas carteiras de ativos das instituições mencionadas no art. 1º, exceto os objeto de desconto; d) objeto de desconto em operações de crédito, por instituições mencionadas no art. 1º ou entregues em garantia para essas instituições em outras operações do sistema financeiro; e) escriturados ou custodiados por instituições mencionadas no art. 1º; ou Resolução nº 4.593, de 28 de agosto de 2017 Página 2 de 7 f) de emissão ou de propriedade de entidades não autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, integrante de conglomerado prudencial, definido nos termos do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif); e II - os bens, direitos ou instrumentos financeiros: a) cuja legislação ou regulamentação específica assim os defina ou determine seu registro ou depósito centralizado; ou b) que, no âmbito de um arranjo de pagamento, sejam de obrigação de pagamento de instituição de pagamento aos seus clientes. § 1º Os ativos financeiros de que trata o inciso I do caput podem ser originários de operações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil, de prestação de serviços, entre outros, inclusive na hipótese de direitos creditórios de existência futura e montante desconhecido, desde que derivados de relações já constituídas. § 2º Excluem-se da definição de ativos financeiros de que trata o caput os valores mobiliários.

235. Para Agi (op. cit. p. 93), a extrapolação é exacerbada apenas quando o valor objeto da indisponibilidade for igual ou superior ao dobro do estimado para a satisfação da dívida.

aplicados em instituições financeiras, por intermédio do Banco do Brasil. De acordo com o art. 2º da Resolução n. 61/2008 do Conselho Nacional de Justiça, "é obrigatório o cadastramento, no sistema BacenJud, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial".

Portanto, quando o tipo penal do art. 36 da Lei n. 13.869/19 faz menção à decretação da *indisponibilidade de ativos financeiros* em processo judicial, refere-se, grosso modo, mas não exclusivamente, à denominada *penhora on-line*, espécie de constrição de dinheiro ou aplicações financeiras por meio de sistema eletrônico, comandada pelo juiz de seu computador em sistema disponibilizado pelo Banco Central.

Não é de todo incomum, porém, que ocorra a sobreposição de constrições. Explica-se: a quantia executada seria de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), porém o executado mantém diversas contas bancárias em seu nome em diferentes instituições financeiras, de modo que, inadvertidamente, ocorrem bloqueios em cada uma dessas contas, cada qual no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), totalizando uma constrição excessiva, logo, indevida. Daí o porquê da regra inserida no art. 854, §1º, do CPC, que prevê que no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, deverá o juiz, de ofício, determinar o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pelas instituições financeiras em igual prazo.

Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente (CPC, art. 854, §2º), oportunidade em que poderá tentar comprovar que ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros (CPC, art. 854, §3º, II). Acolhida, pelo juiz, a alegação de indisponibilidade indevida, não poderá haver a conversão em penhora e a constrição deverá ser levantada em até 24 (vinte e quatro) horas (CPC, art. 854, §4º). Para tanto, o juiz deverá acessar o sistema BacenJud e cancelar a constrição.

É exatamente nesse momento que o crime do art. 36 estará caracterizado. Ou seja, a despeito de ter sido informado pelo devedor acerca do excesso da execução com fundamento no art. 854, §3º, II, do CPC, o magistrado se omite quanto ao seu dever legal – CPC, art. 854, §4º – de determinar o cancelamento dessa indisponibilidade excessiva, assim agindo com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal (Lei n. 13.869/19, art. 1º, §1º).

51.6. Tipo subjetivo.

O crime do art. 36 é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual). Demanda, ademais, a presença do elemento subjetivo especial do injusto previsto no art. 1º, §1º, da nova Lei de Abuso de Autoridade, valendo ressaltar que eventual divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade (Lei n. 13.869/19, art. 1º, §2º).

51.7. Consumação e tentativa.

Firmada a premissa de que não basta a decretação da indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida, sendo necessária, ademais, a negativa do magistrado em corrigir a excessividade da medida, é de rigor a conclusão no sentido de que o crime se consuma neste segundo momento, ou seja, no exato instante em que o juiz, após ter sido informado pelo devedor acerca do excesso da execução, deixar de determinar o cancelamento dessa indisponibilidade exacerbada. Logo, por se tratar de crime omissivo próprio, não nos parece possível a configuração da tentativa.

51.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 36 pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime de conduta mista:** crimes de conduta mista são aqueles em que o agente, inicialmente, pratica uma conduta comissiva e, posteriormente, uma conduta omissiva, a exemplo do que ocorre com o crime de apropriação de coisa achada, tipificado no art. 169, parágrafo único, inciso II, do CP, em que o agente acha coisa alheia perdida e dela se apropria (comportamento comissivo), total ou parcialmente, deixando de restituí-la (comportamento omissivo) ao dono ou legítimo possuidor ou de entrega-la à autoridade competente, dentro do prazo de 15 (quinze) dias. No caso específico do art. 36 da nova Lei de Abuso de Autoridade, o magistrado decreta a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia exacerbada (comportamento comissivo), deixando de corrigi-la após a demonstração da excessividade pelo devedor (comportamento omissivo); **c) crime material; d) crime plurissubsistente**; **e) crime unissubjetivo**.

51.9. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 9º da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

> **Art. 37. Demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento:**
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

52. DEMORA DEMASIADA E INJUSTIFICADA NO EXAME DE PROCESSO DE QUE TENHA REQUERIDO VISTA EM ÓRGÃO COLEGIADO.

52.1. Direito intertemporal.

A revogada Lei n. 4.898/65 não tipificava esse atraso doloso na apresentação de voto-vista em órgãos colegiados. Portanto, por se tratar de *novatio legis* incriminadora, sua aplicação ficará restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.869/19.

52.2. Bem jurídico tutelado.

Para além da dignidade da função pública, o art. 37 também tutela a razoável duração do processo, objeto de análise nos comentários ao art. 31.

52.3. Sujeitos do crime.

Cuida-se de crime próprio, nos exatos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Porém, não é qualquer agente público que pode praticá-lo.

À primeira vista, pelo fato de o art. 37 fazer referência àquele que tenha requerido vista em *órgão colegiado*, fica a impressão de que tal delito jamais poderia ser praticado por um *magistrado de primeira instância*, mas apenas por Desembargadores e Ministros, pois são estes que costumam integrar órgãos colegiados, como Câmaras e Turmas dos Tribunais de 2ª instância e dos Tribunais Superiores.[236] Porém, não se pode perder de vista que juízes de primeiro grau também podem atuar em órgãos colegiados em pelo menos 3 (três) hipóteses diversas, a saber: a) **Turmas Recursais**: as funções de 2ª instância dos Juizados Especiais Criminais são exercidas pelas Turmas Recursais, que são formadas são formadas por 3 (três) juízes de primeiro grau (CF, art. 98, I); b) **Juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas**: em se tratando de delitos dessa natureza, havendo circunstâncias que acarretem risco à integridade física do juiz, a Lei n. 12.694/12 autoriza a formação de um órgão colegiado formado por 3 (três) magistrados em exercício no primeiro grau de jurisdição (art. 1º, §2º). Por sua vez, consoante disposto no art. 1º-A, *caput*, da Lei n. 12.694/12, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais poderão instalar, nas comarcadas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, mediante resolução, varas criminais colegiadas com competência para o processo e julgamento: I – de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição; II – do crime do art. 288-A do CP; e III – das infrações penais conexas aos crimes a que se referem os incisos anteriores; c) **convocação de juízes de primeiro grau para substituir desembargadores**: de acordo com o art. 118 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), com redação dada pela Lei Complementar nº 54/86, em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça, poderão ser convocados Juízes, em Substituição, escolhidos por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu Órgão Especial. Enfim, como se percebe, não se pode descartar a possibilidade de um juiz de primeiro grau figurar como sujeito ativo do delito *sub examen*, já que tais magistrados também podem integrar órgãos colegiados.

No mais, como o art. 37 faz referência à demora demasiada e injustificada no *exame de processo* de que tenha requerido vista em órgão colegiado, sem necessariamente especificar a natureza desse feito – cível, criminal ou administrativo –, também não se pode descartar a possibilidade de uma autoridade estranha ao Poder Judiciário figurar na condição de sujeito ativo do delito. É o que ocorre, por exemplo, se um dos três servidores estáveis responsáveis pela condução de um processo disciplinar destinado a apurar a responsabilidade do servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições (Lei n.

236. No sentido de que o delito do art. 37 só poderia ser praticado por desembargadores ou ministros de Tribunais: MARQUES. Op. cit. p. 146.

8.112/90, arts. 148 e 149) demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento. Enfim, não se trata, o delito do art. 37, de crime próprio de integrantes do Poder Judiciário. Outros agentes públicos também podem figurar na condição de sujeito ativo, tais como Ministros dos Tribunais de Contas, Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), etc.

Noutro giro, o sujeito passivo é não apenas o Estado, mas também a parte, cujo processo teve seu andamento prejudicado em virtude da demora demasiada e injustificada decorrente do requerimento de vista em órgão colegiado.

52.4. Tipo objetivo.

A conduta incriminada pelo art. 37 é **demorar**, que consiste em retardar, atrasar, ultrapassar o limite necessário e razoável para a prática de determinado ato.

O legislador faz uso de dois elementos normativos: *demasiada* e *injustificadamente*. *Demasiado* é aquilo que ultrapassa o natural, é aquilo que é excessivo, que se prolonga exageradamente. Conquanto o art. 37 não estabeleça expressamente um critério de tempo para que se compreenda o que seria "demora demasiada", parece-nos perfeitamente possível extrair do art. 940 do Código de Processo Civil um parâmetro razoável, *in verbis:* "O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução. §1º Se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou se não for solicitada pelo juiz prorrogação de prazo de no máximo mais 10 (dez) dias, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído". Enfim, é somente após o decurso do prazo de 20 (vinte) dias que se poderá começar a entender que a demora será demasiada.[237]

De todo modo, não basta que a demora seja demasiada. Para além disso, o retardamento deve ter sido provocado pelo agente público sem nenhuma escusa legítima. Essa justificativa poderia ser, por exemplo, a complexidade do caso, quer pelo número excessivo de acusados, quer pelo volume dos autos, ou eventual greve dos servidores, etc.

Por fim, a conduta terá como objeto material o *processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado.* Como exposto anteriormente, onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo. Logo, levando-se em consideração que o art. 37 faz menção a *"processo"*, sem especificar sua natureza, aí estão abrangidos não apenas aqueles de natureza criminal, como também feitos cíveis e administrativos.[238]

52.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo direto ou eventual, não se admitindo a modalidade culposa. Para além do elemento subjetivo especial do injusto previsto no art. 1º, §1º, a tipificação do crime do art. 37 da Lei n. 13.869 também demanda o especial fim de agir *de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento.* Cuida-se, portanto, de **delito de intenção (delito de tendência interna transcendente)**.

52.6. Consumação e tentativa.

O delito se consuma no exato – e impreciso – momento em que restar caracterizada a demora demasiada e injustificada no exame de processo de que o agente público tenha requerido vista em órgão colegiado. Pouco importa, para tanto, que o julgador consiga (ou não) procrastinar o andamento do feito ou retardar seu julgamento. Se isso vier a ocorrer, ter-se-á o mero exaurimento do delito, a ser sopesado pelo juiz tão somente por ocasião da dosimetria da pena, mais precisamente na avaliação da circunstância judicial das *consequências do crime* (CP, art. 59). A tentativa é inviável.

52.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 37 da Lei n. 13.869/19 pode ser classificado da seguinte forma: **a) crime próprio; b) crime de mera conduta; c) delito de intenção (delito de tendência interna transcendente); d) crime permanente**: a demora demasiada e injustificada se protrai no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a execução do delito a qualquer momento, *in casu,* restituindo os autos para julgamento; **e) crime a prazo**: cuida-se de crime a prazo porque sua consumação não ocorre no exato momento em que o agente público requer vista dos autos do processo em órgão colegiado, mas

237. Nessa linha: AZEVEDO, André Boiani e. *Nova Lei do abuso de autoridade comentada artigo por artigo.* Corrdenação de Guaracy Moreira Júnior. São Paulo: Rideel, 2019. p. 106.

238. No sentido de que o tipo penal do art. 37 não se limita a processos judiciais: AGI. Op. cit. p. 96.

tão somente após restar caracterizada a demora demasiada e injustificada na devolução dos autos para julgamento; **f) crime omissivo:** consiste na demora demasiada e injustificada no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado.

52.8. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 12 da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

> **Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação:**
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

53. ANTECIPAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA POR MEIO DE COMUNICAÇÃO, INCLUSIVE REDE SOCIAL, ANTES DE CONCLUÍDAS AS APURAÇÕES E FORMALIZADA A ACUSAÇÃO.

53.1. Rejeição do veto presidencial.

O Presidente da República vetou o art. 38 do então Projeto de Lei n. 7.596/17 (n. 85/17 no Senado Federal) com base nos seguintes argumentos: "A propositura legislativa viola o princípio constitucional da publicidade previsto no art. 37, que norteia a atuação da Administração Pública, garante a prestação de contas da atuação pública à sociedade, cujos valores da coletividade prevalecem em regra sobre o individual, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, a comunicação a respeito de determinados ocorrências, especialmente sexuais ou que violam direitos de crianças e adolescentes, podem facilitar ou importar em resolução de crimes." O veto, porém, foi rejeitado pelo Congresso Nacional.

53.2. Direito intertemporal.

À época da vigência da revogada Lei n. 4.898/65, seu art. 4º, alínea "h", tipificava como abuso de autoridade *o ato lesivo da honra*, ou do patrimônio *de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal.* Ao referido delito era cominada uma pena privativa de liberdade de detenção por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses. Com o advento da Lei n. 13.869/19, a despeito de não reproduzir *ipsis litteris* a redação do antigo tipo penal, seu art. 38 tipifica a conduta do agente público responsável pelas investigações que antecipa, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação, conduta esta que não deixa de ser um ato lesivo à honra da pessoa que figura como objeto da investigação. Levando-se em consideração o caráter mais gravoso de sua pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos –, deve ser observado o princípio da irretroatividade da *lex gravior.*

53.3. Noções gerais acerca do respeito à *integridade moral do preso* e à regra de tratamento (dimensão externa) decorrente do princípio da presunção de inocência.

Como exposto nos comentários ao art. 13 da Lei n. 13.869/19, a Constituição Federal assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX). À semelhança do que ocorre em outros incisos do art. 5º da Constituição Federal (v.g., LXIII), o termo *preso* deve ser objeto de interpretação extensiva, de modo a abranger toda e qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal (imputado), pouco importando se se trata de mero suspeito, investigado, indiciado ou acusado, e se tal indivíduo está preso ou em liberdade.

A questão relativa ao respeito à integridade moral do imputado ganha importância em sede do estudo dos crimes de abuso de autoridade quando se verifica a crescente importância dada pela mídia às mazelas do processo penal. Com efeito, hoje em dia, não são raras as investigações e prisões acompanhadas ao vivo pela imprensa que, coincidentemente, sempre está presente no lugar e hora marcados para registrar tudo. Tais imagens, depois, são exploradas à exaustão nos telejornais pelos *doutrinadores do direito penal e processual penal*, o que é feito a título de informar a população. Sob os holofotes da mídia, é colocada em segundo plano a finalidade de todo e qualquer procedimento investigatório, qual seja, o de coletar elementos de informação e autoria de modo a auxiliar na formação da *opinio delicti* do titular da ação penal. Ao invés de falar exclusivamente nos autos, como deveria ser, agentes públicos como Promotores de Justiça, Delegados de Polícia e até

mesmo magistrados estão muito mais preocupados em dar entrevistas, aparecer na mídia, usar a 'desgraça' de uns para fins de autopromoção. Passam as investigações preliminares, assim, a desempenhar um efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea,[239] exercendo uma função absolutamente incoerente e proscrita para um instrumento de caráter meramente preparatório.

Essa *antecipação de culpa* por parte dos agentes públicos responsáveis pela condução dos procedimentos investigatórios também entra em rota de colisão com o princípio da presunção de inocência, mais precisamente com a sua dimensão externa. Explica-se: como é sabido, derivam do referido postulado duas regras fundamentais, a regra probatória e a regra de tratamento. Por força da primeira, recai sobre a acusação o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não deste de provar sua inocência. Por sua vez, como consequência da segunda regra, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao imputado como se este já houvesse sido condenado definitivamente, pelo menos enquanto não houver o trânsito em julgado de sentença condenatória. De seu turno, este dever de tratamento atua em duas dimensões: a) interna ao processo: funciona como dever imposto, inicialmente, ao magistrado, no sentido de que o ônus da prova recai integralmente sobre a parte acusadora, devendo a dúvida favorecer o acusado. Ademais, as prisões cautelares devem ser utilizadas apenas em situações excepcionais, desde que comprovada a necessidade da medida extrema para resguardar a eficácia do processo; b) externa ao processo: o princípio da presunção de inocência e as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade demandam uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, funcionando como limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.[240]

Não olvidamos a importância da liberdade de expressão, compreendida como a possibilidade de difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões, mediante a palavra escrita ou qualquer outro meio de reprodução. No entanto, se aos órgãos de informação é assegurada a maior liberdade possível em sua atuação, também se lhes impõe o dever de não violar princípios basilares do processo penal, substituindo o devido processo legal previsto na Constituição por um julgamento sem processo, paralelo e informal, mediante os meios de comunicação.

Oportuna, nesse sentido, a lição sempre abalizada do Min. Marco Aurélio: "(...) Ninguém desconhece a necessidade de adoção de rigor no campo da definição de responsabilidade, mormente quando em jogo interesses públicos da maior envergadura. No levantamento de dados, no acompanhamento dos fatos, no esclarecimento da população, importante é o papel exercido pela imprensa. Todavia, há de se fazer presente advertência de Joaquim Falcão, veiculada sob o título A imprensa e a justiça, no Jornal O Globo, de 06.06.93: `Ser o que não se é, é errado. Imprensa não é justiça. Esta relação é um remendo. Um desvio institucional. Jornal não é fórum. Repórter não é juiz. Nem editor é desembargador. E quando, por acaso, acreditam ser, transformam a dignidade da informação na arrogância da autoridade que não têm. Não raramente, hoje, alguns jornais, ao divulgarem a denúncia alheia, acusam sem apurar. Processam sem ouvir. Colocam o réu, sem defesa, na prisão da opinião pública. Enfim, condenam sem julgar'."[241]

Especificamente em relação à divulgação da imagem de pessoas presas, o que se vê no dia a dia é uma crescente degradação da imagem e da honra produzida pelos meios de comunicação de massa com a conivência das autoridades estatais, por meio da reprodução da imagem do preso sem que haja prévia autorização do preso, nem tampouco um fim social na sua exibição. Utilizam sua imagem, pois, como produto da notícia, a fim de saciar a curiosidade do povo. Os programas sensacionalistas do rádio e da televisão saciam curiosidades perversas extraindo sua matéria-prima da miséria de cidadãos humildes que aparecem algemados e exibidos como verdadeiros troféus.[242]

Queremos crer, com base na lição de Ana Lúcia Menezes Vieira,[243] que a reprodução pública da imagem de pessoas envolvidas em crimes deve ser vedada se ela resulta de modo antissocial, aflitivo ou degradante, a não ser que haja autorização do titular da imagem, ou se necessária à administração

239. LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris: 2006. p. 55.

240. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 47/48.

241. STF – HC – Liminar – Rel. Marco Aurélio – j. 14.06.2000 – Revista Síntese 3/141.

242. Nesse sentido: BUCCI, Eugênio. *Sobre ética e imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 156. *Apud* VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 156.

243. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 153.

da justiça – exemplo seria o retrato falado ou a própria fotografia, para fins investigativos.

Ora, como dito acima, a condição de cidadão preso não lhe retira o direito ao respeito à integridade moral e à dignidade.[244] Seus direitos personalíssimos devem ser tutelados de forma mais eficaz, não só por jornalistas, como também por autoridades policiais e membros do Ministério Público, que devem se abster de exibir presos à mídia. E isso não só para preservar os direitos personalíssimos do preso, como também para evitar que inocentes sejam identificados indevidamente como autores de delitos.

Infelizmente, não são poucos os exemplos de pessoas que são exibidas à mídia como suspeitas da prática de delitos, mas cuja inocência é posteriormente reconhecida. O célebre episódio da "Escola Base" é um dos mais emblemáticos casos de assassinato moral de inocentes, na dicção de Vieira. Os responsáveis pela referida escola foram dados pela mídia como autores de abusos sexuais contra crianças de classe média. A escola foi alvo de depredação, seus proprietários tiveram que abandonar os empregos, e também não podiam sair às ruas, porque corriam o risco de sofrer agressões em público, na medida em que a imprensa divulgava suas fotos. O inquérito policial, no entanto, acabou sendo arquivado por falta de elementos de informação que evidenciassem a prática dos crimes sexuais.

Outro caso recente é o denominado crime do Bar Bodega: em uma choperia em Moema, bairro nobre na cidade de São Paulo, dois jovens da classe média paulistana foram assassinados no dia 10 de agosto de 1996. Pressionada pela comoção social que o delito gerou, a polícia apresentou cinco jovens negros e pobres, moradores da periferia, como os responsáveis pelos homicídios. Como anota Eduardo Araújo Silva, "expostos à imprensa como animais bravios, algemados e com placas dependuradas em seus corpos, indicando números, foram fotografados, filmados e entrevistados por dezenas de repórteres de rádio, tevês, jornais e revistas".[245] Pouco tempo depois, porém, foram postos em liberdade, pois o Ministério Público não encontrou elementos de informações suficientes para oferecer denúncia. Na verdade, foram identificados indicativos de que teriam confessado a prática do delito mediante tortura.

É dentro desse contexto de necessário respeito à integridade moral do preso e à regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência que devemos compreender a novel figura delituosa do art. 38 da Lei n. 13.869/19. Se é verdade que a Administração Pública está sujeita ao princípio da publicidade (CF, art. 37, *caput*), também não é menos verdade que a observância irrestrita desse postulado não pode se dar ao arrepio de direitos e garantias individuais daquele indivíduo cuja presunção de inocência deve ser respeitada. Daí, aliás, o porquê da inclusão do art. 3º-F ao Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/19.

53.4. Bem jurídico tutelado.

O bem jurídico tutelado pelo art. 38 é a própria dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados, que são maculados pelo agente do crime. O delito também tutela a honra objetiva do investigado, ao qual é atribuída culpa pela prática delituosa pelo responsável pelas investigações antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação.

53.5. Sujeitos do crime.

Trata-se de **crime próprio**, nos exatos termos do art. 2º da Lei n. 13.869/19. Porém, não é qualquer agente público que pode figurar como sujeito ativo do crime de abuso de autoridade sob comento, mas apenas aquele *responsável pelas investigações* – penais ou extrapenais, já que a lei não faz qualquer ressalva nesse sentido –, a exemplo de um Promotor de Justiça, um Delegado de Polícia, o Presidente de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, um encarregado de inquérito policial militar, em se tratando de crimes militares, etc. Na eventualidade de a pessoa responsável pela atribuição de culpa não ostentar a qualidade de agente público, e nem concorrer com este para a prática do delito, nos termos dos arts. 29 e 30 do Código Penal, deverá responder por crime contra a honra, notadamente calúnia e difamação (CP, arts. 138 e 139).

Por sua vez, o sujeito passivo, além do Estado (mediato ou indireto), é a pessoa a quem foi atribuída culpa de maneira antecipada.

53.6. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo do art. 38 é **antecipar**, que significa adiantar-se, anunciar antecipadamente, prever, prenunciar, prognosticar. *In casu*, o agente público responsável pelas investigações antecipa **atribuição de culpa**, é dizer, aponta

244. SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 181.

245. SILVA, Eduardo Araújo. O papel da imprensa no caso do Bar Bodega. Isto é, 4 dez. 1996, p. 151. Apud VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo penal e mídia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 169.

alguém como autor (ou partícipe) de determinada infração penal, civil, ou administrativa.

Esta precipitada atribuição de culpa necessariamente deve ser cometida por *meio de comunicação, inclusive rede social*, o que significa dizer que não haverá crime se a conduta for praticada no âmbito de uma conversa privada, por exemplo (v.g., conversa particular via *whatsapp*). A comunicação é o processo de informação que se realiza entre os comunicadores e a audiência, heterogênea e anônima, por meio de instrumentos que são os **meios de comunicação**. Estes, também conhecidos como *mass media*, funcionam como meios técnicos para a difusão da mensagem, enfim, como instrumentos a serviço da informação, a exemplo de jornais, revistas, rádio, televisão, etc., hoje considerados de enorme importância pela influência que exercem na formação da opinião pública. Isso porque combinam diversos tipos de mensagens, desde as puramente informativas até as de opinião, as culturais e as de simples entretenimento.

Atenta ao avanço tecnológico desses instrumentos de comunicação, a nova Lei de Abuso de Autoridade refere-se, expressamente, às **redes sociais**. Estas funcionam como facilitadores de conexões sociais entre pessoas, grupos ou organizações que compartilham dos mesmos valores ou interesses, interagindo entre si. Todas elas têm em comum o compartilhamento de informações, conhecimentos, interesses e esforços em busca de objetivos comuns. Têm como característica fundamental a sua abertura, o que permite a formação de relacionamentos horizontais e não hierárquicos entre os participantes, refletindo um processo de fortalecimento da sociedade civil em um contexto de maior participação democrática e mobilização social. Operam em diferentes níveis, como, por exemplo, redes de relacionamento (v.g., *Facebook, Twitter, Instagram, MySpace, Badoo*), redes profissionais (*Linkedin*), etc.

Firmada a premissa de que a tipificação da figura delituosa sob comento está condicionada à antecipação da atribuição de culpa necessariamente *por meio de comunicação, inclusive rede social*, é de rigor a conclusão no sentido de que eventual indiciamento de alguém não se subsume ao tipo penal do art. 38.[246] Ainda que se queira argumentar que o indiciamento nada mais é do que atribuir a alguém a autoria ou participação em determinada infração penal, não se pode admitir que uma norma – *in casu*, o art. 38 da Lei n. 13.869/19 – criminalize uma conduta que é ordenada por outra. Com efeito, consoante disposto no art. 1º, §6º, da Lei n. 12.830/16, o indiciamento, privativo do Delegado de Polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. De mais a mais, como o indiciamento deve ser praticado exclusivamente nos autos do respectivo procedimento investigatório, e não pelos meios de comunicação, denota-se que, também por tal motivo, não haveria uma perfeita subsunção dessa conduta ao crime do art. 38.

A conduta delituosa deve ser praticada *antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação*. A utilização da conjunção aditiva "e" denota a observância cumulativa desses dois limites temporais. A expressão *antes de concluídas as apurações* pode ser traduzida como o encerramento das investigações, seja porquanto já foram obtidos robustos elementos de informação quanto à autoria e materialidade, seja porque não há mais nenhum meio de obtenção de prova e/ou diligência investigatória passível de utilização de modo a auxiliar na apuração do delito. Mas não basta isso. A acusação deve ter sido formalizada. Novamente, o legislador se vale de expressão aberta e indeterminada. Na difícil tarefa de interpretar os diversos elementos normativos constantes da nova Lei de Abuso de Autoridade, o ideal é compreender a locução *formalizada a acusação* como sinônimo de oferecimento da peça acusatória, seja pelo Ministério Público nos casos de ação penal pública, seja pelo ofendido nos crimes de ação penal de iniciativa privada. Se não há consenso na doutrina acerca do momento que marca o início do processo – oferecimento ou recebimento da peça acusatória –, como o art. 38 faz menção à *formalização da acusação*, revela-se desnecessário, para fins de tipificação do crime *sub examen*, o juízo positivo de admissibilidade da denúncia (ou queixa). Na eventualidade de a conduta ser praticada após a conclusão das apurações e depois de formalizada a acusação, não haverá crime.

Em conclusão, ponderamos que o tipo penal em comento não impede a divulgação do trabalho de investigação levado a efeito pelos órgãos persecutórios, *desde que não haja atribuição de culpa a ninguém*. Portanto, afigura-se perfeitamente possível que os agentes públicos divulguem os dados necessários para que todos saibam do que se trata a investigação, quais medidas foram adotadas naquele dia (mandados de busca, mandados de prisão, indisponibilidade patrimonial, etc.), quais elementos de informação/provas foram coletadas, etc., sempre evitando qualquer antecipação de culpa.

246. Na mesma linha: AZEVEDO. Op. cit. p. 109.

53.7. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo direto ou eventual. Impõe-se, ademais, a presença do elemento subjetivo especial do injusto previsto no art. 1º, §1º, valendo ressaltar que eventual divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade (art. 1º, §2º, da Lei n. 13.869/19).

53.8. Consumação e tentativa.

O crime do art. 38 estará consumado no exato momento em que o agente der publicidade à atribuição de culpa por meio de comunicação, inclusive rede social, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação. Por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se, pelo menos em tese, o *conatus*.

53.9. Classificação doutrinária.

Podemos classificar o crime do art. 38 da seguinte forma: **a) crime próprio;** b) **crime de mera conduta; c) crime comissivo; d) crime plurissubsistente**; e) **crime unissubjetivo**.

53.10. Ação penal, pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos em relação ao preceito secundário do crime do art. 12, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, ao qual também é cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

CAPÍTULO VII
DO PROCEDIMENTO

Art. 39. Aplicam-se ao processo e ao julgamento dos delitos previstos nesta Lei, no que couber, as disposições do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

54. APLICAÇÃO DO CÓDIGO PENAL E DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE.

Diante do silêncio da legislação especial acerca de determinada matéria, aplica-se, subsidiariamente, o quanto disposto no Código Penal. Daí dispor o art. 12 do CP que as regras gerais do diploma penal são aplicáveis aos fatos incriminados por lei especial, *se esta não dispuser de modo diverso*. Em sentido semelhante, porém no tocante às normas constantes do Código de Processo Penal, o art. 1º, *caput*, do CPP, dispõe que o processo penal reger-se-á, em todo território brasileiro, por este Código, ressalvadas as hipóteses ali mencionadas, dentre as quais não há qualquer referência aos crimes de abuso de autoridade. Daí se vê o grau de irrelevância do art. 39 da Lei n. 13.869/19, o que, aliás, não é novidade no nosso ordenamento jurídico, dada a péssima qualidade da produção legislativa.

54.1. (Des) necessidade de observância do procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos – arts. 513 a 518 do CPP – para os crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 13.869/19.

O Código de Processo Penal prevê, entre os arts. 513 e 518, um procedimento especial para os denominados crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. Cuida-se de rito específico para os denominados crimes funcionais, ou seja, aqueles cuja qualidade de funcionário público funciona como verdadeira elementar do delito.

É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que esse procedimento especial só se aplica aos *delitos funcionais típicos descritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal*. Portanto, o simples fato de se tratar de acusado que ostente a condição de funcionário público não atrai a incidência do art. 514 do CPP, pois, em verdade, faz-se necessário que o ilícito penal a ele atribuído seja próprio, funcional, no qual a condição de funcionário público seja inerente à prática do crime. Não por outro motivo, em caso concreto em que um funcionário público teria incorrido em *crime praticado por particular* contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90, art. 1º, II), concluiu a 5ª Turma do STJ que não haveria necessidade de notificação para apresentação da defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP, porquanto tal delito não se enquadraria no conceito de 'crime de responsabilidade de funcionário público'.[247]

247. STJ, 5ª Turma, RHC 22.118/MT, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/06/2010, DJe 09/08/2010. Ainda no sentido de que o rito previsto no art. 514 só é aplicável aos delitos previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal: STJ, 5ª Turma, HC 91.228/RS, Rel. Min. Jane Silva, j. 20/11/2007, DJ 10/12/2007 p. 423; STJ, 6ª Turma, HC 79.751/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 11/03/2008, DJe 14/04/2008; STJ, 5ª Turma, HC 115.796/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03/08/2010, DJe 23/08/2010; STJ, 5ª Turma, RHC 18.336/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11/04/2006, DJ 08/05/2006 p. 240. O Supremo Tribunal Federal também tem precedentes no sentido de que o procedimento previsto no art. 514 do CPP cinge-se às hipóteses em que a denúncia veicula crimes funcionais

Questiona-se, então, se tal rito seria aplicável aos crimes de abuso de autoridade. Na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, o tema não apresentava maiores controvérsias. Isso porque, à época, tais delitos eram punidos com pena de detenção por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses, logo, de menor potencial ofensivo, e, portanto, da competência dos Juizados Especiais Criminais. Com o advento da Lei n. 13.869/19, a *vexata quaestio* não terá quaisquer reflexos quanto aos crimes punidos com pena máxima de 2 (dois) anos (arts. 12, 16, 18, 20, 27, 29, 31, 32, 33, 37 e 38, todos da Lei n. 13.869/19), porque, à semelhança do que ocorria na vigência da legislação pretérita, estes continuarão sendo tratados como infrações de menor potencial ofensivo, sujeitos, pois, ao procedimento comum sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95. A controvérsia reside, portanto, em relação àqueles delitos punidos com pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (arts. 9º, 10, 13, 15, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 30 e 36, todos da Lei n. 13.869/19), logo, da competência de um Juiz Singular.

Nesse caso, é de rigor a aplicação do procedimento especial previsto entre os arts. 513 e 518 do CPP, desde que o agente ainda ostente a qualidade de agente público.[248] A uma porque a própria Lei n. 13.869/19, em seu art. 39, determina a aplicação do Código de Processo Penal ao processo e julgamento dos crimes de abuso de autoridade. A duas porque o procedimento especial em questão diz respeito aos *crimes de responsabilidade dos funcionários públicos*, conceito dentro do qual estão inseridos não apenas os crimes previstos entre os arts. 312 e 326 do Código Penal, mas também todas as figuras delituosas de abuso de autoridade, em que a qualidade de agente público também funciona como elementar do delito, haja vista o quanto disposto no art. 2º da Lei n. 13.869/19. Por fim, não parece haver nenhuma diferença ontológica entre crimes como peculato, corrupção passiva, prevaricação, previstos entre os arts. 312 e 326 do CPP, e aqueles previstos na nova Lei de Abuso de Autoridade: todos são crimes próprios, funcionais, nos quais a condição de agente público é inerente à prática do crime e atentam contra os mesmos bens jurídicos – Administração Pública e, a depender do delito, patrimônio, honra, liberdade individual, etc. –, daí por que não se pode dispensar a eles tratamento diverso, sob pena de odiosa violação ao princípio da isonomia. É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 24** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Os crimes de abuso de autoridade com pena máxima superior a dois anos, salvo no caso de foro por prerrogativa de função, são processados pelo rito dos crimes funcionais, observando-se a defesa preliminar do art. 514 do CPP".

Firmada essa premissa, são necessárias algumas observações em relação ao rito procedimental previsto entre os arts. 513 a 518 do CPP:

a) necessidade de defesa preliminar: a defesa (ou resposta) preliminar é uma oportunidade que o acusado tem de ser ouvido antes de o juiz receber a peça acusatória, objetivando impedir a instauração de um processo temerário. Visa evitar o processo como pena, isto é, impedir a instauração de um processo leviano, com base em acusação que a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da peça acusatória possa, de logo, demonstrar de todo infundada. A dialética inicial proporcionada pela defesa preliminar é de singular importância. É que, via de regra, os elementos de informação que lastreiam a acusação são obtidos de forma unilateral e, em alguns casos, com a atuação direta do próprio órgão acusador. Assim, a perspectiva de uma visão multifocal sobre o direito de acusar abre os horizontes da cognição enriquecendo o próprio juízo de admissibilidade. O momento procedimental para a apresentação da defesa preliminar é entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória. Este é o ponto central para identificá-la. Como a defesa preliminar é apresentada antes do juízo de admissibilidade da peça acusatória, infere-se que seu escopo principal é o de convencer o magistrado acerca da presença de uma das hipóteses que autorizam a rejeição da peça acusatória: inépcia da inicial, ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação; falta de justa causa para o exercício da ação penal (CPP, art. 395, I, II e III). No âmbito criminal, essa defesa preliminar pode ser encontrada apenas em alguns procedimentos especiais: 1) Lei de drogas (art. 55, *caput*, da Lei nº 11.343/06); 2) Procedimento originário dos Tribunais (art. 4º da Lei n. 8.038/90); 3) Juizados Especiais Criminais (art. 81 da Lei n. 9.099/95); 4) crimes funcionais afiançáveis (CPP, art. 514): todos os crimes de abuso de autoridade são afiançáveis, porquanto não elencados entre os arts. 323 e 324 do CPP. Essa defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP

típicos. A propósito, confira-se: STF, 1ª Turma, HC 95.969/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/05/2009, DJe 108 10/06/2009.

248. Com entendimento semelhante: FELBERG, Rodrigo. *Nova Lei do abuso de autoridade comentada artigo por artigo*. Corrdenação de Guaracy Moreira Júnior. São Paulo: Rideel, 2019. p. 111; GRECO; CUNHA. Op. cit. p. 301; AGI. Op. cit. p. 101. E ainda: PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. Op. cit. p. 60.

tem em mira o fato de o funcionário estar sujeito a perseguições em virtude do cumprimento de seus deveres funcionais. Portanto, a observância desse procedimento não se estende ao particular que seja corréu, o que pode ocorrer diante do art. 30 do CP.[249] É nesse sentido, aliás, o **enunciado n. 25** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Por ser privativa do servidor público, o particular concorrente no crime de abuso de autoridade não faz jus à preliminar contestação prevista no art. 514 do CPP". Na mesma linha, é dominante o entendimento no sentido de que a defesa preliminar a que se refere o art. 514 do CPP só é necessária enquanto o acusado for funcionário público. Logo, se, à época do oferecimento da peça acusatória, o acusado deixara de exercer a função pública (v.g., por ter sido exonerado), é dispensável a defesa preliminar.[250] Por fim, também não há necessidade de observância de defesa preliminar se acaso a denúncia imputar ao agente público a prática de crime funcional, como, por exemplo, o abuso de autoridade, e crime não funcional (v.g., furto). A propósito, eis o teor do **enunciado n. 27** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "A formalidade do art. 514 do CPP é dispensável quando a denúncia envolver, além do crime funcional, delito de outra natureza, ambos em concurso";[251]

b) necessidade de expedição de carta precatória para fins de notificação do agente público que residir em comarca diversa: especial atenção deve ser dispensada ao art. 514, parágrafo único, in fine, do CPP, que prevê que não será expedida carta precatória para notificação pessoal do acusado que residir em comarca diversa daquela da causa, *devendo o juiz nomear defensor para o oferecimento da defesa preliminar.* A nosso juízo, tal preceito é incompatível com a Constituição Federal. Isso porque um dos desdobramentos da ampla defesa consiste no direito que o acusado tem de escolher seu próprio advogado, haja vista a relação de confiança que necessariamente se estabelece entre o acusado e quem o defende. Portanto, o simples fato de o acusado morar em comarca diversa daquela na qual tramita o processo não justifica, de per si, a restrição ao seu direito de escolher advogado de sua confiança para oferecer a referida peça defensiva. A nomeação de defensor dativo somente será possível se, após a notificação do acusado por carta precatória, este quedar-se inerte;

c) necessidade de observância da defesa preliminar quando a peça acusatória estiver instruída por inquérito policial: quanto ao tema, há de se ficar atento à divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Para aquele, a notificação prévia do acusado para que ofereça defesa preliminar é dispensada quando a denúncia se encontrar devidamente respaldada em inquérito policial, eis que, nesse caso, e pelo menos em tese, o agente público já teria sido ouvido no curso do respectivo procedimento investigatório. A obrigatoriedade da notificação ficaria restrita, portanto, apenas para os casos em que a denúncia estivesse baseada, tão-somente, em documentos acostados à representação, dos quais o agente público sequer tomou conhecimento.[252] É nesse sentido, aliás, o enunciado da **súmula n. 330 do STJ:** "É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial". Em sentido diverso, a partir do julgamento do HC 85.779/RJ, o plenário do Supremo Tribunal assentou, como *obter dictum*, que o fato de a denúncia estar respaldada em elementos de informação colhidos no inquérito policial não dispensa a obrigatoriedade da notificação prévia do acusado para apresentar a defesa preliminar;[253]

d) consequências decorrentes da inobservância da defesa preliminar: configura tão somente nulidade relativa, cuja arguição deve ser feita oportunamente, é dizer, na primeira oportunidade procedimental que o acusado tiver para se pronunciar, e cujo reconhecimento demanda a comprovação de prejuízo. Afinal, em sede de nulidades, deve prevalecer o disposto no art. 563 do CPP, que consagra o princípio *pas de nullité sans*

249. Com o entendimento de que o procedimento referente à defesa preliminar do art. 514 do CPP aplica-se apenas ao servidor público, e não ao corréu particular: STJ, 5ª Turma, HC 79.220/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 13/08/2007 p. 401.

250. No sentido de que o procedimento inscrito no artigo 514, do CPP, somente assegura o direito à defesa preliminar ao denunciado nos crimes funcionais, não se aplicando na hipótese em que o acusado não mais exerce cargo público, por força de exoneração: STJ, 6ª Turma, RHC 7.944/GO, Rel. Min. Vicente Leal, j. 29/10/1998, DJ 14/12/1998 p. 304.

251. No sentido de que não enseja a defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP se a denúncia imputar ao agente público crime funcional e crime não funcional: STJ, 5ª Turma, HC 79.220/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 401.

252. STJ, 5ª Turma, RHC 18.336/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11/04/2006, DJ 08/05/2006 p. 240.

253. STF, Pleno, HC 85.779/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28/02/2007, DJe 047 28/06/2007. Com raciocínio semelhante: STF, 1ª Turma, HC 89.686/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/06/2007, DJe 082 16/08/2007; STF, 1ª Turma, HC 95.969/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/05/2009, DJe 108 10/06/2009.

grief, segundo o qual não se declara nulidade no caso em que inexiste prejuízo para a apuração da verdade substancial da causa;[254]

e) defesa preliminar e (des) necessidade de apresentação subsequente da resposta à acusação: nos procedimentos legais em que há previsão legal de defesa preliminar (v.g, drogas, procedimento originário dos Tribunais, etc.), não há necessidade, *pelo menos em regra*, de subsequente apresentação da resposta à acusação (CPP, art. 396-A), pois aquela reação defensiva deve concentrar todas as teses da defesa, principais e subsidiárias, buscando-se a rejeição da peça acusatória, assim como eventual absolvição sumária, sem se olvidar da necessária especificação de provas, para o caso de eventual prosseguimento do processo. É dizer, *pelo menos em regra*, não há lógica em se exigir a apresentação de duas defesas – defesa preliminar (CPP, art. 514) e resposta à acusação (CPP, art. 396-A) –, sob pena, inclusive, de se transformar tais procedimentos em ritos mais morosos e complexos que o próprio procedimento comum ordinário. Insistimos em dizer "em regra" porque se o procedimento especial referir-se expressamente à observância do procedimento comum após a citação do acusado, outra solução não há senão a obrigatoriedade de fazê-lo. E é exatamente isso o que ocorre com o procedimento especial dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. De fato, consoante disposto no art. 518 do CPP, após a apresentação da defesa preliminar (CPP, art. 514), recebimento da peça acusatória e citação do acusado, deverá ser observado na instrução criminal e nos demais termos do processo o disposto nos Capítulos I ("Da instrução criminal – arts. 394 a 405") e III ("Do processo e do julgamento dos crimes da competência do juiz singular – arts. 498 a 502"), Título I ("Do processo comum"), do Livro II ("Dos processos em espécie"). Ora, referindo-se o procedimento especial em questão expressamente à aplicação do procedimento ordinário após a citação do acusado, não se pode negar que, nesse caso, ao acusado deve ser franqueada a apresentação da resposta à acusação imediatamente depois de ser citado, nos termos do art. 396 e seguintes do CPP;

f) (Im) possibilidade de acesso aos autos do processo pelo acusado (ou por seu defensor): a defesa preliminar prevista no art. 514 deve ser oferecida no prazo de 15 (quinze) dias por profissional da advocacia, jamais pelo próprio acusado, a não ser que seja ele advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Para que o defensor possa se manifestar de maneira adequada, deve ter acesso aos respectivos autos. Por isso, a despeito do quanto disposto no art. 515 do CPP ("No caso previsto no artigo anterior, durante o prazo concedido para a resposta, *os autos permanecerão em cartório*, onde poderão ser examinados pelo acusado ou por seu defensor"), o ideal é concluir que o prazo para a apresentação da defesa preliminar não deve correr em cartório, leia-se, sem que o defensor possa ter acesso aos autos, sob pena de evidente violação à ampla defesa. Na hipótese de pluralidade de acusados com defensores distintos, deve o juiz regulamentar a saída dos autos de maneira equitativa, proporcionando a todos os defensores o pleno acesso aos autos;

g) recebimento da peça acusatória e (des) necessidade de fundamentação: prevalece o entendimento jurisprudencial no sentido de que, pelo menos em regra, o recebimento da peça acusatória não precisa ser fundamentado, até mesmo para se evitar que eventual excesso na fundamentação (eloquência acusatória) acarrete indevida antecipação da análise do mérito. No entanto, quando o procedimento legal contemplar a necessidade de apresentação da defesa preliminar, como ocorre em relação aos crimes de abuso de autoridade punidos com pena máxima superior a 2 (dois) anos, os próprios Tribunais impõem a necessidade de motivação do ato de recebimento da exordial acusatória;[255]

h) notificação pessoal do acusado para apresentação da defesa preliminar e ulterior decretação da revelia do acusado citado por edital: nos procedimentos especiais em que há previsão legal de contraditório prévio antes do juízo de

254. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 72.306/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/09/2007, DJ 05/11/2007 p. 308. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 182.142/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/05/2011, DJe 30/05/2011). E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 184.640/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/05/2011, DJe 30/05/2011; STJ, 5ª Turma, HC 127.904/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/05/2011, DJe 24/06/2011; STJ, 5ª Turma, HC 176.295/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011; STJ, 6ª Turma, HC 173.384/SC, Rel. Min. Celso Limongi, j. 01/03/2011, DJe 21/03/2011). Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.133.603/MG, Rel. Min. Celso Limongi, j. 17/02/2011, DJe 09/03/2011; STJ, 6ª Turma, HC 144.417/RJ, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. 07/10/2010, DJe 16/11/2010. O Supremo tem precedentes no sentido de que a superveniência de sentença condenatória, que denota a viabilidade da ação penal, prejudica a preliminar de nulidade processual por falta de defesa preliminar. A propósito, confira-se: STF, 2ª Turma, HC 89.517/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 15/12/2009, DJe 27 11/02/2010. Na mesma esteira: STF, 1ª Turma, HC 94.011/SP, Rel. Min. Menezes Direito, j. 10/06/2008, DJe 172 11/09/2008; STF, 2ª Turma, HC 100.515/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 16/08/2011. No sentido de que a ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do CPP constitui vício que gera nulidade relativa e que, por isso, deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão: STF, 1ª Turma, HC 91.760/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30/10/2007, DJe 36 28/02/2008.

255. No sentido de que, oferecida defesa preliminar, é nula a decisão que, ao receber a denúncia, desconsidera as alegações apresentadas: STF, 2ª Turma, HC 84.919/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2010, DJe 55 25/03/2010). Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 76.319/SC, Rel. Min. Nilson Naves, j. 11/12/2008, DJe 23/03/2009.

admissibilidade da peça acusatória (v.g., art. 514 do CPP), como o acusado é notificado antes do recebimento da peça acusatória para fins de apresentação da defesa preliminar, discute-se acerca do procedimento a ser adotado – decretação da revelia (CPP, art. 367) ou suspensão do processo e da prescrição (CPP, art. 366) – quando o acusado é notificado pessoalmente, constitui defensor para a apresentação da referida peça, mas, depois, por ocasião da citação, não é encontrado para ser citado pessoalmente, sendo, por isso, citado por edital. A nosso ver, considerando que a citação por edital, com ulterior decretação de revelia, inviabiliza por completo o exercício da ampla defesa, na medida em que impossibilita que o acusado apresente ao juiz sua versão a respeito dos fatos (direito de audiência), cerceando, ademais, o direito de acompanhar, ao lado do defensor por ele constituído, os atos da instrução probatória (direito de presença), não temos dúvida em afirmar que, diante da ausência de qualquer ato de comunicação dando ciência pessoal ao acusado acerca da imputação contra ele formulada, a suspensão do processo e da prescrição prevista no art. 366 do CPP é medida de rigor, sob pena de se admitir que alguém seja condenado sem que jamais soubesse que um processo penal fora instaurado contra sua pessoa. No entanto, se o acusado já fora notificado pessoalmente, tendo inclusive constituído defensor para apresentar a defesa preliminar, isso significa dizer que já tomara ciência da acusação. Logo, mesmo que não seja encontrado depois do recebimento da denúncia para fins de ser citado pessoalmente, e, por isso, seja citado por edital, parece-nos inviável a suspensão do processo e da prescrição, sobretudo se considerarmos que um dos requisitos para a aplicação do art. 366 do CPP é a não constituição de defensor. Destarte, se o acusado já havia constituído defensor por ocasião da notificação pessoal, caso seja citado por edital por não ter sido encontrado, uma vez ultrapassado o prazo de dilação, a solução é a decretação de sua revelia, com o regular prosseguimento do feito, com a ressalva de que, ao invés de nomear um defensor dativo para o exercício da defesa técnica, tal função deve ficar a cargo do defensor outrora constituído pelo acusado.

55. APLICAÇÃO DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS AO PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE.

Na vigência da revogada Lei n. 4.898/65, houve certa controvérsia acerca da (im) possibilidade de aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais aos crimes de abuso de autoridade. De um lado, havia quem sustentasse que a Lei dos Juizados Especiais Criminais não seria aplicável a tais delitos, porquanto a revogada Lei n. 4.898/65 previa procedimento especial para o seu processo e julgamento. Sempre prevaleceu, todavia, o entendimento em sentido contrário. A uma porque a pena cominada aos referidos delitos era de detenção, por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses (Art. 6º, §3º, alínea "b", da revogada Lei n. 4.898/65). A duas porque, desde o advento da nova redação conferida ao art. 61 da Lei n. 9.099/95 pela Lei n. 11.313/06, não mais constava do conceito de infração de menor potencial ofensivo ali inserido qualquer ressalva quanto ao fato de o delito estar sujeito a procedimento especial. A propósito, confira-se: "(...) ABUSO DE AUTORIDADE. DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. LEI 11.313/06. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. "Com o advento da Lei nº 11.313/2006, que modificou a redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95 e consolidou entendimento já firmado nesta Corte, "consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa', independentemente de a infração possuir rito especial" (HC 59.591/RN, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 4/9/06). 2. Ordem concedida para reconhecer a competência do 2º Juizado Especial Criminal da Comarca de Porto Velho/RO para o julgamento da ação penal referente ao delito de abuso de autoridade".[256]

Com a entrada em vigor da nova Lei n. 13.869/19, o tema não deve apresentar mais qualquer controvérsia. Isso porque seu art. 39 é expresso no sentido de aplicação da Lei n. 9.099/95 ao processo e julgamento dos crimes de abuso de autoridade, desde que, logicamente, se enquadrem no conceito de infração de menor potencial ofensivo (pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa). É o que ocorre com os crimes previstos nos arts. 12, 16, 18, 20, 27, 29, 31, 32, 33, 37 e 38, todos da Lei n. 13.869/19.

256. STJ, 5ª Turma, HC 163.282/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/05/2010, DJe 21/06/2010. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 36.429/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 24/11/2004, DJ 17/12/2004. Em sentido contrário, entendendo que os crimes previstos na revogada Lei n. 4.898/65 não poderiam ser contemplados pela Lei dos Juizados, não por haver previsão de pena de multa, mas por haver previsão de pena específica, qual seja, a perda do cargo: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 59.

CAPÍTULO VIII
DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 40. O art. 2º da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.2º .....

§4º-A O mandado de prisão conterá necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no *caput* deste artigo, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado.

.....

§7º Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva.

§8º Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária." (NR)

56. NOVA REDAÇÃO DO ART. 2º DA LEI DA PRISÃO TEMPORÁRIA.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários à Lei da Prisão Temporária (Lei n. 7.960/89).

Art. 41. O art. 10 da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no *caput* deste artigo com objetivo não autorizado em lei." (NR)

57. NOVA REDAÇÃO DO ART. 10 DA LEI N. 9.296/96.

A nova redação do art. 10 da Lei n. 9.296/96, bem como o novel crime do art. 10-A do mesmo diploma normativo, ali inserido pelo Pacote Anticrime, serão objeto de análise nos comentários à Lei da Interceptação Telefônica.

Art. 42. A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 227-A:

"Art. 227-A. Os efeitos da condenação prevista no inciso I do caput do art. 92 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para os crimes previstos nesta Lei, praticados por servidores públicos com abuso de autoridade, são condicionados à ocorrência de reincidência.

Parágrafo único. A perda do cargo, do mandato ou da função, nesse caso, independerá da pena aplicada na reincidência."

58. EFEITO EXTRAPENAL ESPECÍFICO DE PERDA DO CARGO, FUNÇÃO OU MANDATO ELETIVO PARA OS CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PRATICADOS POR SERVIDORES PÚBLICOS COM ABUSO DE AUTORIDADE.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê pelo menos 4 (quatro) tipos penais que obrigatoriamente devem ser praticados por servidores públicos com abuso de autoridade: a) "**Art. 231**. Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada: Pena – detenção de seis meses a dois anos"; b) "**Art. 232**. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena – detenção de seis meses a dois anos"; c) **Art. 234**. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão: Pena – detenção de seis meses a dois anos"; d) **Art. 235**. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício do adolescente privado de liberdade: Pena – detenção de seis meses a dois anos".

Pelo menos até o advento da nova Lei de Abuso de Autoridade, na eventualidade de condenação pela prática desses delitos, a aplicação do efeito extrapenal específico da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo previsto no art. 92, inciso I, do Código Penal, estava condicionada à aplicação de uma pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, porquanto se tratava de crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública (CP, art. 92, I, alínea "a"), pouco importando se o sentenciado era primário ou reincidente.

Com a introdução do art. 227-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 13.869/19, denota-se que, doravante, a aplicação do referido efeito extrapenal ficará condicionada exclusivamente à reincidência e ao trânsito em julgado da respectiva sentença condenatória, independentemente do tipo de pena ou *quantum* de pena aplicada. Destarte, se o agente público for reincidente, pouco importa se condenado à pena restritiva de direitos, ou que a pena privativa de liberdade aplicada seja inferior a um ano. Em ambas as hipóteses, será de rigor a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, cuja aplicação deve ser motivadamente declarada na sentença, nos termos do art. 92, parágrafo único, do CP.

À primeira vista, o art. 227-A do ECA vem ao encontro do 4º, inciso III, e parágrafo único, da Lei n. 13.869/19, que também passou a dispor acerca da perda do cargo, do mandato ou da função independentemente do tipo de pena ou *quantum* de pena aplicado. Há, todavia, uma importante diferença: enquanto o art. 227-A faz menção à "*reincidência*" em sentido genérico, sem especificar se ambos os delitos estariam relacionados a crimes de abuso de autoridade, o parágrafo único do art. 4º da Lei n. 13.869/19 refere-se textualmente à "*reincidência em crime de abuso de autoridade*".[257]

Sem embargo de o art. 227-A da Lei n. 8.069/90 fazer menção, de maneira genérica, aos "efeitos da condenação prevista no inciso I do *caput* do art. 92 do Código Penal", sem destacar se a referência em questão abrangeria apenas a alínea "a", ou ambas (alíneas 'a' e 'b'), queremos crer que tal dispositivo funciona como regra especial exclusivamente em relação à alínea "a" do inciso I do art. 92 do Código Penal. Explica-se: o art. 227-A do ECA dispõe expressamente que tal efeito será aplicável para os *crimes praticados por servidores públicos com abuso de autoridade*. Este pressuposto, leia-se, crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, funciona como *conditio sine qua non* no caso do art. 92, I, alínea "a", ou seja, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, mas não se faz necessário quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos (CP, art. 92, I, alínea "b"). Portanto, na eventualidade de um servidor público ser condenado pela prática de crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente fora do contexto do abuso de autoridade à pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos, impõe-se a perda motivada do cargo, *ex vi* do art. 92, I, alínea "b", do Código Penal, pouco importando se primário ou reincidente.

257. Na mesma linha: FELBERG. Op. cit. p. 135. Em sentido diverso, Pinheiro, Cavalcante e Branco (op. cit. p. 167) sustentam que o "art. 227-A do ECA trata das hipóteses de reincidência específica de um agente público em crimes previstos no ECA, em concurso com crimes previstos na lei de abuso de autoridade. A norma exige que haja concurso dos dois tipos de crimes nas duas condenações".

Art. 43. A Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-B:

"Art. 7º-B. Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa."

59. VIOLAÇÃO DE DIREITOS E PRERROGATIVAS DO ADVOGADO.

Por ocasião da tramitação do Projeto que deu origem à nova Lei de Abuso de Autoridade, o Presidente da República deliberou por vetar seu art. 43, apresentando os seguintes argumentos: "A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois criminaliza condutas reputadas legítimas pelo ordenamento jurídico. Ressalta-se que as prerrogativas de advogados não geram imunidade absoluta, a exemplo do direito à inviolabilidade do escritório de advocacia e a própria Lei nº 8.906, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008, que permite a limitação desse direito quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, notadamente concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. INQ. 2424, Rel. Min. Cezar Peluso, p., j. 26/11/2008." Ocorre que o veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional. Impõe-se, pois, a análise do novel tipo penal, estranhamente introduzido no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e não na própria legislação criminal.

Consoante disposto no novel art. 7º-B do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º da Lei n. 8.906/94. Cuida-se, *in casu*, de verdadeira espécie de **norma penal em branco homogênea homovitelina**. A uma - norma penal em branco homogênea - porque o complemento emana do legislador. A duas - homovitelina - porque o complemento está no mesmo diploma normativo.

A *ratio essendi* do dispositivo é tutelar direitos que são indispensáveis ao exercício da profissão de

advogado, o que, de certa forma, acaba servindo para garantir a defesa de seus clientes com independência e autonomia, sem temor ou receio de constrangimentos de quaisquer pessoas ou autoridades. Na lição do Min. Celso de Mello, "nada pode justificar o desrespeito às prerrogativas que a própria Constituição e as leis da República atribuem ao advogado, pois o gesto de afronta ao estatuto jurídico da advocacia representa, na perspectiva de nosso sistema normativo, um ato de inaceitável ofensa ao próprio texto constitucional e ao regime das liberdades públicas nele consagrado".[258]

Importante observar que a Lei n. 13.869/19 optou por restringir a criminalização da violação dos direitos e prerrogativas dos advogados, limitando-se a apenas uma parte de um rol bem mais extenso de direitos catalogados nos arts. 6º e 7º da Lei n. 8.906/94. Portanto, quanto à violação aos demais direitos e prerrogativas dos advogados, que não aqueles previstos nos incisos II, III, IV e V do art. 7º da Lei n. 8.906/94, até então tipificados pela revogada Lei n. 4.898/65 ("Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: (...) j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional"), a entrada em vigor da nova Lei de Abuso de Autoridade terá o condão de acarretar a *abolitio criminis*. Vejamos, então, os direitos ou as prerrogativas dos advogados cuja violação é capaz de tipificar o novel crime do art. 7º-B da Lei n. 8.906/94:

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia: em relação à busca e apreensão em escritório de advocacia (ou mesmo nas hipóteses de escritório residencial), *se o fato delituoso estiver relacionado ao exercício da advocacia*,[259] a diligência, além de prévia autorização judicial decretada com base em indícios e materialidade da prática de crime por parte de advogado, com mandado de busca e apreensão específico e pormenorizado, também demanda a presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil. Nesse caso, é vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes, salvo se tais clientes também estiverem sendo formalmente investigados como partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade (Lei nº 8.906/94, art. 7º, §§ 6º e 7º). Logo, se o agente não estava sendo formalmente investigado e o crime então apurado não guardava relação com o crime que deu origem à cautelar de busca e apreensão, devem ser desentranhados os documentos obtidos por meio de busca e apreensão no escritório de seu advogado.[260] É bem verdade que o art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.906/94, em sua redação original, teve sua eficácia suspensa em decisão cautelar na apreciação da ADI 1.105/DF e ADI 1.127-8/DF. No entanto, retomado o julgamento em 17 de maio de 2006 (informativo nº 427 do Supremo Tribunal Federal), concluiu-se por sua constitucionalidade, sob o fundamento de que o âmbito material da inviolabilidade não elide o art. 5º, XII, da CF, e que a exigência do acompanhamento da diligência ficará suplantada, não gerando ilicitude da prova resultante da apreensão, a partir do momento em que a OAB, instada em caráter confidencial e cientificada com as cautelas próprias, deixar de indicar o representante.[261] Portanto, mandado judicial de busca e apreensão em escritório de advocacia não pode ser expedido de modo genérico, em aberto, sem objeto definido, mas sim de forma delimitada, restrita ou fechada, mesmo sendo o advogado investigado. Com base nesse entendimento, a 2ª Turma do Supremo deferiu *habeas corpus* para declarar a ilicitude de provas apreendidas em escritório de advocacia, porquanto o endereço anotado no mandado era o da residência do investigado, demandando a busca e apreensão em

258. STF, MS n. 23.576 MC/DF, DJ 07/12/1999.

259. A inviolabilidade do escritório de advocacia jamais poderá ser interpretada como imunidade absoluta para a prática de crimes por tal profissional. Por isso, na eventualidade de a atuação do advogado transcender o âmbito da assistência jurídica, transformando-o em verdadeiro coautor ou partícipe de delitos diversos, seu local de trabalho poderá ser objeto de busca domiciliar, a exemplo do que ocorre com qualquer pessoa, sem que possa cogitar da tipificação do crime do art. 7º-B da Lei n. 8.906/94. O mesmo raciocínio é válido para as demais prerrogativas. Como destacam Pinheiro, Cavalcante e Branco (op. cit. p. 169), "a conclusão do curso de Direito e a aprovação no exame de ordem não conferem um salvo-conduto para cidadãos que cruzam a linha da criminalidade ou que decidem fazer do crime verdadeiro meio de vida".

260. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 227.799/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 10/04/2012.

261. Na denominada Operação "Teníase", foram expedidos sete mandados de busca a serem realizados em escritórios de advocacia, com a determinação de comunicação à OAB, para acompanhar a execução da ordem. Às cinco da manhã, a autoridade policial comunicou à OAB e solicitou a imediata indicação de sete advogados para acompanhar a execução das ordens, que teriam início às sete horas da manhã do mesmo dia. A OAB conseguiu indicar apenas quatro representantes. A autoridade policial, entretanto, cumpriu todos os mandados de busca e apreensão, sendo três realizados sem o acompanhamento do representante da OAB. Apesar de nos parecer que a diligência fora realizada nos moldes preconizados pelo STF no julgamento da ADI 1.127, porquanto houve a comunicação à OAB, que, no entanto, quedou-se inerte quanto à indicação do representante, o TRF da 2ª Região declarou a ilicitude das provas obtidas nos (três) escritórios em que a diligência não foi acompanhada por representante da OAB. (TRF 2ª Região, 1ª Turma, AP 0802119-43.2011.4.02.5101, Rel. Paulo Espirito Santo, j. 08/05/2012).

escritório de advocacia uma especificidade muito maior, que não fora observada;[262]

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis:[263] como exposto nos comentários ao art. 20, para o exercício da mais ampla defesa, é de fundamental importância que o profissional da advocacia possa manter contato com seus clientes, pouco importando que estes se encontrem presos. Negado ao advogado o exercício dessa prerrogativa, ter-se-á como configurado o crime do art. 7-B do Estatuto da OAB. À semelhança de toda e qualquer prerrogativa do advogado, a observância do direito à comunicação pessoal e reservada do preso com seu advogado e, consequentemente, a própria configuração do delito em comento, têm como condição *sine qua non* o fato de o profissional da advocacia encontrar-se no *exercício regular de suas funções*. Portanto, na eventualidade de o advogado associar-se a determinada organização criminosa, aproveitando-se da prerrogativa do art. 7º, inciso III, da Lei n. 8.906/94, para ter acesso aos demais integrantes do grupo que estão presos, levando e trazendo informações para o prosseguimento das atividades delituosas, eventual restrição à prerrogativa em análise jamais terá o condão de caracterizar o crime do art. 7º-B da Lei n. 8.906/94;[264]

IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB: por motivo ligado ao exercício da profissão, advogados somente poderão ser presos em flagrante em caso de crime inafiançável, assegurada, nesse caso, a presença de representante da OAB para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB (Lei nº 8.906/94, art. 7º, § 3º). Logicamente, em caso de eventual demora no comparecimento do mencionado representante, os agentes públicos não devem permitir a fuga do advogado. Porém, não devem efetuar a prisão nem conduzir o advogado à delegacia antes da chegada do representante da OAB. Portanto, se o delito em virtude do qual o advogado foi preso em flagrante estiver relacionado ao exercício da profissão, sua prisão somente será possível se o delito for inafiançável, assegurada a presença de representante da OAB quando da lavratura do respectivo auto.[265] Interpretando-se *a contrario sensu* o referido dispositivo, conclui-se que, por motivo ligado ao exercício da profissão, advogados não poderão ser presos em flagrante pela prática de crimes afiançáveis. Ademais, caso a prisão em flagrante ocorra por motivos estranhos ao exercício da advocacia (v.g., embriaguez ao volante), a prisão poderá ser realizada normalmente, independentemente da natureza do delito – afiançável ou inafiançável –, com a ressalva de que subsiste a obrigatoriedade de comunicação expressa à seccional da OAB. Apesar de não ser possível a prisão em flagrante de advogado pela prática do delito de desacato ligado ao exercício da profissão, seja por se tratar de infração de menor potencial ofensivo, seja por se tratar de crime afiançável, isso não significa dizer que o advogado não possa ser responsabilizado criminalmente pelo referido delito. Como se sabe, é possível que o advogado responda pelo crime de desacato, delito este que foi eliminado do âmbito de sua imunidade material ou penal (vide ADI 1.127-8/DF);[266]

V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB (vide ADI 1.127)[267], e, na sua falta, em prisão domiciliar: se por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma organização militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar), *sala de Estado-Maior*

262. STF, 2ª Turma, HC 91.610/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/06/2010, DJe 200 21/10/2010.

263. Esta incomunicabilidade a que se refere a parte final do inciso III do art. 7º da Lei n. 8.906/94 consta do art. 21 do CPP, tido como não recepcionado pela Constituição Federal. A uma porque a Constituição Federal assegura que toda prisão será comunicada imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII) e que o preso terá direito à assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII). A duas porque, ao tratar do Estado de Defesa, onde há supressão de várias garantias constitucionais, a própria Constituição Federal estabelece que é vedada a incomunicabilidade do preso (art. 136, § 3º, IV). Ora, se numa situação de exceção como o Estado de Defesa não se admite a incomunicabilidade, o que dizer, então, em um estado de normalidade?

264. Para mais detalhes acerca conflito aparente de normas entre o art. 20 da nova Lei de Abuso de Autoridade e o art. 7º-B da Lei n. 8.906/94, especificamente no tocante à violação da prerrogativa do art. 7º, inciso III, também do Estatuto da OAB, remetemos o leitor aos comentários àquele tipo penal.

265. Consoante disposto no art. 16 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, sem prejuízo da atuação de seu defensor, contará o advogado com a assistência de representante da OAB nos inquéritos policiais ou nas ações penais em que figurar como indiciado, acusado ou ofendido, sempre que o fato a ele imputado decorrer do exercício da profissão ou a este vincular-se.

266. Informativo nº 436 do Supremo Tribunal Federal: HC 88164/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 15.8.2006.

267. Sob o argumento de que o controle das *salas especiais* para advogados é prerrogativa da Administração forense, o Supremo declarou a inconstitucionalidade da expressão 'assim reconhecidas pela OAB' no julgamento da ADI n. 1.127 (Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/05/2006, DJe 105 10/06/2010).

é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa ser por eles utilizado para exercer suas funções. Destarte, enquanto uma "cela" tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém e, em razão disso, possui grades, em regra, uma "sala" apenas ocasionalmente é destinada para esse fim, além de oferecer instalações e comodidades condignas, isto é, condições adequadas de higiene e segurança. Compreende-se a *sala de Estado-Maior*, portanto, como uma sala e não cela, instalada no Comando das Forças Armadas ou de outras instituições militares, configurando tipo heterodoxo de prisão, eis que destituída de grades ou de portas fechadas pelo lado de fora.[268] O direito à sala de Estado-Maior somente se refere às hipóteses de prisão cautelar, assemelhando-se, assim, à prisão especial, cujo direito também cessa com o trânsito em julgado da sentença condenatória.[269] Por conta do disposto no art. 7º, V, *in fine*, da Lei nº 8.906/94, a ausência de sala de Estado-Maior implica no recolhimento domiciliar do advogado.[270] No entanto, o próprio Supremo Tribunal Federal tem considerado válida, a depender das circunstâncias do caso concreto, a manutenção de profissionais da advocacia em penitenciária que possua celas individuais, com condições regulares de higiene e instalações que impeçam o contato do paciente com presos comuns. Não seria razoável interpretar a prerrogativa conferida aos advogados como passível de inviabilizar a própria custódia.[271]

Art. 44. Revogam-se a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e o §2º do art. 150 e o art. 350, ambos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

268. STF, Pleno, Rcl 4.535/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15/06/2007 p. 21. Nos mesmos moldes: STF, 1ª Turma, HC 91.089/SP, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 19/10/2007 p. 46; STF, Pleno, Rcl 4.713/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 041 07/03/08.

269. STF – HC-AgR 82.850/SP – 2ª Turma – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 28/09/2007 p. 65.

270. STF, 1ª Turma, HC 91.150/SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 31/10/2007 p. 91.

271. STF, 2ª Turma, HC 93.391/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 15/04/2008, DJe 83 08/05/2008. Ainda no sentido da possibilidade de prisão de advogado em local diverso das dependências do comando das forças armadas ou auxiliares, desde que apresentadas condições condignas para o encarcerado: STF, 2ª Turma, Rcl 23.567/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07/06/2016, DJe 124 15/06/2016. No sentido de que não há ilegalidade no recolhimento de advogado em cela especial, sem registro de eventual inobservância das condições mínimas de salubridade e dignidade humana, separado dos demais presos e sem o rigor e a insalubridade do cárcere comum: STJ, REsp 1.648.174, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 31/03/2017). Logicamente, se o advogado estiver suspenso dos quadros da OAB, não fará jus ao recolhimento provisório em sala de Estado-Maior. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 368.393/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/09/2016, DJe 30/09/2016.

60. REVOGAÇÃO DA LEI N. 4.898/65, DO §2º DO ART. 150 E DO ART. 350, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.

Nos exatos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. De modo a evitar quaisquer controvérsias, o art. 44 da Lei n. 13.869/19 revogou expressamente:

a) antiga Lei de Abuso de Autoridade (revogada Lei n. 4.898/65): o fato de ter havido a revogação expressa da legislação pretérita não significa dizer que teria havido *abolitio criminis* em relação a todas as figuras delituosas nela previstas. Aplica-se, *in casu*, o denominado **princípio da continuidade normativo-típica**: a revogação da lei anterior é necessária para o processo da *abolitio criminis*, mas não suficiente. Para além da revogação formal, deve ser verificado se o conteúdo normativo revogado não foi, simultaneamente, deslocado para outro dispositivo legal. Se é verdade que o art. 44 da Lei n. 13.869/19 revogou expressamente a Lei n. 4.898/65, também não é menos verdade que o conteúdo normativo de grande parte das condutas delituosas nela previstas migraram para nova Lei de Abuso de autoridade. É o que ocorreu, por exemplo, com a conduta delituosa prevista no art. 4º, alínea "d", da revogada Lei n. 4.898/65 ("Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade: (...) d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada"). Com o advento da nova legislação, o conteúdo normativo dessa figura delituosa simplesmente migrou para o art. 9º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 13.869/19 ["Art. 9º (...) Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: I – relaxar a prisão manifestamente ilegal"). Não houve, portanto, *abolitio criminis*, já que a conduta delituosa antes incriminada pelo art. 4º, alínea "d", da revogada Lei n. 4.898/65 não deixou de ser considerada crime em virtude de lei posterior (CP, art. 2º, *caput*);

b) causa de aumento de pena do §2º do art. 150 do Código Penal: consoante previsto no referido dispositivo, a pena do crime de violação de domicílio previsto no art. 150 do Código Penal, seja em sua forma simples (*caput*), seja em suas figuras qualificadas (§1º) seria aumentada se o fato fosse cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso de poder. Ante

a redação do art. 22 da Lei n. 13.869/19 ("Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei"), parece não haver qualquer dúvida no sentido de que o novo tipo penal incriminador passou a regular integralmente a mesma conduta delituosa. Salutar, portanto, até mesmo para evitar quaisquer controvérsias, a revogação da majorante do §2º do art. 150 do Código Penal pelo art. 44 da Lei n. 13.869/19;

c) crime de exercício arbitrário ou abuso de poder (revogado art. 350 do Código Penal): mesmo antes do advento da Lei n. 13.869/19, grande parte da doutrina já se manifestava no sentido de que os crimes de exercício arbitrário ou abuso de poder, tanto nas modalidades fundamentais do *caput* do art. 350 do CP, como nas figuras equiparadas do parágrafo único, já haviam sido revogadas pela Lei n. 4.898/65, por se tratar de diploma legislativo posterior que regulava integralmente a matéria de que tratava lei anterior (Decreto n. 4.657/42, art. 2º, §1º, *in fine*).[272] Sem embargo, os Tribunais Superiores ainda não tinham chegado a uma conclusão uniforme acerca da subsistência do art. 350 do CP, *in verbis:* "(...) Há duas correntes jurisprudenciais, uma que entende pela revogação do artigo 350 do CP pela Lei n. 4.898/65 e outra que vê a permanência desse crime na disciplina do Código Penal".[273] Ante a controvérsia acerca da vigência do art. 350 do Código Penal, revela-se oportuna a sua revogação expressa pelo art. 44 da Lei n. 13.869/19.

Art. 45. Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 5 de setembro de 2019; 198º da Independência e 131º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

Sérgio Moro

Wagner de Campos Rosário

Jorge Antonio de Oliveira Francisco

André Luiz de Almeida Mendonça

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.9.2019 - Edição extra-A e retificado em 18.9.2019

272. Entre outros, mesmo antes da entrada em vigor da Lei n. 13.869/19, já era nesse sentido a lição de Cleber Masson (*Código Penal Comentado*. Op. cit. p. 1.391).

273. STJ, 6ª Turma, HC 94.168/MG, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 01/04/2008, DJe 22/04/2008.

61. VIGÊNCIA DA LEI 13.869/19.

De acordo com o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/98, incluído pela Lei Complementar nº 107/01, a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. Considerando-se, pois, que a Lei nº 13.869/19 foi publicada em data de 5 de setembro de 2019, dispondo seu art. 45 que sua *vacatio legis* será de 120 (cento e vinte) dias, poder-se-ia concluir, à primeira vista, que a vigência da integralidade dos dispositivos nela previstos teria ocorrido no dia **3 de janeiro de 2020**.

Ocorre que não se pode olvidar que, em data de 18 de setembro de 2019, foi necessária nova publicação no Diário Oficial da União para fins de retificação da redação constante do art. 13 da Lei n. 13.869/19, eis que, equivocada e estranhamente, não teria constado da primeira redação publicada no dia 05 de setembro a pena cominada ao referido delito que fora aprovada pelo Congresso Nacional ("Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência"). Daí a necessidade dessa retificação, publicada no dia 18 de setembro de 2019. Por consequência, e considerando-se o quanto disposto no art. 1º, §3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro ("se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada à correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação"), forçoso é concluir que exclusivamente[274] o preceito secundário do crime do art. 13 da nova Lei de Abuso de Autoridade terá vigência apenas para os crimes cometidos a partir do dia **16 de janeiro de 2020**, data da entrada em vigor da referida retificação.

Por fim, também não se pode perder de vista que diversos dispositivos constantes da Lei n. 13.869/19 foram inicialmente vetados pelo Presidente da República, vetos estes que foram, na sequência, *derrubados* pelo Congresso Nacional, nos termos

274. No que concerne à correção, ou errata, ensina Maria Helena Diniz que "se a correção for feita dentro da vigência da lei, a lei, apesar de errada, vigorará até a data do novo diploma civil publicado para corrigi-la, pois uma lei deverá presumir-se sempre correta. Se apenas uma parte da lei for corrigida, o prazo recomeçará a fluir somente para a parte retificada, pois seria inadmissível, no que atina à parte certa, um prazo de espera excedente ao limite imposto para o início dos efeitos legais, salvo se a retificação afetar integralmente o espírito da norma. Respeitar-se-ão os direitos e deveres decorrentes da norma publicada com incorreção, ainda não retificada". (Lei de Introdução ao Código Civil Anotada. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 60).

dos §§4º e 5º do art. 66 da Constituição Federal. Os vetos rejeitados pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores recaíram sobre os arts. 3º, 9º, 13, inciso III, 15, parágrafo único, incisos I e II, 16, 20, 30, 32, 38 e 43. A publicação desses dispositivos legais cujo veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional ocorreu em data de 27 de setembro de 2019. Destarte, levando-se em consideração a *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias prevista no art. 45 da Lei n. 13.869/19, a vigência desses preceitos, e exclusivamente deles, ocorreu no dia **25 de janeiro de 2020**.

ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA FEDERAL

LEI N. 10.446/2002

Dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do §1º do art. 144 da Constituição.

Art. 1º Na forma do inciso I do §1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Civis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais:

I – sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro (arts. 148 e 159 do Código Penal), se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima;

II – formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do art. 4º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990); e

III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; e

IV – furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação.

V - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e venda, inclusive pela internet, depósito ou distribuição do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (art. 273 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). (Incluído pela Lei n. 12.894, de 2013)

VI - furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, incluindo agências bancárias ou caixas eletrônicos, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação. (Incluído pela Lei n. 13.124, de 2015)

VII – quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres (Incluído pela Lei n. 13.642/18).

Parágrafo único. Atendidos os pressupostos do caput, o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça.

1. POLÍCIA FEDERAL: NOÇÕES HISTÓRICAS.

A Polícia Federal tem origem na Intendência-Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, criada por D. João VI em 10 de maio de 1808.

Com o Decreto-Lei nº 6.378, de 28 de março de 1944, a antiga Polícia Civil do Distrito Federal, que funcionava na Cidade do Rio de Janeiro/RJ, então capital da República, no Governo de Getúlio Vargas, foi transformada em Departamento Federal de Segurança Pública – DFSP, diretamente subordinada ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores.

De acordo com o referido Decreto-Lei, ao DFSP incumbiam os serviços de polícia e segurança pública no Distrito Federal e, em âmbito nacional, os de polícia marítima, aérea e segurança de fronteiras. Estabeleceu-se, também, que as Secretarias ou Departamentos de Segurança e Chefaturas de Polícia dos Estados receberiam orientação do DFSP a respeito de assuntos de ordem política e social, relacionados com a segurança pública do país.

Posteriormente, por força do Decreto-Lei no. 9.353, de 13 de junho de 1946, foi atribuída competência ao DFSP, em todo o território nacional, para também atuar na apuração das infrações penais: a) que atentassem contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado, a ordem social e a organização do trabalho; b) referentes à entrada, permanência ou saída de estrangeiros no território nacional; c) definidas nos títulos X (Crimes contra a Fé Pública) e XI (Crimes contra a Administração Pública) da Parte Especial do Código Penal, quando o interessado fosse a Fazenda Nacional; e d) relacionadas ao comércio clandestino ou à facilitação do uso de entorpecentes.

As competências atribuídas ao DFSP sofreram restrições, previstas no artigo 18 da Constituição Federal de 1946, em razão dos poderes concedidos aos Estados no sentido de proverem as necessidades dos governos e da administração. Corroborava essa situação o disposto no inciso VII do art. 5º da Carta, que concedia à União competência tão somente para "superintender" os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteiras, o que significava apenas fiscalizar, inspecionar e observar.

Já na segunda metade da década de 1950, a futura capital encontrava-se em fase de construção acelerada. A população crescia desordenadamente em uma cidade cuja administração ainda não havia se estabelecido oficialmente.

Levando-se em conta a procura de trabalho rendoso, enriquecimento rápido e o afluxo de aventureiros que chegavam à Brasília, oriundos de várias partes do país, fez-se necessária a criação de uma força policial organizada, a fim de conter os que perpetravam toda sorte de delinquência.

Em 9 de dezembro de 1958, o Governador do Estado de Goiás sancionou a Lei no. 2.364, de 9 de dezembro de 1958, criando o Departamento Regional de Polícia de Brasília – DRPB, ao qual se subordinava a Guarda Civil Especial de Brasília – GEB, assim permanecendo até a inauguração da nova capital federal, ocasião em que o DRPB foi incorporado ao Departamento Federal de Segurança Pública. Com a inauguração de Brasília, em 21 de abril de 1960, todos os órgãos dos poderes da República foram levados para a Capital.

Sem meios para funcionar plenamente, a solução encontrada foi o aproveitamento do pessoal que integrava o DRPB, do governo do estado de Goiás, com circunscrição em toda a área destinada ao Distrito Federal. Passou-se, então, à busca de uma estrutura para o DFSP calcada em moldes mais avançados, partindo-se de exemplos de outros aparelhos policiais, tais como os da Inglaterra, Canadá e dos Estados Unidos da América.

No final do ano de 1960, foi encaminhado pelo Poder Executivo um anteprojeto de lei com vista à criação de um organismo policial que, em sua composição estrutural, se assemelhasse às instituições de segurança dos países acima referidos, inclusive no tocante às denominações pretendidas para os cargos a serem criados.

Somente em 1964, com a mudança operada no pensamento político da Nação, prosperou a ideia da manutenção do Departamento Federal de Segurança Pública com capacidade de atuação em todo o território nacional, o que veio a se tornar realidade com a sanção da Lei nº 4.483, de 16 de novembro de 1964, reorganizando o então DFSP, com efetivo cunho federal.

A Lei nº 4.483/64 conferiu ao órgão atuação em todo o território nacional, relacionando suas atribuições nas alíneas "a" a "p" do art. 1º.

A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, em seu art. 8º, inciso VII, estabeleceu que competia à União organizar e manter a Polícia Federal, e relacionou nas alíneas "a" a "d" as respectivas atribuições. Ainda no ano de 1967, foi operada uma reforma administrativa pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Essa norma transferiu as atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista a fim de se obter maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. Além disso, instituiu como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, o descongestionamento de chefias executivas superiores (desconcentração/descentralização), objetivando reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle.

Diante da competência delimitada pela Constituição Federal de 1967, o Decreto-Lei nº 200/67 estabelecera, no art. 210, que "o atual Departamento Federal de Segurança Pública passa a denominar-se Departamento de Polícia Federal, considerando-se automaticamente substituída por esta denominação a menção à anterior constante de quaisquer leis ou regulamentos".

A atual Constituição Federal, promulgada em 1988, manteve a denominação do DPF apenas como Polícia Federal, designada como órgão de segurança pública no art. 144, inciso I, tendo suas atribuições previstas no §1º do mesmo artigo. Apesar de a Constituição Federal 1988 denominar o órgão como Polícia Federal e o Decreto nº 6.061, de 15

de março de 2007, posicioná-lo hierarquicamente ao lado das demais secretarias do Ministério da Justiça, ainda é corrente a denominação Policia Federal.

2. DELIMITAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES INVESTIGATÓRIAS DA POLÍCIA.[1]

O inquérito policial é presidido por um Delegado de Polícia (Lei n. 12.830/13, art. 2º, §1º). Pelo menos em regra, tal atribuição é determinada de acordo com a natureza da infração penal praticada.

Em se tratando de crime militar, a atribuição para as investigações recai sobre a autoridade de polícia judiciária militar, a quem compete determinar a instauração de inquérito policial militar (IPM), seja no âmbito das Polícias Militares ou dos Corpos de Bombeiros, nos crimes da alçada da Justiça Militar Estadual, seja no âmbito do Exército, da Marinha ou da Aeronáutica, em relação aos crimes militares de competência da Justiça Militar da União.

No caso de infrações penais de competência da Justiça Federal, a atribuição para a realização das investigações incide sobre a Polícia Federal. Afinal, de acordo com o art. 144, §1º, I, primeira parte, da Constituição Federal, à Polícia Federal incumbe a *apuração de infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas*. Ademais, de acordo com o art. 144, §1º, IV, da Carta Magna, cabe à Polícia Federal exercer, com exclusividade, *as funções de polícia judiciária da União*.[2]

Na hipótese de crimes da competência da Justiça Eleitoral, a qual faz parte do Poder Judiciário da União, a atribuição para a realização das investigações é, precipuamente, da Polícia Federal. Todavia, como já se pronunciou o próprio Tribunal Superior Eleitoral, verificando-se a prática de crime eleitoral em município onde não haja órgão da Polícia Federal, nada impede que sua investigação seja levada a efeito pela Polícia Civil. Portanto, a atribuição legal da Polícia Federal para a instauração de inquéritos policiais de apuração da prática de crimes eleitorais não exclui a atribuição subsidiária da autoridade policial estadual, quando se verificar a ausência de órgão da Polícia Federal no local da prática delituosa.[3]

Cuidando-se de crime da competência da Justiça Estadual, as investigações devem ser presididas, em regra, pela Polícia Civil. No entanto, por força da própria Constituição Federal, também é possível a atuação da Polícia Federal. Deveras, de acordo com o art. 144, §1º, I, *in fine*, da Constituição Federal, à Polícia Federal também incumbe a apuração de infrações penais cuja prática tenha *repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme*, segundo se dispuser em lei.

3. ATRIBUIÇÕES INVESTIGATÓRIAS DA POLÍCIA FEDERAL E COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA FEDERAL.

Antes de procedermos à análise da Lei n. 10.446/02, convém dissiparmos, desde já, erro bastante comum, qual seja, o de se acreditar que há uma relação de absoluta congruência entre as atribuições investigatórias da Polícia Federal e as hipóteses de competência criminal da Justiça Federal. Na verdade, as atribuições da Polícia Federal são bem mais amplas que a competência criminal da Justiça Federal. Por consequência, nem todo crime investigado pela Polícia Federal será obrigatoriamente julgado pela Justiça Federal.

Ao tratar da Polícia Federal, a própria Constituição Federal (art. 144, § 1º, inciso I) deixa expresso que, além da atribuição de *apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas* – o que, grosso modo, corresponde à competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Constituição Federal –, deve também apurar *outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme*, segundo se dispuser em lei, além da prevenção e repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho.[4]

1. Para mais detalhes acerca das funções de polícia *administrativa, judiciária e investigativa*, consultar comentários ao art. 2º da Lei n. 12.830/13.

2. Consoante disposto no art. 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.266/96, acrescentado pela Lei n. 13.047/14, os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia Federal, autoridades policiais no âmbito da polícia judiciária da União, são responsáveis pela direção das atividades do órgão e exercem função de natureza jurídica e policial, essencial e exclusiva de Estado. O ingresso no referido cargo, realizado mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, é privativo de bacharel em Direito e exige 3 (três) anos de atividade jurídica ou policial, comprovados no ato de posse. Outrossim, o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, nomeado pelo Presidente da República, é privativo de delegado de Polícia Federal integrante da classe especial.

3. Nesse sentido: TSE, HC 439, Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso, DJ 27/06/2003.

4. Como já se pronunciou o STJ, "(...) as atribuições da Polícia Federal e a competência da Justiça Federal, ambas previstas na Constituição da República (arts. 108, 109 e 144, § 1º), não se confundem, razão pela qual não há falar que a investigação que deu origem à ação penal foi realizada por autoridade absolutamente incompetente. As atribuições da Polícia Federal não se restringem a apurar infrações em detrimento de bens, serviços e interesses da União, sendo possível a apuração de infrações em prol da Justiça estadual". (STJ, 6ª Turma, RHC 50.011/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 25/11/2014, DJe 16/12/2014).

Como se percebe, nem sempre os crimes investigados pela Polícia Federal serão processados e julgados pela Justiça Federal (v.g., roubo de cargas, tráfico interestadual de drogas, etc.). Nesse caso, independentemente da possibilidade de que esses delitos também sejam investigados pelos órgãos de segurança pública estaduais,[5] se acaso a investigação tiver curso perante a Polícia Federal, uma vez concluído o inquérito policial, deverão ser os autos remetidos à Justiça Estadual.

De todo modo, como o inquérito policial funciona como um procedimento administrativo de caráter meramente informativo, ainda que elementos de informação quanto a crime de competência da Justiça Federal tenham sido colhidos em inquérito policial presidido pela Polícia Civil, ou que um crime de competência da Justiça Estadual tenha sido investigado pela Polícia Federal em desacordo com a Lei nº 10.446/02, tal vício não terá o condão de macular o processo criminal a que o procedimento investigatório der origem.[6]

4. ROL EXEMPLIFICATIVO DE INFRAÇÕES PENAIS DOTADAS DE REPERCUSSÃO INTERESTADUAL OU INTERNACIONAL QUE PODEM SER OBJETO DE INVESTIGAÇÃO PELA POLÍCIA FEDERAL.

Como exposto anteriormente, a Constituição Federal autoriza expressamente que a Polícia Federal apure infrações penais cuja prática tenha *repercussão interestadual ou internacional* e *exija repressão uniforme*, segundo se dispuser em lei (CF, art. 144, §1º, inciso I, *in fine*).

A Lei a que se refere a Constituição Federal é a Lei n. 10.446/02, cujo art. 1º preceitua que, *quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme*, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Civis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, de diversas infrações penais.

Antes de procedermos à análise dessas infrações penais, é de todo importante destacarmos que a atuação da Polícia Federal se dará sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos estaduais e distritais de segurança pública, em especial das Polícias Militares e das Polícias Civis.

Também é importante destacar que esse rol de infrações é exemplificativo. A uma porque o próprio art. 1º, *caput*, da Lei n. 10.446/02, faz uso da expressão "dentre outras". A duas porque o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 10.446/02 autoriza que o Ministro da Justiça determine a apuração de outras infrações penais, desde que dotadas de *repercussão interestadual ou internacional*, exigindo repressão uniforme em todo o território nacional.

Ainda em relação às atribuições investigatórias da Polícia Federal, não se pode perder de vista o teor do art. 11 da Lei n. 13.260/16 (Lei Antiterrorismo), por força do qual considera-se que os crimes previstos no referido diploma normativo são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.[7]

4.1. Sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro impelidos por motivação política.

O crime de sequestro e cárcere privado está definido no art. 148 do Código Penal nos seguintes termos: "Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado". Cuida-se de crime contra a liberdade individual. De seu turno, o crime de extorsão mediante sequestro, espécie de crime contra o patrimônio e etiquetado como hediondo (Lei n. 8.072/90, art. 1º, IV), consta do art. 159 do CP com a seguinte redação: "Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate". Para que tais crimes sejam objeto de investigação pela Polícia Federal, devem ter sido praticados com um especial motivo de agir – motivação política.

4.2. Formação de cartel.

O cartel deve ser compreendido como uma modalidade de abuso do poder econômico. Desse abuso deve resultar: a) *domínio do mercado*: *dominar* consiste em se colocar o agente em condições de impor sua vontade sobre os demais agentes empresariais; b) *eliminação, total ou parcial, da concorrência*: *eliminar* consiste em suprimir, acabar,

5. Evidenciada a ocorrência de conexão entre delitos apurados em inquéritos policiais em trâmite nas polícias estadual e federal, é possível a reunião dos procedimentos investigatórios, aplicando-se subsidiariamente os artigos 76, incisos II e III, e 79, ambos do Código de Processo Penal. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, RHC 10.763/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 27/08/2001 p. 351.

6. Com esse entendimento: STF, 2ª Turma, RHC 85.286/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24/03/2006 p. 55.

7. Para mais detalhes acerca do art. 11 da Lei Antiterrorismo, remetemos o leitor aos comentários à Lei n. 13.260/16.

afastar a concorrência, quer de maneira total, quer de maneira parcial. *Concorrência,* por sua vez, significa a disputa no domínio econômico entre produtores, fabricantes, empresários ou comerciantes que, ao mesmo tempo, expõem à venda mercadorias ou serviços de natureza e qualidade semelhantes ou similares, apurando-se quem oferece melhores condições de pagamento para aqueles que pretendem adquirir os produtos ou serviços. Para mais detalhes acerca de tais crimes, remetemos o leitor aos comentários ao art. 4º da Lei n. 8.137/90.

4.3. Violação a direitos humanos que o Brasil se comprometeu a reprimir por meio de tratados internacionais.

Desde que dotadas de repercussão interestadual ou internacional, também incumbe à Polícia Federal investigar infrações penais relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte.

Importante registrar, mais uma vez, que o fato de a Polícia Federal ter atribuição para a investigação de tais delitos não necessariamente acarretará a fixação da competência da Justiça Federal. Por mais que a Emenda Constitucional n. 45/04 tenha introduzido na Constituição Federal o denominado incidente de deslocamento de competência, é oportuno lembrar que crimes cometidos com grave violação aos direitos humanos são, em regra, julgados pela Justiça Estadual. Só terão seu julgamento deslocado para a Justiça Federal se evidenciada a desídia do aparato estadual em proceder à persecução penal, e desde que tal deslocamento seja autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 109, V-A e §5º).

Em síntese, é possível apontar as seguintes diferenças entre as investigações da polícia federal em relação a tais delitos e o incidente de deslocamento da competência:

a) atribuições da Polícia Federal para a investigação de infrações penais relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte: o art. 1º, alínea "c", da Lei n. 10.446/02 versa sobre atribuições investigatórias, e não competência criminal; as infrações penais devem possuir repercussão interestadual ou internacional; não há necessidade de prévia autorização judicial;

b) incidente de deslocamento de competência: o inciso V-A e o §5º, ambos do art. 109 da Constituição Federal, versam sobre competência criminal; não há necessidade de repercussão interestadual ou internacional; para além da existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos, o IDC também tem como pressuposto o risco de descumprimento de tratados internacionais firmados pelo Brasil em virtude da desídia do Estado-membro em proceder à persecução penal; o IDC pressupõe prévia autorização do Superior Tribunal de Justiça.

4.4. Furto, roubo ou receptação de cargas, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação.

O crime de furto está previsto no art. 155 do Código Penal nos seguintes termos: "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel". O roubo, por sua vez, está tipificado no art. 157 do CP com a seguinte redação: "Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência". De seu turno, o art. 180 do CP tipifica a receptação nos seguintes termos: "Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte".

Para fins de atuação da Polícia Federal, não basta a existência de uma associação criminosa voltada à prática desses crimes patrimoniais em mais de um estado da federação. O inciso IV deixa claro que esses crimes patrimoniais devem ter como objeto material *cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional.*

Por fim, vale destacar que o inciso IV do art. 1º da Lei n. 10.446/02 faz menção ao crime de *quadrilha ou bando,* outrora previsto no art. 288 do Código Penal. Com o advento da nova Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), o crime do art. 288 passou a ser denominado de associação criminosa, dispondo, atualmente, da seguinte redação: "Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes".

4.5. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e venda, inclusive pela internet, depósito ou distribuição do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

O inciso V do art. 1º da Lei n. 10.446/02 foi acrescentado pela Lei n. 12.894/13. A primeira parte

do inciso V diz respeito ao crime previsto no art. 273 do Código Penal, o qual, aliás, é considerado hediondo (Lei n. 9.072/90, art. 1º, VII-B). Mais uma vez, só se pode cogitar da atuação da Polícia Federal se o crime for dotado de repercussão interestadual ou internacional.

4.6. Furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, inclusive agências bancárias ou caixas eletrônicas.

A Lei n. 13.124/15 acrescentou o inciso VI ao art. 1º da Lei n. 10.446/02. Os crimes de furto e roubo já foram objeto de análise nos comentários ao inciso IV do art. 1º da Lei n. 10.446/02. O delito de dano está previsto no art. 163 do CP com a seguinte redação: "Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia".

A fixação da atribuição da Polícia Federal com base no inciso VI do art. 1º da Lei n. 10.446/02 depende do preenchimento dos seguintes pressupostos:

a) **crime consta instituições financeiras**: de acordo com o art. 1º da Lei n. 7.492/86, que versa sobre os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, "considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários". Equipara-se à instituição financeira "a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual";

b) indícios de atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação: o conceito de associação criminosa consta do art. 288 do CP, com redação dada pela Lei n. 12.850/13. De modo a legitimar a intervenção da Polícia Federal, há necessidade de indícios de que tal associação vem atuando em mais de um Estado da Federação.

4.7. Quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres.

Esse inciso VII foi acrescentado ao art. 1º da Lei n. 10.446/02 pela Lei n. 13.642, com vigência em data de 04 de abril de 2018. De acordo com o dicionário *Houaiss* da língua portuguesa,[8] *misoginia* é o ódio ou a aversão às mulheres, é a aversão ao contato sexual com as mulheres. Interessante notar que não há, no âmbito do Código Penal, nem tampouco da legislação especial, um tipo penal específico referente à conduta de difundir conteúdo misógino. Portanto, o ideal é concluir que o legislador outorgou à Polícia Federal a atribuição para investigar todo e qualquer crime praticado por meio da rede mundial de computadores contra uma ou várias mulheres, cuja conduta envolva a propagação do ódio ou da aversão às mulheres, como, por exemplo, crimes contra a honra (v.g., injúria), contra a liberdade individual (v.g., ameaça), etc., mas desde que dotados de repercussão interestadual ou internacional a exigir repressão uniforme.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 8 de maio de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Miguel Reale Júnior

Este texto não substitui o publicado no DOU de 9.5.2002

5. VIGÊNCIA DA LEI N. 10.446/02.

A Lei n. 10.446 entrou em vigor no dia 09 de maio de 2002, data em que ocorreu a sua publicação. Sofreu uma primeira mudança legislativa por ocasião da inclusão do inciso V ao art. 1º pela Lei n. 12.894, que entrou em vigor no dia 18 de dezembro de 2013. Houve uma segunda mudança legislativa por ocasião da entrada em vigor da Lei n. 13.124 no dia 22 de maio de 2015, quando foi acrescido o inciso VI ao seu art. 1º.

8. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1.299.

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

LEI N. 8.137/1990

CAPÍTULO I
DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

1. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Antigamente, para que o Estado pudesse custear suas despesas, valia-se de guerras, de extorsões de outros povos, de imposições de penalidades pecuniárias, etc. Com o passar do tempo, e ante a crescente expansão das despesas públicas, tornou-se imprescindível que o Estado encontrasse uma fonte regular e permanente de recursos financeiros, centrada na força coercitiva para a retirada parcial das riquezas produzidas por particulares, sem qualquer contrapartida. Surge, assim, o tributo como principal fonte de ingressos públicos necessários ao funcionamento das atividades estatais, voltadas para a satisfação do bem comum.

Tem origem, então, o *Direito Tributário*, não apenas para substituir uma relação de poder por uma relação jurídica, disciplinando deveres e obrigações recíprocas das partes, mas notadamente para delimitar o poder de tributar e evitar o seu exercício de maneira abusiva.

Sem embargo de a tributação estar regulamentada pelo Direito, não é nenhum exagero afirmar que, de maneira voluntária, dificilmente alguém pagaria um tributo. Com efeito, mesmo nas sociedades modernas em Estados Democráticos de Direito, há enorme resistência à tributação, seja porque o Estado é perdulário e corrupto, deixando de prover à população com serviços essenciais básicos, como saúde, educação e moradia, seja porque a carga tributária é por demais exacerbada[1] e mal distribuída, revoltando certas categorias de contribuintes, sujeitas ao pagamento na fonte e em nível cada vez maior para compensar aqueles que não recolhem os valores devidos.

É exatamente daí que surge a ideia de tipificação dos crimes contra a ordem tributária. Sabedor de que os desvios perpetrados na seara tributária não são adequadamente sancionados por intermédio de medidas de caráter meramente administrativo, o legislador opta por fazer uso do Direito Penal, como mais drástica forma de intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão, com o objetivo de resguardar a ordem tributária.

Aliás, desde o século XVIII Beccaria já preconizava que "os impostos são parte essencial e tão difícil numa boa legislatura e estão de tal modo comprometidos em certas espécies de contrabando, que tal delito merece uma pena considerável, como a prisão e mesmo a servidão, mas uma prisão e uma servidão análoga à natureza do delito".[2]

2. DIREITO TRIBUTÁRIO PENAL E DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO.

Com o objetivo de distinguir as infrações tributárias definidas e punidas pelo Direito Tributário

1. Conforme dados da Associação Comercial de São Paulo, o valor pago pelos brasileiros em tributos, apenas nos dois primeiros meses de 2020, já alcançou mais de R$ 452.850.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta e dois bilhões e oitocentos e cinquenta milhões de reais). A informação é extraída do chamado "Impostômetro", que é um painel eletrônico que calcula a arrecadação em tempo real instalado na sede da referida associação.

2. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

daquelas configuradas e sancionadas pelo Direito Penal, grande parte da doutrina[3] costuma fazer referência ao Direito Tributário Penal e ao Direito Penal Tributário. Conquanto sejam aplicáveis a esses dois ramos do Direito noções semelhantes como tipo e tipicidade,[4] assim como o princípio da legalidade,[5] a doutrina costuma apontar diferentes campos de abrangência de um e do outro:

a) **Direito Tributário Penal:** consiste no ramo do Direito Tributário que versa sobre a aplicação de sanções extrapenais às condutas ilícitas de cunho administrativo e tributário. Na dicção de Kiyoshi Harada, "abrange todas as infrações tributárias decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias principais ou acessórias, vale dizer, alcança todas as condutas comissivas ou omissivas que, por afrontosas às normas tributárias de natureza substantiva ou formal, ensejam sanções de natureza administrativa. Abrangem as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares, que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes, nos termos do art. 96 do CTN".[6] As *infrações fiscais* recebem tratamento diverso daquele conferido aos denominados *crimes tributários*. Deveras, prevalece o entendimento de que tais infrações podem ser atribuídas ao agente tanto a título de dolo quanto a título de culpa, nos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional ("Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato");

b) **Direito Penal Tributário:** cuida-se do ramo do Direito Penal que incide sobre condutas que atentam contra a ordem tributária. Abrange não apenas os crimes listados nos arts. 1º a 3º da Lei n. 8.137/90, mas também outros crimes previstos no Código Penal (v.g., art. 168-A, art. 334, art. 337-A, etc.). Diversamente das infrações fiscais que integram o Direito Tributário Penal, os crimes contra a ordem tributária só podem ser imputados ao agente a título doloso, sendo inadmissível eventual responsabilidade penal objetiva, porquanto manifestamente contrária ao princípio da culpabilidade.

Com a premissa de que o que outorga autonomia aos crimes contra a ordem tributária é o fato de que eles não representam meras infrações à norma tributária, mas comportamentos que afetam um bem jurídico digno de proteção penal, Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro[7] apontam dois fatores para diferenciar o *crime tributário* da *infração fiscal*:

a) materialmente, o crime tributário deve representar uma ofensa a um determinado bem jurídico, e não uma mera infração das normas impostas pelo Direito Tributário, porquanto não se pode admitir a criminalização de condutas constitutivas de mera infração de dever;

b) não obstante a antijuridicidade ser uma categoria comum a todos os ramos do Direito, a persecução de delitos, dentre eles os crimes tributários, atende a princípios e regras de imputação específicos, propriamente penais, do que se conclui que a constatação da responsabilidade penal objetiva e subjetiva e a declaração de culpabilidade constituem pressupostos necessários e irrenunciáveis para a aplicação da pena.

3. TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

No ordenamento jurídico interno, é possível dizer que a criação de tipos penais voltados à tutela da ordem tributária é relativamente recente. A Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964, tipificou o crime de apropriação indébita do imposto de renda, imposto sobre o consumo e o imposto do selo, então existente. Na sequência, a Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, posteriormente revogada pela Lei n. 8.137/90,[8] passou a definir o crime de *sonegação fiscal*.

Até então, o Código Penal de 1940 previa o delito de descaminho no art. 334 ("Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo da mercadoria").[9] Conquanto elencado dentre

3. Há doutrinadores que refutam essa divisão binária. A título de exemplo, Ives Gandra da Silva Martins (*Caderno de pesquisas tributárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, v. 4, p. 261-265) sustenta que não existe um Direito Tributário Penal ou um Direito Penal Tributário distinto do Direito Tributário.

4. Para fins de determinação da existência da obrigação tributária principal, e identificação do tributo devido por determinada pessoa física ou jurídica, há necessidade de se realizar um juízo de adequação (tipicidade) entre um determinado fato e a hipótese de incidência abstratamente descrita no tipo tributário.

5. A Constituição Federal estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo *sem lei que o estabeleça* (art. 150, I), dispondo, ademais, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX).

6. HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. *Crimes contra a ordem tributária*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 90.

7. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28-29.

8. O único dispositivo da Lei n. 4.729/65 ainda em vigor é o seu art. 5º, que alterou os §§1º e 2º do art. 334 do Código Penal.

9. Originariamente, os crimes de descaminho e contrabando estavam previstos no art. 334 do Código Penal. Com o advento da Lei n. 13.008, de 26.6.2014, o crime de descaminho foi mantido no art. 334, ao passo

os crimes praticados por particulares contra a Administração Pública, cuida-se, inegavelmente, de verdadeiro crime contra a ordem tributária, que tem por objeto tributos externos, decorrentes de exportação ou importação.

Alguns anos depois entrou em vigor a Lei n. 8.137/90. Para além de tratar dos crimes contra a ordem tributária – arts. 1º a 3º –, referido diploma normativo também passou a tipificar crimes contra a ordem econômica (art. 4º) e contra as relações de consumo (art. 7º). Especificamente quanto aos crimes contra a ordem tributária, a Lei n. 8.137/90 abrangia, inicialmente, inclusive os crimes de sonegação de contribuição previdenciária. No entanto, com o advento da Lei n. 8.212/91 e, posteriormente, da Lei n. 9.983/00, os crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária foram retirados do âmbito de abrangência da Lei n. 8.137/90, estando hoje previstos nos arts. 168-A e 337-A, respectivamente.

Destarte, quando nos referirmos aos crimes contra a ordem tributária, devemos nos ater não apenas àqueles previstos nos arts. 1º a 3º da Lei n. 8.137/90, mas também a outros tipos penais previstos no Código Penal, que também visam à tutela da ordem tributária, a exemplo do crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), excesso de exação (CP, art. 316, §1º, com redação determinada pelo art. 20 da Lei n. 8.137/90), facilitação de contrabando ou descaminho (CP, art. 318), descaminho (CP, art. 334) e sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A).

4. BEM JURÍDICO TUTELADO.

De um modo geral, ao se referir ao bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária, a doutrina costuma apontar duas (duas) correntes diversas:

a) **corrente patrimonialista**: o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários é o patrimônio dinâmico da Fazenda Pública, também referido como erário público e arrecadação tributária;

b) **corrente funcionalista**: rejeitando a postura patrimonialista, a concepção funcionalista sustenta que o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários guarda relação com as diversas funções que o tributo deverá exercer em uma determinada sociedade, como, por exemplo, o custeio e financiamento das atividades institucionais do Estado e das prestações sociais. É nesse sentido a lição de Hugo de Brito Machado.[10] Para o autor, o bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária está consubstanciado nas funções que o tributo deve exercer de acordo com os dispositivos constitucionais.

Por conta da abstração e generalidade da postura funcional, que acaba dificultando a incidência do Direito Penal nesse âmbito à luz do princípio da ofensividade, é dominante a adoção da corrente patrimonialista, no sentido de que os crimes tributários atentam contra a administração do erário público, atingindo a arrecadação dos tributos e a gestão dos gastos públicos, incidindo sobre a legítima expectativa de ingressos ao Tesouro Público, sem o qual não chegaria a constituir o patrimônio público propriamente dito. Sem olvidar da importância das funções desempenhadas pelos Tributos nas sociedades modernas, não se pode identificá-las como o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários, pelo menos de maneira imediata.[11]

Em síntese, conclui-se que o bem jurídico tutelado pelos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 e pelos demais crimes tributários previstos no Código Penal é a ordem tributária, a ser compreendida como "a atividade administrada pelo Estado, personificado na Fazenda Pública dos distintos entes estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), dirigida à arrecadação de ingressos e à gestão de gastos em benefício da sociedade. Atividade que, por sua importância para o desenvolvimento das finalidades do Estado, é instituída e sistematizada nos arts. 145 a 169 da Constituição Federal de 1988, assumindo o caráter de bem jurídico transindividual".[12]

A tutela penal da ordem tributária é justificada pela natureza supra individual do bem jurídico,

que o delito de contrabando foi deslocado para o art. 334-A ("Importar ou exportar mercadoria proibida"), sendo-lhe cominada uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

10. *Crimes contra a ordem tributária*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23.

11. Como observa Andreas Eisele, "quando o Direito Penal protege o patrimônio público expresso pela receita pública, confere tutelas indiretas a diversos interesses, entre os quais se pode relacionar, de forma exemplificativa, os seguintes: a) a solidariedade tributária, que é expressão da igualdade dos sujeitos, proporcionalmente implementada pela regra da capacidade contributiva; b) a igualdade de condições no exercício da competição mercantil; c) a estrutura institucional do Estado, viabilizadora da prestação das tutelas sociais que lhe são constitucionalmente conferidas; d) a função administrativa estatal de arrecadação tributária, assim como a eficácia dos instrumentos utilizados para tal finalidade; e) a qualidade de vida dos indivíduos beneficiários das prestações estatais de cunho social; f) a base cultural dos integrantes da sociedade, referente à consciência acerca da importância do respeito ao patrimônio público, considerado como instrumento de implementação efetiva do Estado Social e Democrático de Direito". (*A reparação do dano no Direito Penal Tributário*. In: Heloisa Estellita Salomão (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001, v. 1, p. 11-12).

12. BITENCOURT, Cezar Roberto; Monteiro, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

com relevância constitucional e indiretamente reconduzível à pessoa humana, apto, portanto, a ser tutelado com o emprego da sanção penal, já que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais. Essa assertiva é corroborada pela própria proteção conferida pela Constituição Federal à ordem econômica (CF, art. 170).[13]

Secundariamente, os crimes contra a ordem tributária também tutelam a Administração Pública, a fé pública, a garantia dos meios necessários para que Estado possa atender às prestações sociais, o trabalho e a livre concorrência, consagrada pela Constituição Federal como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV), já que não se pode negar que o empresário sonegador poderá praticar preços mais baratos do que aquele que recolhe seus tributos de maneira regular, o que caracterizaria evidente concorrência desleal.[14]

4.1. Princípio da insignificância.

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

Em seu processo de formulação teórica, o princípio da insignificância apoiou-se no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público (*de minimis, non curat praetor*). O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Na dicção do Supremo, a aplicação desse princípio está condicionada à presença de certos pressupostos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.[15]

Se dúvida não há quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária, difícil se apresenta a tarefa de estabelecer um montante objetivo que possa ser levado em consideração para fins de incidência (ou não) do referido postulado.

Inicialmente, a própria União forneceu um patamar para fins de aplicação do princípio da insignificância ao determinar a extinção de todo e qualquer crédito fiscal cujo valor fosse inferior ao de R$ 100,00 (cem reais). A propósito, eis a redação do art. 18, §1º, da Lei n. 10.522/02: "Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 100,00 (cem reais)". Ora, a partir do momento em que tal dispositivo determinou o cancelamento de débitos fiscais cujo valor fosse inferior a R$ 100,00 (cem reais), o que acaba por demonstrar o desinteresse estatal em sua cobrança, este valor passou a ser usado pelos Tribunais Superiores como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância.[16]

Posteriormente, todavia, passou a ser adotado como patamar para fins de incidência do princípio da insignificância o *quantum* previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/02, com redação dada pela Lei n. 11.033/04, qual seja, R$ 10.000,00 (dez mil reais). Apesar de referido dispositivo legal prever que serão apenas arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União de valor consolidado ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), os Tribunais passaram a entender que não seria possível que uma conduta administrativamente irrelevante tivesse relevância criminal, sob pena de violação aos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Daí por que referido montante passou a ser utilizado pelos Tribunais Superiores, não apenas em relação aos crimes contra a ordem tributária propriamente ditos,

13. Nessa linha: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 399.

14. Com esse entendimento: BALTAZAR Jr. Op. cit. p. 800.

15. Nessa linha: STF, 2.ª Turma, HC 92.463/RS, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 31.10.2007, p. 281.

16. STJ, 6ª Turma, REsp 495.872/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 14/03/2006, DJ 30/04/2007. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, REsp 685.135/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/03/2005, DJ 02/05/2005.

mas também em relação ao delito de descaminho, também conhecido como contrabando impróprio (CP, art. 334, *caput*, com redação determinada pela Lei n. 13.008/14), haja vista a sua natureza eminentemente tributária, hipótese em que a lesividade da conduta deve ser aferida de acordo o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. A propósito, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo n. 1.112.748/TO, a 3ª Seção do STJ decidiu que deve se aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando os débitos tributários não ultrapassarem o limite de R$ 10.000,00 (dez mil reais), adotando-se o disposto no art. 20 da Lei 10.522/02, com base em precedentes do colendo STF.[17]

Importante ressaltar que esse patamar de R$ 10.000,00 (dez mil reais) estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/02 não tem o condão de afastar a tipicidade material quando se tratar de delitos concernentes a tributos que não sejam da competência da União. Afinal, para a aplicação desse patamar a crimes tributários praticados em detrimento dos Estados, dos Municípios, ou do Distrito Federal, seria necessária a existência de lei do ente federativo competente, porque a arrecadação da Fazenda Nacional não se equipara à dos demais entes federativos. Ademais, um dos requisitos indispensáveis à aplicação do princípio da insignificância é a inexpressividade da lesão jurídica provocada, que pode se alterar de acordo com o sujeito passivo.[18]

Em se tratando de contrabando (CP, art. 334-A, com redação dada pela Lei n. 13.008/14), os Tribunais Superiores não admitem a aplicação do princípio da insignificância, ainda que o valor do tributo incidente sobre a mercadoria seja inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais). Afinal, quando se trata de importação ou exportação de mercadoria absoluta ou relativamente proibida, para além da sonegação de tributos, há lesão à moral, higiene, segurança e saúde pública. Logo, revela-se inviável a exclusão da tipicidade material da conduta à vista do valor da evasão fiscal.[19]

Como se percebe, na visão dos Tribunais, o montante estabelecido para fins de arquivamento das execuções fiscais deve ser utilizado como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância, porquanto é inadmissível que uma conduta seja irrelevante no âmbito administrativo e não o seja para o Direito Penal, que só deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido, quando falharem os outros meios de proteção e não forem suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do Direito.

Por isso, especial atenção deve ser dispensada à Portaria n. 75 do Ministro da Fazenda, de 22 de março de 2012. Isso porque, consoante disposto no art. 1º, II, da referida Portaria, restou determinado o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Ora, se o *quantum* estabelecido no art. 20 da Lei n. 10.522/02, que dispõe apenas sobre o arquivamento das execuções fiscais, é amplamente utilizado pelos Tribunais Superiores como patamar para aplicação do princípio da insignificância, é de todo provável que o montante fixado pela Portaria MF 75/2012 passe a ser utilizado como novo parâmetro, já que referida Portaria prescreve o não ajuizamento de execuções fiscais cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Há precedentes de ambas as Turmas do STF admitindo a aplicação do princípio da insignificância em relação aos crimes tributários (v.g., descaminho) se o valor elidido for inferior ao *quantum* de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e não houver reiteração criminosa.[20] Também há precedentes do STJ admitindo a incidência do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário não

17. STJ, 3ª Seção, REsp 1.112.748/TO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09/09/2009, DJe 13/10/2009. Na mesma linha: STJ, 3ª Seção, EREsp 1.113.039/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/12/2009, DJe 01/02/2010; STF, 2ª Turma, HC 92.438/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 19/08/2008, DJe 241 18/12/2008. Para a 3ª Seção do STJ (EREsp 1.217.514/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09/12/2015, DJe 16/12/2015), a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

18. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 165.003/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/3/2014, DJe 22/04/2014.

19. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, REsp 1.427.796/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14/10/2014. Na visão do STJ, por ser monopólio da União, sujeitando-se à prévia e expressa autorização da Agência Nacional de Petróleo, sendo concedida apenas aos produtores ou importadores, a introdução de gasolina no território nacional por particulares tipifica o crime de contrabando (CP, art. 334-A, com redação dada pela Lei n. 13.008/14). Logo, como o objetivo precípuo da tipificação do crime de contrabando é evitar o fomento de transporte e comercialização de produtos proibidos, não se admite a aplicação do princípio da insignificância. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, AREsp 348.408/RR, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 18/2/2014, DJe 24/02/2014. No sentido de que a importação clandestina de cigarros caracteriza crime de contrabando e não descaminho, revelando-se, inviável, portanto, a aplicação do princípio da insignificância: STF, 1ª Turma, HC 120.550/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 30 12/02/2014.

20. STF, 2ª Turma, HC 120.620/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/02/2014; STF, 2ª Turma, HC 121.322/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/02/2014; STF, 1ª Turma, HC 121.717/PR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 03/06/2014; STF, 1ª Turma, HC 119.849/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/08/2014, DJe 195 06/10/2014. Com base nesse entendimento, em caso concreto em que um indivíduo havia introduzido mercadorias estrangeiras no território nacional, sem o recolhimento dos tributos devidos, calculados em R$ 19.750,41, concluiu a 2ª Turma do STF (HC 155.347/PR, Rel. Min. Dias Tóffoli, j. 17/04/2018) que tal conduta seria atípica, razão pela qual determinou o trancamento do respectivo processo penal.

ultrapassar o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).[21]

O valor a ser considerado para fins de aplicação do princípio da insignificância é aquele fixado no momento da consumação do crime, vale dizer, da constituição definitiva do crédito tributário, e não aquele posteriormente alcançado com a inclusão de juros e multa por ocasião da inscrição desse crédito na dívida ativa. A consideração, na esfera criminal, dos juros e da multa em acréscimo ao valor do tributo sonegado, para além de extrapolar o âmbito do tipo penal, implicaria em punição em cascata, ou seja, na aplicação da reprimenda penal sobre a punição administrativa anteriormente aplicada, o que não se confunde com a admitida dupla punição pelo mesmo fato em esferas diversas, dada a autonomia entre elas.[22]

Em conclusão, convém ressaltar que a reiterada omissão no pagamento do tributo devido não autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que o valor do tributo suprimido não ultrapasse o limite previsto para o não ajuizamento de execuções fiscais pela Fazenda Nacional. Afinal, não se pode considerar despida de lesividade (sob o aspecto valorativo) a conduta de quem, reiteradamente, omite o pagamento de tributos sempre em valor abaixo da tolerância estatal, amparando-se na expectativa sincera de inserir-se nessa hipótese de exclusão da tipicidade, sob pena de o princípio da insignificância funcionar indevidamente como verdadeiro incentivo à prática do descaminho.[23]

5. INADIMPLEMENTO E SONEGAÇÃO FISCAL.

O inadimplemento da obrigação tributária, isoladamente considerado, não é crime. Portanto, se o contribuinte declara todas as hipóteses de incidência ao fisco, de acordo com a periodicidade exigida em lei, cumpre todas as obrigações acessórias e tem escrita contábil regular, mas deixa de efetuar o pagamento do tributo, não há crime, mas mero inadimplemento.

A diferença entre a mera *inadimplência* e a *sonegação fiscal* é exatamente o emprego da fraude. A sonegação abrange não apenas o inadimplemento total ou parcial da obrigação tributária, mas também o emprego da fraude, motivo pelo qual é alçada à categoria de crime contra a ordem tributária.

Nesse contexto, o art. 71 da Lei n. 4.502/64 define a sonegação como toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir, retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária: a) da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; b) das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

De seu turno, o art. 72 do mesmo diploma legal dispõe que *fraude* é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

6. SONEGAÇÃO FISCAL (EVASÃO FISCAL) E ELISÃO FISCAL.

Evasão fiscal não se confunde com elisão fiscal. Aquela consiste no inadimplemento total ou parcial da obrigação tributária mediante o emprego de fraude. A elisão fiscal, por sua vez, deve ser compreendida como uma espécie de planejamento tributário, tido como prática legítima do contribuinte objetivando evitar a ocorrência do fato gerador do tributo ou pelo menos para fins de diminuir o seu valor, sem o emprego da fraude. Na elisão, o contribuinte opta por um caminho benéfico, sem praticar qualquer tipo de fraude, agindo dentro da licitude do Direito Tributário. Se a elisão, todavia, for praticada com algum tipo de artifício para mascarar a realidade, restará caracterizada a sonegação fiscal.

De acordo com a doutrina,[24] 4 (quatro) critérios podem ser usados para diferenciar a elisão da sonegação fiscal (evasão fiscal):

a) **natureza dos meios**: na elisão, os meios são lícitos; na sonegação, não;

b) **ocorrência do fato gerador**: na elisão, a economia fiscal pressupõe a adoção de forma alternativa, de molde a evitar a verificação do pressuposto de incidência; na simulação, o fato gerador ocorre efetivamente, mas vem desnaturado, em sua exteriorização formal, pelo artifício utilizado, de maneira que não é tipologicamente

21. A propósito: STJ, 3ª Seção, REsp 1.688.878/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28/02/2018, DJe 04/04/2018.

22. Nesse contexto, referindo-se ao *crime tributário de descaminho*: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 625.888/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/09/2015, DJe 22/09/2015. E ainda: STJ, 6ª Turma, REsp 1.306.425/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/06/2014, DJe 01/07/2014.

23. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, RHC 31.612/PB, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/5/2014, DJe 29/05/2014.

24. DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1995. p. 63.

reconhecido, em sua aparência, como o pressuposto de incidência legal;

c) **eficácia dos meios**: na elisão, a forma jurídica, conquanto alternativa, é real; na simulação, é mero pretexto;

d) **resultados**: na elisão, os resultados são reais; na sonegação, os efeitos são diversos daqueles ostensivamente indicados.

7. TRIBUTO.

Sem a pretensão de imiscuirmos em aspectos teóricos discutidos pelos *experts* do Direito Tributário, é de todo relevante a análise do conceito de *tributo*. Afinal, a expressão "tributo" funciona como elemento normativo dos crimes dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90.

Com base no art. 3º do CTN,[25] pode-se definir *tributo* como toda obrigação jurídica, constituída por lei, que não corresponda à sanção de ato ilícito, consistente no dever de uma pessoa (física ou jurídica, privada ou pública, chamada de sujeito passivo da obrigação) pagar a outra (pública ou, excepcionalmente, pessoa privada delegada por lei daquela, chamado sujeito ativo da obrigação) uma quantia em dinheiro, em face da ocorrência de determinado fato, descrito hipoteticamente em lei e constitucionalmente autorizado.

Desse conceito podemos extrair as seguintes caraterísticas:

a) **obrigação jurídica**: vínculo jurídico de conteúdo econômico, de natureza transitória, por força do qual o sujeito ativo tem o direito de exigir do sujeito passivo determinado comportamento, ao passo que este tem o correspondente dever de realizar aquele comportamento em benefício daquele;

b) **pecuniária**: corresponde ao objeto da obrigação, consistente no comportamento do sujeito passivo levar dinheiro ao sujeito ativo;

c) **legal**: a obrigação tributária[26] nasce diretamente da vontade da lei, mediante a realização de um fato jurídico relevante (fato imponível) nela hipoteticamente descrito, independentemente da vontade das partes ou até mesmo contra essa vontade. A obrigação tributária nasce de fato lícito, sendo que esta característica acaba por diferenciá-la da obrigação legal de indenizar o dano que, conquanto também resulte diretamente da lei, surge da prática de fato ilícito;

d) **não correspondente a sanção de ato ilícito:** a obrigação tributária deriva da realização de um fato lícito, hipoteticamente descrito em lei. Daí, todavia, não se pode concluir que os fatos ilícitos fiquem imunes à incidência tributária. Tais fatos, quando hipoteticamente descritos em lei, têm aptidão para gerar a obrigação tributária;

e) **sujeito ativo como pessoa pública, ou excepcionalmente, pessoa privada delegada por lei daquela:** pelo menos em regra, o sujeito ativo da obrigação tributária é uma pessoa política – geralmente, o sujeito ativo coincide com a entidade política responsável pela instituição do tributo. Todavia, excepcionalmente, e desde que haja autorização constitucional, é possível que a lei atribua a capacidade de ser sujeito ativo a pessoas privadas que tenham finalidades de interesse público (parafiscalidade);

f) **sujeito passivo como pessoa física ou jurídica, privada ou pública:** incumbe à lei designar o sujeito passivo da obrigação tributária, que geralmente é uma pessoa privada, física ou jurídica. No entanto, na hipótese de tributos vinculados, como taxas e contribuições, admite-se que as pessoas públicas sejam sujeitos passivos. Ressalte-se, todavia, que as pessoas públicas não podem ser sujeitos passivos quando se tratar de impostos, haja vista o princípio da imunidade recíproca (CF, art. 150, VI, alínea "a").

7.1. Espécies de tributos.

Sem embargo de certa controvérsia doutrinária acerca do assunto, prevalece o entendimento de que há pelo menos 5 (cinco) espécies de tributos, senão vejamos:

a) **impostos:** consoante disposto no art. 16 do CTN, *imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.* Cuida-se de tributo não vinculado, ou seja, espécie de tributo cujo aspecto material

25. Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

26. A obrigação tributária não se confunde com o crédito tributário. Como nos ensina a doutrina, "embora designem a mesma relação jurídica obrigacional, designam essa relação em situações diversas. Obrigação designa a relação obrigacional tributária desde o seu nascimento, com o respectivo fato gerador, até quando se consuma o lançamento. Crédito tributário, por sua vez, designa essa mesma relação obrigacional a partir do lançamento, quando à obrigação tributária são acrescidas a liquidez e a consequente exigibilidade (...). A expressão obrigação tributária designa a relação jurídica tributária que nasce com a ocorrência do fato previsto em lei como hipótese de incidência tributária, atribuindo ao sujeito passivo o dever de pagar o tributo e ao sujeito ativo o poder-dever, ou direito potestativo de fazer o lançamento tributário, vale dizer, de constituir o crédito tributário, expressão que designa a mesma relação jurídica tributária depois de sua liquidação pela autoridade administrativa". (MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 148-149).

da hipótese de incidência[27] consiste na descrição de um fato qualquer, independente e indiferente a uma atuação estatal. Logo, sempre que a hipótese de incidência não consistir em uma atividade do poder público, ter-se-á, por exclusão, um imposto, pouco importando o nome que lhe for conferido. Deveras, à luz do art. 4º do CTN, a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las: I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei. Por força da Constituição Federal (art. 145, §1º), esse fato qualquer deve funcionar como indicativo da capacidade contributiva de alguém, que será, por consequência, o sujeito passivo da obrigação tributária:

b) **taxas:** o art. 77 do CTN dispõe que *as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de policia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.* Depreende-se, pois, que a taxa é um tributo vinculado, cuja hipótese de incidência consiste numa atividade estatal relacionada direta e imediatamente ao contribuinte. São duas as espécies de taxas: a) **taxas de serviço**: o aspecto material da hipótese de incidência consiste em um serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (v.g., telefone, transporte coletivo, energia elétrica, gás, etc.); b) **taxas de polícia**: o aspecto material da hipótese de incidência consiste no exercício do poder de polícia. Não se pode confundir a *taxa* com o preço (ou tarifa). Cuidando-se de atividade voltada à prestação de serviço público, oferecido diretamente pelo Poder Público ou por meio de concessão ou permissão, a remuneração deve ser feita por meio da taxa. Por outro lado, na hipótese de se tratar de atividade de exploração econômica (CF, art. 173), que não é serviço público, a remuneração ocorre por meio de preço (tarifa);

c) **Contribuição de melhoria:** nos exatos termos do art. 81 do CTN, *a contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.* Consiste, portanto, em espécie de tributo vinculado, porquanto sua hipótese de incidência consiste numa atuação estatal, qual seja, uma obra pública, que é o aspecto material de sua hipótese de incidência, associada a um efeito, que é a valorização. Logo, à luz do art. 145, inciso III, da Constituição Federal, sua base imponível é a valorização, que é a diferença positiva do valor do imóvel antes e depois da obra;

d) **Empréstimos compulsórios:** por força do art. 148 da Constituição Federal, a União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (inciso I), ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade (inciso II), ficando a aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. Sem embargo da ultrapassada súmula n. 418 do STF ("O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional da prévia autorização orçamentária"), que conferia ao empréstimo compulsório a natureza jurídica de contrato coativo, é dominante o entendimento de que se cuida de verdadeira espécie de tributo, já que atende a todos os requisitos constantes do art. 3º do CTN, pouco importando a necessidade de restituição;

e) **Contribuições sociais:** estão previstas no art. 149 da Constituição Federal. A depender da finalidade constitucional, subdividem-se em: a) **contribuição social de intervenção no domínio econômico**: são tributos extrafiscais, vez que objetivam o controle da atividade econômica, e não o abastecimento dos cofres públicos; b) **contribuição social de interesse de categorias profissionais ou econômicas**: de natureza parafiscal, porquanto arrecadadas por pessoas diversas daquela que as instituiu, destinam-se ao custeio de entidades que visam à fiscalização do exercício de atividades profissionais ou econômicas; c) **contribuição social da seguridade social**: são instituídas para o custeio parcial da seguridade social.

8. TRIBUTAÇÃO DO LUCRO ILÍCITO (*PECUNIA NON OLET*).

O lucro obtido pela prática de um ilícito penal, como, por exemplo, com o tráfico de drogas, deve

27. Não se pode confundir hipótese de incidência com o fato gerador do tributo. Hipótese de incidência é a descrição normativa da situação de fato que, se ocorrer, fará nascer a obrigação tributária. O fato gerador, por sua vez, é a concretização dessa hipótese de incidência. Com a ocorrência do fato gerador surge a obrigação tributária. Todavia, pelo menos enquanto não se der o lançamento, responsável pela identificação do seu sujeito passivo e da quantificação de seu objeto ou conteúdo econômico, esta obrigação ainda não será líquida, nem certa e, por isso mesmo, inexigível.

ser tributado, sob pena de configuração de crime contra a ordem tributária, em face da possibilidade de tributação de rendimentos auferidos, mesmo que a atividade seja ilícita.

A jurisprudência anterior ao Código Tributário Nacional resistia em tributar atividades ilícitas sob o fundamento de que o Estado não poderia tirar proveito de um ato ilegal, por ele mesmo proibido. No entanto, esse entendimento não pode prosperar, uma vez que não se pode admitir que o Estado tribute rendimentos auferidos pelo contribuinte em decorrência do exercício de atividades lícitas e deixe de lado os rendimentos percebidos pelo contribuinte em virtude do exercício de atividades ilícitas, como, por exemplo, o jogo do bicho. Por isso, há de se aplaudir o legislador por ter admitido expressamente no inciso I do art. 118 do CTN a tributação de tais atividades ao considerar irrelevante para a definição legal do fato gerador a natureza do seu objeto.[28]

Isso não significa dizer que a tributação nesse caso tenha como hipótese de incidência um ato ilícito, contrariando-se o conceito de tributo constante do art. 3º do CTN. Tomando-se o exemplo do imposto de renda, se alguém obteve rendimento por conta da prática do jogo do bicho, o tributo em questão será devido. Não pelo fato de incidir sobre uma atividade ilícita, mas porque teria ocorrido a hipótese de incidência do tributo, que é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica dos rendimentos. No imposto de renda, a situação prevista em lei como necessária e suficiente para o nascimento da obrigação tributária é aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou dos proventos de qualquer natureza (CTN, art. 43), pouco importando se decorrente de atividade lícita ou ilícita.[29]

Nesse sentido, como se pronunciou a 5ª Turma do STJ, "(...) é possível a tributação sobre rendimentos auferidos de atividade ilícita, seja de natureza civil ou penal; o pagamento de tributo não é uma sanção, mas uma arrecadação decorrente de renda ou lucro percebidos, mesmo que obtidos de forma ilícita".[30]

A tributação sobre a renda proveniente de atividades ilícitas, e consequente responsabilização penal pelos crimes contra a ordem tributária nos casos de sonegação fiscal, não se revela incompatível com o princípio que veda a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Na visão do STJ, "(...) o princípio *nemo tenetur se detegere* refere-se à garantia da não auto-incriminação, segundo o qual ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras. Já o princípio *pecunia non olet* carrega consigo a ideia de igualdade de tratamento entre as pessoas que tenham capacidade contributiva semelhante, independentemente da maneira utilizada para alcançar essa disponibilidade econômica, isto é, não importa se o rendimentos tributáveis tenham ou não fonte lícita. Cuida-se de princípio de direito tributário. Tais princípios não se contrapõem, seja pela questão topográfica em que se encontram no direito, seja porque um não limita ou impossibilita a aplicação do outro, até mesmo porque o princípio *pecunia non olet* despreza a origem da fonte econômica tributável - se lícita ou ilícita. A necessidade de se recolher impostos surge com o fato de se auferir renda, pouco importando se essa renda é lícita ou ilícita, não ensejando, por isso mesmo, qualquer ingerência no princípio da não autoincriminação, do contrário dificilmente se vislumbraria a prática de crimes contra a ordem tributária, que geralmente estão ligados ao cometimento de outros delitos, como por exemplo, contra o sistema financeiro nacional. Recurso especial desprovido".[31]

9. COMPETÊNCIA CRIMINAL.

Os crimes contra a ordem tributária são espécie do gênero crimes contra a ordem econômico-financeira.

De acordo com o art. 109, VI, *in fine*, da Constituição Federal, os crimes contra o sistema financeiro e a *ordem econômico-financeira* são da

28. À luz do art. 118 do CTN, a 1ª Turma do STF concluiu ser possível a tributação de renda obtida em razão de atividade ilícita, visto que a definição legal do fato gerador deve ser interpretada com abstração da validade jurídica do ato efetivamente praticado, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos: STF, 1ª Turma, HC 94.240/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/08/2011, DJe 196 11/10/2011.

29. Nesse contexto: MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 123.

30. STJ, 5ª Turma, HC 7.444/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 23/06/1998, DJ 03/08/1998 p. 268. Também há precedentes do STF nesse sentido: "(...) Sonegação fiscal de lucro advindo de atividade criminosa: "non olet". Drogas: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso - antes de ser corolário do princípio da moralidade - constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética". (STF, 1ª Turma, HC 77.530/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25/08/1998, DJ 18/09/1998 p. 7).

31. STJ, 5ª Turma, REsp 1.208.583/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/12/2012, DJe 11/12/2012.

competência da Justiça Federal *nos casos determinados por lei.* Vê-se, pois, que o simples fato de se tratar de crime contra o sistema financeiro ou contra a ordem econômico-financeira não atrai a competência da Justiça Federal, devendo antes se verificar se assim o dispõe a lei.

Caso a lei não disponha que a competência será da Justiça Federal, a competência será da Justiça Estadual, salvo se houver lesão a bens, serviços ou interesse da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas, quando, então, a competência da Justiça Federal será fixada para ações penais por crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem econômico-financeira, porém não mais com fundamento no inciso VI do art. 109, mas sim com base no inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

A Lei n. 8.137/90, que dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, silencia quanto à competência da Justiça Federal.

Portanto, para que os delitos ali previstos sejam processados e julgados pela Justiça Federal, não o serão por se caracterizarem como crimes contra a ordem econômico-financeira referidos no art. 109, VI, mas por outra razão, como no caso de serem praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 109, IV, CF), o que, aliás, pode ocorrer, geralmente, com quaisquer crimes comuns.

Assim, quanto aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º a 3º da Lei n. 8.137/90, a competência somente será da Justiça Federal se houver a supressão ou redução de tributos federais (v.g., imposto de renda e proventos de qualquer natureza, impostos sobre importação de produtos estrangeiros, etc.); tratando-se de tributos de natureza estadual ou municipal (v.g., imposto sobre a propriedade de veículos automotores, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, etc.), a competência será da Justiça Estadual. A título de exemplo, compete à Justiça Estadual – e não à Justiça Federal – o julgamento de ação penal em que se apure a possível prática de sonegação de imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISSQN) por representantes de pessoa jurídica privada, ainda que esta mantenha vínculo com entidade da administração indireta federal. Afinal, no caso de ISSQN, resulta prejuízo apenas para os Municípios ou para o Distrito Federal, e não para a União.[32]

Em relação ao crime de formação de cartel, previsto no art. 4º da Lei n. 8.137/90, o Superior Tribunal de Justiça entende que, como a Lei 8.137/90 não contém dispositivo expresso fixando a competência da Justiça Federal, compete, em regra, à Justiça Estadual o julgamento dessa espécie de delito. Isso, no entanto, não afasta a competência da Justiça Federal, desde que se verifique ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas (CF, art. 109, IV), ou que, pela magnitude da atuação do grupo econômico ou pelo tipo de atividade desenvolvida, o ilícito tenha a propensão de abranger vários Estados da Federação, prejudicar setor econômico estratégico para a economia nacional ou o fornecimento de serviços essenciais, de onde se evidenciaria interesse supra regional a apontar para a necessidade de interferência da União.[33]

Na eventualidade de haver conexão e/ou continência envolvendo crimes da competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual, prevalecerá a competência daquela, nos termos da súmula n. 122 do STJ ("Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal").

9.1. Competência territorial.

Como é sabido, a competência territorial é determinada com base no local da consumação do delito, pelo menos em regra. A propósito, o art. 70, *caput*, do CPP, preceitua que a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Logo, tratando-se de infração penal prevista no art. 1º da Lei n. 8.137/90, a competência territorial será determinada com base no local do efetivo prejuízo sofrido pelo fisco, pouco importando que a conduta-meio (v.g., falsidade ideológica) tenha sido praticada em localidade diversa.[34]

Partindo-se da premissa de que, aos olhos dos Tribunais Superiores, os crimes materiais contra a ordem tributária consumam-se com a decisão final do procedimento administrativo de lançamento,[35]

32. Nesse contexto: STJ, 3ª Seção, CC 114.274/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 12/06/2013.

33. STJ – HC 117.169/SP – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Dje 16/03/2009. Com raciocínio semelhante: STJ – HC 32.292/RS – 5ª Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJ 03/05/2004 p. 196.

34. STJ, 3ª Seção, CC 97.342/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 15/12/2008, DJe 02/02/2009.

35. O lançamento deve ser compreendido como o "procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação

conclui-se, por consequência, que a competência territorial será determinada com base no local em que ocorrer a constituição definitiva do crédito tributário, pouco importando ulterior mudança de domicílio fiscal do contribuinte.[36]

Como já se pronunciou o STJ, "(...) conforme o disposto no enunciado n. 24 da Súmula vinculante do STF, os delitos contra ordem tributária tipificados no art. 1º e incisos da Lei 8.137/1990 consumam-se no momento da constituição do crédito tributário. Não se deve, assim, confundir o momento consumativo da sonegação fiscal com aquele em que a fraude é praticada, máxime quando se tem em conta que não há tipicidade do delito antes do lançamento definitivo do crédito tributário. Com isso em mente, a jurisprudência desta Corte assentou-se no sentido de que, "tratando-se de crime material contra a ordem tributária (art. 1º da Lei n. 8.137/1990), a competência para processar e julgar o delito é do local onde houver ocorrido a sua consumação, por meio da constituição definitiva do crédito tributário, sendo irrelevante a mudança de domicílio fiscal do contribuinte" (CC 120.850/BA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 30/08/2012). Incide, assim, em tais hipóteses, a regra prevista no art. 70 do Código de Processo Penal, que determina a competência do Juízo do lugar em que se consumou o delito ou, na hipótese de tentativa, do lugar em que foi praticado o último ato de execução. No caso em apreço, embora a empresa investigada tivesse domicílio em Barueri/SP no momento em que a fraude foi cometida (2005 e 2006), na data da constituição do crédito tributário, em setembro/2010, já havia transferido seu domicílio fiscal para o Estado do Rio de Janeiro desde novembro/2009. Tem-se, assim, que, no momento da consumação do crime, seja dizer, no momento da constituição do crédito tributário, a empresa investigada já possuía domicílio fiscal no Estado do Rio de Janeiro, sendo esse o local que fixa a competência para a condução do presente inquérito policial e de eventual ação penal daí decorrente. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o suscitante".[37]

Especificamente quanto à sonegação do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), em que o contribuinte geralmente registra o veículo em localidade diversa daquela em que reside, haja vista a diversidade de alíquotas entre os Estados da Federação, a competência territorial será da Justiça Estadual do ente da Federação que sofreu o prejuízo material. Há precedentes do STJ nessa linha: "(...) Para a consecução do fim almejado, imprescindível o crime de falso, uma vez que só por ele é possível o registro do veículo no órgão de policiamento de trânsito de Unidade da Federação diferente daquela em que o investigado tem domicílio. Diante desse quadro, fica absorvido o falso pelo fato praticado em detrimento da ordem tributária. Para a apuração de eventual delito fiscal (art. 1º. da Lei 8.137/90), a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior é quanto a competir ao Juízo do local onde verificado o prejuízo fiscal, haja vista ser crime material a exigir resultado previsto na norma para a consumação, de acordo, ainda, com o lançamento administrativo concluído nessa mesma localidade. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2a. Vara Criminal de Campinas/SP, o suscitado, em consonância com o parecer ministerial".[38]

10. FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A legislação atribui às autoridades da Administração Fazendária o dever de fiscalizar os atos dos sujeitos passivos das obrigações tributárias. De modo a se desincumbir desse mister, as autoridades recebem da legislação tributária a necessária competência, que lhes é atribuída em caráter geral ou especificamente em relação a cada tributo. O exercício desse poder-dever de fiscalização, todavia, não é ilimitado, e nem pode se dar de maneira abusiva.

Deveras, a circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92), sob pena de o Fisco incidir em frontal desrespeito às garantias constitucional e convencionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular.

correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível" (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito tributário*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 142).

36. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, RHC 053.434/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/03/2017, DJe 15/03/2017; STJ, 3ª Seção, CC 144.872/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/02/2016, DJe 02/03/2016.

37. STJ, 3ª Seção, CC 144.872/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/02/2016, DJe 02/03/2016. No mesmo contexto: STJ, 3ª Seção, CC 120.850/BA, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08/08/2012, DJe 30/08/2012.

38. STJ, 3ª Seção, CC 96.888/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 05/12/2008, DJe 19/12/2008.

A análise desses poderes de fiscalização tributária deve ser feita, portanto, à luz da Constituição Federal de 1988 e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92), dotada de *status* normativo supralegal (STF, RE 466.343), com especial atenção para o fato de o Código Tributário Nacional ter sido editado com fundamento na Emenda Constitucional n. 18 à Constituição de 1946, do que deriva a conclusão de que, à semelhança do Código de Processo Penal da década de 40, muitos dispositivos ali inseridos não resistem a um controle de constitucionalidade e/ou de convencionalidade.

10.1. Inviolabilidade domiciliar.

Consoante disposto no art. 195 do Código Tributário Nacional, "para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papeis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los".

Com o objetivo de conferir coercibilidade a tais poderes, o CTN (art. 200) também dispõe que "as autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção".

Considerando-se que a Administração Tributária tem o direito de examinar os livros e papeis dos comerciantes, já que tais documentos funcionam como fonte abundante, senão única, de informações relativas aos fatos geradores de tributos, é de se questionar se a autoridade administrativa, com o auxílio de força pública (CTN, art. 200), poderia invadir o estabelecimento comercial do contribuinte para ter acesso a tais documentos sem o consentimento deste, ou se haveria necessidade de prévia autorização judicial.

Como é sabido, a Constituição Federal prevê que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI).

O conceito de casa, que não se confunde com o de domicílio tributário (CTN, art. 127), é tradicionalmente extraído pela doutrina e pela jurisprudência do art. 150, §4º, do Código Penal: a) qualquer compartimento habitado; b) aposento ocupado de habitação coletiva, ainda que se destine à permanência por poucas horas; c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. Insere-se no conceito de casa, portanto, não só a casa ou habitação, mas também o escritório de advocacia, o consultório médico, o quarto ocupado de hotel ou motel,[39] o quarto de hospital, empresas e lojas (do balcão para dentro), pátios, jardins, quintal, garagens, depósitos, etc. Especificamente em relação aos estabelecimentos comerciais, sejam eles de propriedade de pessoa física ou jurídica,[40] há de se entender que a parte aberta ao público não está protegida pela inviolabilidade domiciliar. Por outro lado, a parte reservada aos que trabalham no local deve ser considerada como "casa". Não se exige, para a definição de "casa", que ela esteja fixada ao solo, pois o conceito constitucional abrange as residências sobre rodas (trailers residenciais), barcos-residência, a parte traseira do interior da boleia do caminhão, etc.

Em relação à busca e apreensão em escritório de advocacia (ou mesmo nas hipóteses de escritório residencial, mas desde que o fato delituoso esteja relacionado ao exercício da advocacia), a diligência, além de prévia autorização judicial decretada com base em indícios e materialidade da prática de crime por parte de advogado, com mandado de busca e apreensão específico e pormenorizado, também demanda a presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil. Nesse caso, é vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes, salvo se tais clientes também estiverem sendo formalmente investigados como partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade (Lei n. 8.906/94, art. 7º, §§6º e 7º). Logo, se o agente não estava sendo formalmente investigado e o crime então apurado não guardava relação com o crime que deu origem à cautelar de busca e apreensão, devem ser desentranhados os documentos obtidos por meio de busca e apreensão no escritório de seu advogado.[41]

39. STF – RHC 90.376/RJ – 2ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello – DJE-018 – DJ 18/05/2007 p. 113.

40. Como observa Hugo de Brito Machado (op. cit. p. 229), "o fato de o estabelecimento violado pertencer a uma pessoa jurídica não torna lícita a ação fiscal relativamente às pessoas físicas que nele exercem atividades, pois sócios e empregados também têm direito de não serem perturbados na privacidade de suas atividades".

41. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 227.799/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 10/04/2012.

Por outro lado, não se compreende como domicílio hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo na hipótese do aposento ocupado (CP, art. 150, §§4º e 5º). Também não pode ser considerada "casa" o carro, na medida em que este não serve para esse fim. Estabelecimentos como bares, clubes, teatros, cinemas, restaurantes, supermercados, shopping centers, enquanto estiverem abertos ao público, não estão compreendidos pela expressão 'casa', podendo as autoridades policiais neles ingressar livremente no exercício de sua função, mesmo sem consentimento ou autorização judicial. Todavia, se esses estabelecimentos estiverem fechados ao público, passam a estar protegidos pela garantia da inviolabilidade do domicílio.

A possibilidade de invasão domiciliar, durante o dia, está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, segundo a qual, por expressa previsão constitucional, compete exclusivamente aos órgãos do Poder Judiciário, com total exclusão de qualquer outro órgão estatal, a prática de determinadas restrições a direitos e garantias individuais, a saber: a) violação ao domicílio durante o dia (CF, art. 5º, inciso XI); b) prisão, salvo o flagrante delito (CF, art. 5º, inciso LXI); c) interceptação telefônica (CF, art. 5º, inciso XII); d) afastamento de sigilo de processos jurisdicionais.

Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material.

De se ver, então, que o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio (CF, art. 5º, XI), a prerrogativa da auto-executoriedade. O ingresso de agentes fiscais em dependência domiciliar do contribuinte (v.g., escritório de contabilidade) também está condicionado, portanto, à existência de prévia autorização judicial. Por consequência, na eventualidade de haver o ingresso da autoridade administrativa no domicílio do contribuinte sem o seu consentimento, e tampouco sem prévia autorização judicial, eventuais provas ali obtidas hão de ser consideradas obtidas por meios ilícitos, imprestáveis, portanto, quer para eventual processo penal, quer para eventual processo administrativo de apuração e exigência do tributo.[42]

Oportuna, nesse sentido, a lição sempre abalizada do Min. Celso de Mello: "(...) não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. - A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. (...) Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada

42. Nessa linha: STF, 2ª Turma, HC 103.325/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/04/2012, DJe 213 29/10/2014).

reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "privilège du préalable", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária (...)".[43]

10.2. Quebra do sigilo de dados bancários e financeiros.

O sigilo bancário e financeiro[44] é um dever jurídico imposto às instituições financeiras para que estas não divulguem informações acerca das movimentações financeiras de seus clientes, tais como aplicações, depósitos, saques etc. Pode ser compreendido, portanto, como o dever jurídico de sigilo das entidades atuantes no sistema financeiro nacional. Tal imposição legal deriva do art. 1º, *caput*, da LC n. 105/2001, que assim dispõe: "As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados".

Na dicção da doutrina,[45] esse dever de sigilo estende-se a todos os funcionários da instituição financeira cientes das informações de clientes e de terceiros no exercício de sua atividade, os quais podem vir a responder penal e disciplinarmente. Por eventuais danos materiais e morais causados pela revelação indevida, a própria pessoa jurídica atuante no sistema financeiro também pode ser responsabilizada de maneira solidária, porém exclusivamente no âmbito cível, já que não se admite a responsabilização criminal do ente fictício por suposta violação do sigilo. Noutro giro, uma vez determinada a quebra do sigilo bancário para fins de instrução processual penal, os destinatários das informações (v.g., juiz, promotor e advogados) também passam a ter o dever de zelar pela proteção desse sigilo.

De acordo com o art. 5º, §1º, do referido diploma normativo, consideram-se operações financeiras: I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques; III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV – resgates em contas de depósito à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V – contratos de mútuo; VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII – aplicações em fundos de investimentos; IX – aquisições de moeda estrangeira; X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII – operações com ouro, ativo financeiro; XIII – operações com cartão de crédito; XIV – operações de arrendamento mercantil; e XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

Simples dados cadastrais não estão abrangidos pela proteção oferecida pelo sigilo financeiro, porquanto não constituem informações atinentes à intimidade dos clientes das operações financeiras. Como observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior, deve se partir da premissa de que a inviolabilidade dos dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos conviventes. Nas palavras do autor, "os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relação de convivência privadas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.), não são protegidos".[46]

Não por outro motivo, a nova Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13, art. 15) e a Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98, art. 17-B, acrescentado pela Lei n. 12.683/12) dispõem expressamente que o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, *exclusivamente aos dados cadastrais* do investigado que informem exclusivamente a sua qualificação pessoal (nome, nacionalidade, naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, número de carteira de identidade e número de registro no cadastro de pessoas

43. STF, 2ª Turma, HC 82.788/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02/06/2006 p. 43. Em outro julgado, a 1ª Turma do STF concluiu que "(...) o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantía constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade, condicionado, pois, o ingresso dos agentes fiscais em dependência domiciliar do contribuinte, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. Mas é um dado elementar da incidencia da garantía constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada *invito domino* a ofende". (STF, 1ª Turma, RE-AgR 331.303/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12/03/2004 p. 42).

44. Tecnicamente, revela-se mais correto falar em *sigilo financeiro* do que em *sigilo bancário*, porquanto esta expressão não oferece a abrangência adequada do instituto. É nesse sentido a lição de Maurício Zanoide de Moraes (*Sigilo financeiro: LC 105, de 10.01.2001. In:* Alberto Silva Franco e Rui Stoco [org.], *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2001, vol. 2, p. 2.797.

45. BELLORQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 68.

46. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito.* São Paulo: USP, vol. 88, 1993, p. 449.

físicas da Receita Federal), filiação (indicação do nome do pai e da mãe) e o endereço (residencial e do trabalho) mantidos, dentre outros órgãos, por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito. Na mesma linha, o art. 13-A do CPP, acrescentado pela Lei n. 13.344/16 também passou a prever que "nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no art. 158, §3º e no art. 159 do Código Penal, e no art. 239 do ECA, o membro do Ministério Público ou o Delegado de Polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

Especificamente quanto ao fornecimento de informações bancárias e financeiras diretamente à administração tributária, deve ser dispensada especial atenção aos arts. 5º e 6º da LC 105/01. De acordo com o art. 5º, *caput*, da LC 105/01, o Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. As informações transferidas na forma do caput do art. 5º restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir dele efetuados (LC 105/01, art. 5º, §2º). Por sua vez, o art. 6º, *caput*, da LC 105/01, estabelece que as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A constitucionalidade desses dispositivos legais sempre foi alvo de intensa controvérsia, justamente pelo fato de permitirem que a administração tributária tenha acesso direto aos dados bancários e financeiros, é dizer, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

De um lado, há quem entenda que a regra seria assegurar a privacidade das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, sendo possível a mitigação por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. A imprescindibilidade de autorização judicial prévia visa resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz).[47]

No âmbito do STJ, era dominante, até pouco tempo, a tese no sentido de que esses dados obtidos pela Receita Federal com fundamento no art. 6º da LC 105/2001, mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial, não poderiam ser utilizados em uma persecução penal, quer para sustentar um decreto condenatório, quer para dar base à ação penal. Para ambas as Turmas Criminais do STJ, afigura-se decorrência lógica do respeito aos direitos à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF) a proibição de que a administração fazendária afaste, por autoridade própria, o sigilo bancário do contribuinte, especialmente se considerada sua posição de parte na relação jurídico-tributária, com interesse direto no resultado da fiscalização. Apenas o Judiciário, desinteressado que é na solução material da causa e, por assim dizer, órgão imparcial, estaria apto a efetuar a ponderação imprescindível entre o dever de sigilo – decorrente da privacidade e da intimidade asseguradas aos indivíduos em geral e aos contribuintes, em especial – e o também dever de preservação da ordem jurídica mediante a investigação de condutas a ela atentatórias. Nesse contexto, na hipótese de quebra do sigilo financeiro realizada diretamente pela autoridade fiscalizadora sem prévia autorização judicial impunha-se o reconhecimento da ilicitude das provas assim obtidas, com o consequente desentranhamento dos autos, nos termos do art. 157 do CPP.[48]

Sempre prevaleceu, todavia, o entendimento no sentido de que a transferência de informações sigilosas da entidade bancária ao órgão de fiscalização tributária federal sem prévia autorização judicial (LC n. 105/201, Lei n. 10.174/2001 e Decreto n. 3.724/2001) não configura quebra de sigilo ou

47. Com esse entendimento: STF, Pleno, RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, DJe 86 09/05/2011. Para o Supremo, o Tribunal de Contas da União também não detém legitimidade para requisitar diretamente informações que importem quebra de sigilo bancário (Lei 4.595/64, art. 38 e LC 105/2001, art. 13): STF, 2ª Turma, MS 22.934/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17/04/2012. Maurício Zanoide de Moraes (Op. cit. p. 3.043) confere destaque a dois fundamentos de inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105/01: a parcialidade do Fisco, que, na atividade de fiscalização, tem interesse na obtenção do maior número de informações sobre os contribuintes, e o fato de a violação do sigilo financeiro deslocar-se da exceção à regra, sendo que sequer uma emenda constitucional poderia produzir tal resultado.

48. STJ, 6ª Turma, RHC 41.532/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11/02/2014; STJ, 5ª Turma, REsp 1.361.174/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 3/6/2014.

da privacidade, mas sim hipótese de transferência de dados sigilosos de um órgão, que tem o dever de sigilo, para outro, o qual deverá manter essa mesma obrigação, sob pena de responsabilização na hipótese de eventual divulgação desses dados. Afinal, se a Receita Federal tem acesso à declaração do patrimônio total de bens dos contribuintes, conjunto maior, não haveria razão de negá-lo quanto à atividade econômica, à movimentação bancária, que seria um conjunto menor.[49]

Pondo um fim à controvérsia, o Plenário do Supremo concluiu, recentemente, o julgamento de 4 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade para concluir que o acesso direto – sem prévia autorização judicial – aos dados bancários e financeiros pelos órgãos públicos previsto nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001 não viola o direito à intimidade.

Aos olhos do STF, não haveria, *in casu, quebra de sigilo financeiro,* mas, ao contrário, a afirmação desse direito. Outrossim, seria clara a confluência entre os deveres do contribuinte — o dever fundamental de pagar tributos — e os deveres do Fisco — o dever de bem tributar e fiscalizar. Nesse sentido, para se falar em "quebra de sigilo bancário" pelos preceitos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias obtidas pelo Fisco. A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistiria nos dispositivos questionados, que consagrariam, de modo expresso, a permanência no sigilo das informações obtidas com base em seus comandos. O que ocorreria não seria propriamente a quebra de sigilo, mas a *transferência de sigilo* dos bancos ao Fisco. Nessa transmutação, inexistiria qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que pudesse apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras — muitas das quais de natureza privada — se manteria, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos à mais estrita legalidade. Em síntese, a LC 105/2001 possibilitara o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte. Não permitiria, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida íntima do correntista. E esse resguardo se tornaria evidente com a leitura sistemática da lei em questão. Essa seria, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancários do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco. Além de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco exigiria a existência de processo administrativo — ou procedimento fiscal. Isso, por si, já atrairia para o contribuinte todas as garantias da Lei 9.784/1999 — dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público —, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal. No entanto, a Corte ressaltou que os Estados-Membros e os Municípios somente poderiam obter as informações previstas no art. 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria de forma análoga ao Decreto 3.724/2001, observados os seguintes parâmetros: a) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; b) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões; c) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; d) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e, finalmente, e) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.[50]

Firmada a premissa de que é lícito o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao fisco, sem autorização judicial, também há se considerar lícito o compartilhamento promovido pela Receita Federal desses dados bancários por ela obtidos com a Polícia e com o Ministério Público, quando do esgotamento da via administrativa e constituição definitiva do crédito tributário, se acaso verificada a prática, em tese, de infração penal, independentemente de prévia autorização judicial, sem que se possa objetar violação à cláusula de reserva de jurisdição. Com efeito, constitui obrigação dos órgãos de fiscalização tributária, prevista no art. 83 da Lei n. 9.430/96 (redação dada pela Lei n. 12.350/2010) comunicar o Ministério Público, quando do encerramento

49. Nesse contexto: STF, Pleno, AC 33 MC/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24/11/2010, DJe 27 09/02/2011.

50. STF, Pleno, ADI 2.390/DF, ADI 2.386/DF, ADI 2.397/DF, ADI 2.859/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24/02/2016. Com entendimento semelhante: STF, Pleno, RE 601.314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 24/02/2016. No sentido da constitucionalidade das normas que permitem o acesso direto da Receita Federal à movimentação financeira dos contribuintes (LC 105/2001, artigos 5º e 6º; Decreto 3.724/2001; e Decreto 4.489/2002): STF, 2ª Turma, RHC 121.429/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/04/2016.

do procedimento administrativo sobre exigência de crédito tributário, eventual prática de crime. E mais, não configura quebra do dever de sigilo "a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa", nos termos do inciso IV do § 3º do art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001. Enfim, sendo legítimos os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se igualmente lícita sua utilização para fins da persecução criminal, a partir da comunicação obrigatória promovida pela Receita Federal no cumprimento de seu dever legal, quando do término da fase administrativa.[51]

Especificamente quanto à (des) necessidade de prévia autorização judicial para o compartilhamento de dados fiscais e bancários de contribuintes pelos órgãos de fiscalização e controle (v.g., Receita e Coaf – UIF) para fins penais, é de todo relevante destacar que, em data de 15 de julho de 2019, após o ingresso do Senador F. B. na condição de *amicus curiae* (CPC, art. 1.038, I) no **RE n. 1.055.941**, no qual havia sido reconhecida repercussão geral acerca da matéria, o Presidente do STF determinou, *singularmente*, a suspensão do processamento de todos os processos judiciais, inquéritos e procedimentos de investigação criminal que foram instaurados à míngua de supervisão do Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle, que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g., ADI'S 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859). Restou consignado que a contagem do prazo da prescrição ficaria suspensa, conforme já decidido no RE 966.177RG-QO.

Ocorre que, por ocasião da apreciação da matéria pelo Plenário da Suprema Corte,[52] o colegiado entendeu, acertadamente, que não há nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade no compartilhamento entre Receita (e Unidade de Inteligência Financeira – antigo Coaf) e Ministério Público das provas e dados imprescindíveis à conformação e ao lançamento do Tributo, independentemente de prévia autorização judicial. Logo, se a Receita, após a conclusão de procedimento administrativo e constituição do débito tributário, encaminhar, ao Ministério Público, Representação Fiscal Para Fins Penais (RFFP), com dados regularmente obtidos no curso da fiscalização e remetidos em caráter sigiloso, é perfeitamente possível que o *Parquet* ofereça denúncia contra os investigados, por exemplo, em virtude de supostos crimes contra a ordem tributária, sem que se possa objetar a existência de provas ilícitas em face da ausência de prévia autorização judicial.

Prevaleceu, quanto ao mérito, o voto do Ministro Alexandre de Moraes. Segundo o ministro, a regra constitucional é a proteção à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X), bem assim à inviolabilidade de dados (CF, art. 5º, XII), que incluem os dados financeiros, sigilos bancário e fiscal. Entretanto, ela não é absoluta. Seja no direito constitucional brasileiro, seja no direito comparado, os direitos fundamentais não podem servir como escudo protetivo à prática de atividades ilícitas, de atividades criminosas. Não é essa a finalidade das garantias individuais, das liberdades públicas. Em virtude de não se permitir um desvio de finalidade, não há mais dúvidas de que existe a possibilidade de relativização dessas inviolabilidades se existirem situações excepcionais, razoáveis e proporcionais. Nos sigilos financeiros, principalmente, há uma finalidade internacional da defesa da probidade, combate à criminalidade organizada e à corrupção.

Em julgados anteriores daquela Corte (ADI's 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 e RE 601.314), o STF já havia confirmado a validade a atuação da Receita Federal em dois estágios importantes e sequenciais: a) **art. 5º da LC 105/01:** é a possibilidade de acesso às operações bancárias, limitado aos dados genéricos e cadastrais dos correntistas, vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar a origem ou natureza dos gastos efetuados. É acesso amplo ou sistêmico. Se, desses dados genéricos, surgirem informações indicativas da prática de um ilícito tributário, passa-se ao segundo estágio; b) **art. 5º, §4º, e art. 6º, ambos da LC 105/01:** nesse segundo estágio, há um acesso incidental. Agora, a Receita poderá requisitar as informações e os documentos necessários, realizar fiscalização, auditoria, para a adequada apuração dos fatos. No âmbito da administração tributária, é preciso haver a instauração de procedimento administrativo fiscal por ordem de superior hierárquico e com prévia intimação do contribuinte. As provas produzidas nesse procedimento são lícitas. Se não o instaurar, a Receita

51. Reconhecendo a licitude dessa *prova emprestada do procedimento fiscal no processo penal*, independentemente de prévia autorização judicial: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.601.127/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 20/09/2018, DJe 26/09/2018; STJ, 6ª Turma, HC 422.473/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/03/2018, DJe 27/03/2018; STF, ARE 953.058/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/05/2016, DJe 109 27/05/2016.

52. STF, Pleno, RE 1.055.941/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27/11/2019. Na ocasião, o Colegiado também revogou a tutela provisória anteriormente concedida pelo Min. Dias Toffoli.

não poderá quebrar o sigilo. Enfim, é necessário passar pelos dois estágios para a informação chegar ao Ministério Público. Apenas o que for imprescindível poderá ou não ser compartilhado para fins penais. Demais disso, é dever da Receita encaminhar as representações fiscais para fins penais ao *Parquet*, consoante disposto no art. 83 da Lei 9.430/1996, se constatada possível prática de ilícito penal.

Não permitir a informação da íntegra do procedimento fiscalizatório, com todos os dados fiscais e bancários a partir dos quais verificada a materialidade e indícios de autoria, vai contra o mecanismo legal de relativização. Não há sentido em se produzir prova lícita, obtida de acordo com a Constituição e a legislação, e não permitir o compartilhamento com o titular da ação penal, que é outro órgão de fiscalização. O compartilhamento dessa prova, obtida mediante procedimento regular, nada mais é que típica prova emprestada, lícita. Somente serão enviadas as informações imprescindíveis. Deverá ser encaminhada a prova lícita, produzida durante o procedimento que ensejou o lançamento definitivo do tributo e trouxe indícios de autoria de um crime material contra a ordem tributária. Isso porque apenas a partir do lançamento definitivo, conforme o Enunciado 24 da Súmula Vinculante do STF, a materialidade do delito fica constatada.

A Receita pode enviar tudo — dados, provas, informações — que a fez chegar ao lançamento definitivo do tributo e embasá-lo, por ser necessário à constituição da materialidade na infração penal. O restante, como já é feito, ou se devolve ao contribuinte ou se destrói. Eventual excesso, qualquer desvio formal ou material dessa atuação, deve ser combatido e poderá ser afastado pelo Poder Judiciário. Não há inconstitucionalidade ou ilegalidade no compartilhamento entre Receita e Ministério Público das provas e dados imprescindíveis à conformação e ao lançamento do tributo. O Colegiado também entendeu ser constitucional o compartilhamento pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF – antigo Coaf) dos seus relatórios com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Pontuou que a unidade recebe informações dos bancos, seguradoras, cartórios, joalherias e produz relatórios. Cruza os dados, não checa a veracidade e não abre investigação. A legislação estabelece as hipóteses em que a UIF deve ser obrigatoriamente comunicada. São as que saem do normal do sistema financeiro, do sistema bancário. A Unidade produz relatórios, informações, não só para estabelecer na via administrativa e legislativa novos mecanismos de prevenção, mas também para punir quem eventualmente estiver praticando atividades ilícitas. A UIF não pode quebrar o sigilo bancário e fiscal por conta própria. Pode trabalhar a informação, produzir relatório, identificar a irregularidade e mandar para os demais órgãos, como a Receita a o Parquet. A atuação da UIF, de ofício ou a pedido, é apenas nos limites legais. Se um órgão pedir informação, a UIF deve devolver a resposta nos exatos limites que poderia realizar se fosse espontaneamente. Não pode extrapolar e sequer tem poderes para isso. A UIF irá buscar no banco de dados, que é preexistente e renovado diariamente, verificar e informar o que possui. Dessa maneira, não há ilegalidade na atuação da UIF, seja espontânea, seja em face de eventual pedido. A UIF produz informações, não tem por finalidade produzir provas, mas eventualmente as peças por ela produzidas podem ser utilizadas dentro do contraditório.

Por maioria, o Plenário fixou as seguintes teses (Tema 990 da Repercussão Geral): 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil (RFB), que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

Por fim, não se pode confundir sigilo financeiro com sigilo fiscal. Este último funciona como um dever de segredo e confidencialidade da situação tributária dos contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas. Está amparado pelo art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN), que dispõe que é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. Enquanto o sigilo financeiro deve ser preservado pelas instituições financeiras elencadas pelo art. 1º, §1º, da LC n. 105/01, pelas empresas de *factoring* (art. 1º, §2º, da LC n. 105/01) e pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 2º, *caput*, e §3º, da LC n.

105/01), o sigilo fiscal tem como destinatários a Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e seus agentes.

Não constitui quebra do sigilo fiscal a requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça, nem tampouco as solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa (CTN, art. 198, §1º, incisos I e II). Também não é vedada a divulgação de informações relativas a representações fiscais para fins penais, inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública e parcelamento ou moratória (CTN, art. 198, §3º, incisos I, II e III). Para além disso, consoante disposto no art. 199 do CTN, a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.[53]

Seção I
Dos crimes praticados por particulares

11. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA PREVISTOS NA LEI N. 8.137/90.

Levando-se em consideração o sujeito ativo, os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/90 subdividem-se da seguinte forma:

a) **crimes praticados por particulares** (Seção I do Capítulo I da Lei n. 8.137/90): estão tipificados nos arts. 1º e 2º. De seu turno, estes crimes distinguem-se em duas ordens:

a.1) **art. 1º da Lei n. 8.137/90**: aqui estão previstos os crimes materiais, em relação aos quais é indispensável a produção do resultado naturalístico supressão ou redução de tributo. As condutas-meio utilizadas para a consecução desse resultado, listadas nos incisos e parágrafo único do art. 1º, geralmente consistem em falsidade material ou ideológica, uso de documento falso e até mesmo estelionato. Parte da doutrina se refere aos delitos do art. 1º da Lei n. 8.137/90 como crimes de **sonegação fiscal em sentido próprio**;[54]

a.2) **art. 2º da Lei n. 8.137/90**: aqui estão previstos os crimes formais, em relação aos quais a consecução do resultado *supressão ou redução de tributo* não é necessária para a consumação do delito, funcionando, na verdade, como elemento subjetivo especial do tipo. A título de exemplo, o art. 2º, I, da Lei n. 8.137/90, incrimina a conduta de fazer declaração falsa, ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, *para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo*. A exceção à regra fica por conta do crime de apropriação indébita tributária, previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90. Outrora considerado espécie de crime formal, assemelhando-se, assim, às demais infrações penais do art. 2º, o Supremo Tribunal Federal passou a tratá-lo como crime material, de modo que a persecução penal desse delito ficasse condicionada à decisão final do procedimento administrativo de lançamento;[55]

b) **crimes praticados por funcionários públicos** (Seção II do Capítulo I da Lei n. 8.137/90): estão tipificados no art. 3º da Lei n. 8.137/90 e funcionam, grosso modo, como verdadeiros crimes contra a Administração Pública, acrescidos do elemento especializante de serem praticados em detrimento da Administração Fazendária.

> **Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:**
>
> (...)

12. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL E QUALQUER ACESSÓRIO.

12.1. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo penal do art. 1º é constituído pelas ações de *suprimir* ou *reduzir* tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante

53. A jurisprudência pátria também admite a requisição de informações ao Fisco por parte de Comissões Parlamentares de Inquérito no desenvolvimento de suas investigações, não podendo ser invocado o sigilo fiscal como óbice ao dever de obediência a tais requisições, desde que haja decisão fundamentada nesse sentido. Nessa linha: STF, Pleno, ADI 2.225/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21/08/2014, DJe 213 29/10/2014. Por outro lado, os Tribunais Superiores entendem que as prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos diretamente ao Fisco. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, RHC 20.329/PR, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 04/10/2007, DJ 22/10/2007, p. 312.

54. Nessa linha: LOVATTO, Alecio Adão. *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 80.

55. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor aos comentários ao art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

uma ou mais das condutas descritas nos diversos incisos e no parágrafo único desse crime. Não basta a ocorrência de uma ou mais de uma dessas condutas. Para a caracterização do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90, é necessária a *supressão*, ou a *redução* do tributo. Vejamos, em síntese, os diversos elementos constantes do *caput* do art. 1º da Lei n. 8.137/90:

a) **suprimir**: significa agir no sentido de acabar com alguma coisa, extinguir, eliminar ou cancelar. No caso do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90, consiste em deixar de pagar o montante devido a tal título. Ocorre após o surgimento da obrigação tributária ou da ocorrência do fato gerador. Cria-se, ficticiamente, a ideia de que o contribuinte não deve tributo porque o registro da operação foi falsa, quer por ter sido inserido registro de operação inexistente, geradora de falso crédito, quer porque foi omitido o registro da operação como se ela não tivesse sido realizada. Apesar de o dispositivo fazer menção à *supressão* do tributo, a doutrina adverte que não se trata de *supressão do tributo*, já que não há como reduzir ou suprimir um tributo *senão por força de lei*. Logo, quando o dispositivo alude à *supressão ou redução do tributo, contribuição social e qualquer acessório*, refere-se, na verdade, à quantia exigida como decorrência da obrigação tributária que surgiu a partir da ocorrência do fato gerador e ulterior lançamento. Tampouco se pode conceber a expressão *tributo* como obrigação tributária principal de pagar tributo, visto que esta nasce com a ocorrência do fato gerador, daí por que não pode ser *suprimida* ou *reduzida* mediante as condutas descritas nos diversos incisos do art. 1º, uma vez que sua existência não pode ser alterada por ato do sujeito passivo, contribuinte ou responsável.[56] De se notar, então, que o objeto da supressão ou redução consiste sempre em um elemento de natureza pecuniária, pois o crime restará tipificado tão somente se, por meio de uma das condutas fraudulentas elencadas nos incisos e parágrafo único do art. 1º, resultar o não pagamento, total ou parcial, do *quantum* devido ao erário por força da obrigação tributária existente;

b) **reduzir**: significa pagar um valor menor do que aquele efetivamente devido. No mais, aplicam-se à *redução* de tributo os mesmos comentários feitos acima quanto à *supressão*;

c) **tributo**: seu conceito foi objeto de análise nos comentários iniciais à Lei n. 8.137/90, para onde remetemos o leitor. Para fins de tipificação dos crimes contra a ordem tributária, a tipicidade deve ser dupla,[57] ou seja, tanto no âmbito tributário quanto no âmbito penal. Destarte, se o tributo não for devido, não há falar em crime. É o que ocorre se o agente deixar de emitir nota fiscal em relação à venda de livros, que gozam da imunidade prevista no art. 150, VI, alínea "d", da Constituição Federal. *In casu*, ter-se-á mera infração fiscal;

d) **contribuição social**: pelo menos em tese, não haveria necessidade de o art. 1º, *caput*, fazer referência à contribuição social, posto que se trata de espécie de tributo. No entanto, o objetivo do legislador foi o de evitar qualquer controvérsia a respeito do assunto, porquanto parte minoritária da doutrina sustenta que as contribuições sociais não seriam espécie de tributo. Outrossim, não se pode perder de vista que a Lei n. 9.983/00 acrescentou ao Código Penal os arts. 168-A e 337-A, que tratam, respectivamente, dos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária. Destarte, quando se tratar de contribuição previdenciária, os arts. 168-A e 337-A do Código Penal devem prevalecer sobre o crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 à luz do princípio da especialidade;

e) **qualquer acessório**: acessório é aquilo que está junto ou superposto a alguma coisa tida como principal, sem dela fazer parte integrante. Especificamente em relação aos crimes contra a ordem tributária, há de se lembrar que a obrigação tributária pode ser principal ou acessória. Aquela surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente (CTN, art. 113, §1º). Esta, por sua vez, decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (CTN, art. 113, §2º). Correspondem à obrigações de fazer (v.g., emissão de notas fiscais), de não fazer (v.g., não recebimento de mercadoria sem a documentação legalmente exigida) e de tolerar (v.g., admitir a fiscalização de livros e documentos). Essas obrigações acessórias (formais ou instrumentais) têm como objetivo

56. Nessa linha: STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 94.

57. Só se pode falar em crime contra a ordem tributária quando existe uma prévia infração tributária, que funciona como verdadeiro pressuposto daquele. Como observa Hugo de Brito Machado, "o tipo penal está para o crime como a hipótese de incidência tributária está para o fato gerador da obrigação de pagar determinado tributo. Assim, fala-se de tipo penal para designar a descrição, constante da lei, da conduta que uma vez concretizada constitui o crime, da mesma forma que se fala de hipótese de incidência para designar a descrição, constante da lei, da situação de fato que, uma vez concretizada, constitui o fato gerador da obrigação tributária". (*Crimes contra a ordem tributária*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 56).

precípuo conferir à fiscalização tributária meios para investigar e controlar o recolhimento de tributos a que o próprio sujeito passivo da obrigação acessória, ou outra pessoa, esteja, ou possa estar, submetido. Compreendem, por exemplo, as obrigações de entregar declarações, não criar embaraços à fiscalização, emitir documentos fiscais, escriturar livros, etc. A teor do disposto no art. 113, §3º, do CTN, a inobservância da obrigação acessória acarreta a sua conversão em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária, é dizer, faz surgir para o fisco o direito de constituir um crédito tributário contra o inadimplente, cujo conteúdo é exatamente a respectiva multa. Logo, quando o art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90, faz menção à supressão ou redução de qualquer acessório, refere-se, na verdade, ao inadimplemento total ou parcial da penalidade pecuniária decorrente do não cumprimento da obrigação tributária acessória;

f) **mediante as seguintes condutas:** a tipificação do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 exige que a supressão ou redução do tributo se dê por meio de uma das condutas listadas em seus incisos e parágrafo único. Daí se pode concluir que a mera supressão ou redução de um tributo não tipifica tal crime. Não fosse assim, o simples fato de o contribuinte se tornar inadimplente perante o fisco já teria o condão de caracterizar o delito, ou seja, ter-se-ia como tipificado um delito fiscal em virtude da mera infração de deveres tributários que deram causa a um prejuízo patrimonial ao erário público. Como não se pode admitir a tipificação de um crime tributário como um delito de *infração de dever*, o art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90, deixa claro que o resultado *supressão ou redução* deve ter sido causado pelo emprego de uma das condutas fraudulentas ou enganosas listadas em seus incisos e parágrafo único. Em síntese, não se pode confundir um simples *inadimplente*, que deixa de honrar suas obrigações tributárias, com um *sonegador*, que se vale do ardil e da fraude para induzir o erário público em erro para fins de supressão ou redução de tributo. Somente este pode responder pelo crime do art. 1º.[58]

Grosso modo, os incisos I a V e o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90 elencam diversas "condutas-meio" para a consecução do resultado *supressão ou redução de tributo*. Se exaurida a sua potencialidade lesiva, a "conduta-meio" será absorvido pelo "crime-fim" com base no princípio da consunção. Logo, ainda que as diversas condutas elencadas nos incisos do art. 1º consistam, autonomamente, em verdadeiras espécies de falsidade material e ideológica e estelionato, serão absorvidas pelo crime-fim quando praticadas para fins de supressão ou redução de tributo.[59]

Destarte, quando o falso se exaurir no crime tributário (v.g., descaminho), *sem mais potencialidade lesiva*, será por este absorvido, conclusão esta que não se altera por ser menor a pena a este cominada. Na aplicação do critério da consunção, verifica-se que o conteúdo de injusto principal consome o conteúdo de injusto do tipo secundário porque o tipo consumido constitui meio regular (e não necessário) de realização do *tipo consumidor*. Nesse contexto, a aplicação do princípio da consunção não pode ser obstada pelo fato de os crimes tutelarem bens jurídicos diversos, nem tampouco pelo fato de a infração mais grave ser absorvida pela de menor gravidade.[60]

De todo modo, é bom advertir que essas condutas listadas nos incisos e parágrafo único do art. 1º não constituem crimes autônomos, representando, tão somente, o meio ou forma de produção do resultado supressão ou redução de tributo.

12.2. Tipo subjetivo.

Os crimes contra a ordem tributária são punidos exclusivamente a título doloso, consistente, *in casu*, na vontade livre e consciente de praticar as

58. Como já se pronunciou o STJ, "se a conduta fraudulenta consiste na compensação de débitos tributários com créditos fiscais fictícios, visando o não pagamento de tributos, não se está diante do crime de estelionato, mas sim de delito previsto na Lei n. 8.137/90, uma vez que o preceito de caráter geral deve ceder lugar à norma de cunho especial, tal como preceitua o princípio da especialidade". (STJ, HC 137.023/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 06/03/2012, DJe 18/04/2012).

59. Nesse contexto: "(...) Os delitos constantes dos arts. 171 e 299 do CP somente são absorvidos pelo crime de sonegação fiscal, se o falso teve como finalidade a sonegação, constituindo, em regra, meio necessário para a sua consumação. Na hipótese, os crimes de falsidade ideológica e estelionato estão indissociavelmente ligados à descrição de um potencial crime contra a ordem tributária, razão pela qual são por ele absorvidos. Recurso ordinário provido". (STJ, 5ª Turma, RHC 37.268/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04/08/2016, DJe 17/08/2016). Ainda no sentido de que o crime de falso, cometido única e exclusivamente com vistas a suprimir ou reduzir tributos, é absorvido pelo crime de sonegação fiscal com base no princípio da consunção: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 975.001/PR, Rel. Min. Ericson Maranho – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 21/10/2014, DJe 04/11/2014. E ainda: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 975.001/PR, Rel. Min. Ericson Maranho – Desembargador convocado do TJ/SP -, j. 21/10/2014, DJe 04/11/2014. No sentido de que é irrelevante que a apresentação do documento falso perante a autoridade fazendária seja posterior à entrega da declaração de imposto de renda, porque apenas materializa a informação falsa antes prestada, o que acarreta a aplicação do princípio da consunção: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.349.463/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/03/2014, DJe 04/04/2014. Em outro julgado, o STJ concluiu que "o fato de o sujeito passivo da obrigação tributária apresentar o documento ideologicamente falsificado à autoridade fazendária, quando chamado a comprovar as declarações prestadas em momento anterior, configura mero exaurimento da conduta necessária para a configuração do delito de sonegação fiscal, já que desprovido, neste momento, de qualquer outra potencialidade lesiva que exija a aplicação autônoma do delito descrito no artigo 304 do Estatuto Repressor". (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.347.646/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 05/02/2013, DJe 15/02/2013).

60. Nessa linha: STJ, 3ª Seção, REsp 1.378.053/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 10/08/2016, DJe 15/08/2016.

condutas descritas nos incisos I a V, ou parágrafo único, do art. 1º da Lei n. 8.137/90, dando causa à supressão ou redução de tributo, ou contribuição social e acessórios.

Os crimes contra a ordem tributária não são punidos a título de culpa.[61] Logo, na eventualidade de o contribuinte, por conta de um lapso, esquecer-se de alguma hipótese fática de incidência por ocasião da formulação da declaração para o lançamento, não há falar em crime contra a ordem tributária, o que, todavia, não tem o condão de elidir eventual ilícito tributário.

Para a configuração do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90, é indispensável demonstrar que o agente agiu para evitar, fraudulentamente, o pagamento total ou parcial de tributo que sabia devido. Faz-se necessário demonstrar que o agente fez uso de meio fraudulento para a consecução do resultado supressão ou redução de tributo. Afinal, o inadimplemento da obrigação tributária, isoladamente considerado, não é crime, mas mero ilícito fiscal, até mesmo porque subsiste em favor do Estado a possibilidade de promover a cobrança de seus créditos pela via administrativa ou judicial.

A propósito, como já se manifestou o TRF/4ª Região, "(...) o crime contra a ordem tributária (art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90) pressupõe uma conduta ativa ou omissiva dolosa, com o intuito de suprimir ou reduzir a tributação. A não apresentação de declaração anual do Imposto de Renda não constitui infração penal, mas mera infração tributária. Absolvição do réu pela atipicidade da conduta (artigo 386, III, do Código de Processo Penal)".[62]

À exceção do inciso IV do art. 1º da Lei n. 8.137/90, que faz referência expressa à utilização de documentos que o agente *sabia* ou *devia saber* falso ou inexato, expressões das quais se pode deduzir que se admite a tipificação de tal conduta tanto a título de dolo direto – *sabia* –, quanto a título de dolo eventual – *devia saber*[63] –, os demais incisos do art. 1º silenciam acerca da matéria.

Sem embargo desse silêncio, que não deve ser tido como *eloquente*, há consenso na doutrina e na jurisprudência no sentido de que todas as condutas elencadas nos incisos e no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90 são puníveis a título de dolo direto ou eventual. Logo, se um dentista emitir recibos falsos a pedido de determinado cliente, atinentes a serviços que não foram prestados, posteriormente utilizados para fins de dedução junto ao imposto de renda, é perfeitamente possível que o referido profissional de saúde responda pelo crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 a título de dolo eventual, porquanto assumiu o risco de produzir o resultado *redução de tributo*.

Pelo menos em relação ao crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90, há controvérsias acerca da necessidade de um especial fim de agir voltado à supressão ou redução de tributos, em especial porque o referido diploma normativo não é tão claro acerca do assunto como era, por exemplo, a Lei n. 4.729/65. Vejamos as duas correntes acerca do assunto:

a) **posição minoritária**: para além do dolo genérico, a tipificação do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 também depende do dolo específico, consubstanciado na intenção de suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante uma das condutas elencadas nos incisos e parágrafo único do referido dispositivo legal.[64] Logo, na eventualidade de o agente deixar de recolher o tributo devido, porém não com o objetivo de causar a supressão ou redução do valor devido, mas sim de modo a, por exemplo, promover a compensação com créditos decorrentes de recolhimentos que fizera a maior, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta, porquanto ausente o especial fim de agir ora sob comento. Como já se pronunciou a 6ª Turma do STJ, para a caracterização dos crimes contra a ordem tributária, "é necessária a presença do dolo específico, ou seja, o ânimo de furtar-se ao cumprimento da obrigação tributária, inexistente na hipótese em que o contribuinte celebra com a Administração acordo de pagamento parcelado da dívida, resultando atípica a conduta imputada";[65]

b) **posição majoritária:** a tipificação do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 ocorre com a presença do dolo, sendo desnecessário aferir a presença de um especial fim de agir voltado à supressão ou redução de tributos. Nessa linha, há diversos precedentes do STJ no sentido de que a caracterização da conduta prevista no art. 1º da Lei n. 8.137/90 exige apenas o dolo genérico, não

61. Atente o leitor para o fato de que os crimes contra as relações de consumo previstos nos incisos II, III e IX do art. 7º da Lei n. 8.137/90 são puníveis tanto a título de dolo quanto a título de culpa (Lei n. 8.137/90, art. 7º, parágrafo único).

62. TRF4, ACR 5005382-31.2010.404.7002, SÉTIMA TURMA, Relator LUIZ CARLOS CANALLI, juntado aos autos em 14/12/2012.

63. Nesse caso, o agente não tem certeza da falsidade ou inexatidão do documento. Porém, *devendo saber*, manifesta indiferença em relação a tal possibilidade.

64. Nessa linha: ROQUE, Fábio. Op. cit. p. 219.

65. STJ, 6ª Turma, RHC 11.816/MG, Rel. Min. Vicente Leal, j. 26/02/2002, DJ 18/03/2002 p. 302.

sendo necessário demonstrar o *animus* de se obter benefício indevido.[66]

12.3. Erro de tipo e erro de proibição.

Erro de tipo é aquele que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo, ou seja, é a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal, pouco importando que o objeto do erro se localize no mundo dos fatos, dos conceitos ou das normas jurídicas. Se inevitável, o erro de tipo exclui o dolo e a culpa. Se evitável, terá o condão de afastar somente o dolo, admitindo-se a punição do agente apenas a título culposo, mas desde que o crime admita essa modalidade (CP, art. 20).

O erro de proibição é aquele que incide sobre a ilicitude de um comportamento. Em outras palavras, o agente tem consciência do que está fazendo, mas supõe, por erro, que sua conduta seria lícita, quando, na verdade, é ilícita. Quando inevitável, exclui a culpabilidade, impedindo a punição a qualquer título, já que não há crime sem culpabilidade. Por outro lado, se o erro de proibição for evitável, o agente será punido, porém com a incidência de uma causa de diminuição de pena que varia de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), nos termos do art. 21, *caput*, do Código Penal.

Quando a supressão ou redução no recolhimento do tributo decorrer de erro do agente no tocante à interpretação da lei tributária, parece-nos que se trata de erro de tipo, vez que haverá um falsa representação sobre elemento constitutivo do tipo, ou seja, quanto à supressão ou redução de tributo. Nesse caso, como não se admite a punição dos crimes tributários a título culposo, a consequência será o reconhecimento da atipicidade.

Nessa linha, como já se pronunciou a 6ª Turma do STJ, "(...) a errônea exegese da lei tributária quanto ao cálculo correto do ICMS no lançamento de crédito, em face da diferença de alíquotas praticadas no Estado de destino e no de origem, ausente o elemento fraude, não configura a infração tipificada no art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90. A segurança jurídica não pode nem deve permitir que simples desencontros interpretativos, ocorrentes muitas vezes até mesmo nas altas esferas do Judiciário sirvam de pretexto para acionamento da Justiça Criminal, como meio rápido, eficaz e expedito de incrementar as receitas governamentais. Na operação não houve fraude nem inserção de elementos inexatos em documentos, mas mero aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes de transações interestaduais. Ordem concedida".[67]

12.4. Sujeitos do crime.

12.4.1. Sujeito ativo.

Trata-se de crime próprio, que exige uma qualidade especial do agente, qual seja, a de sujeito passivo da obrigação tributária.[68]

De regra, o sujeito ativo do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 é o sujeito passivo da obrigação tributária principal, que deixa de honrá-la perante o fisco. Consoante disposto no art. 121 do CTN, sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Diz-se *contribuinte*, quando tiver relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador. Diz-se *responsável*, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorrer de disposição expressa de lei.

Responsabilidade é o termo genérico usado pela legislação para designar os casos de sujeição passiva indireta, abrangendo tanto a substituição quanto a transferência (sucessão). Na primeira hipótese, a lei institui um terceiro para ocupar o lugar da pessoa que seria definida como contribuinte, ou seja, a obrigação tributária já nasce com o polo

66. No sentido de que o tipo penal do art. 1º da Lei n. 8.137/90 prescinde de dolo específico, sendo suficiente a presença do dolo genérico para sua caracterização: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.477.691/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 11/10/2016, DJe 28/10/2016; STJ, 6ª Turma, REsp 1.390.649/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 24/05/2016, DJe 06/06/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no RESp 1.504.695/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01/12/2015, DJe 11/12/2015; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 604.797/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 17/11/2015, DJe 09/12/2015; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 253.828/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24/03/2015, DJe 09/04/2015; STJ, 5ª Turma, REsp 480.395/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 11/03/2003, DJ 07/04/2003 p. 332; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.477.691/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 11/10/2016, DJe 28/10/2016; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 604.797/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 17/11/2015, DJe 09/12/2015 Referindo-se ao crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, o Plenário do STF reafirmou que, para fins de configuração de tal delito, basta a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como *animus rem sibi habendi* (intenção de ter a coisa para si), sendo que tal raciocínio também é válido para o crime de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A), que tem como elemento subjetivo animador da conduta típica o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária. A propósito, confira-se: STF, Pleno, AP 516/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 27/09/2010, DJe 235 03/12/2010.

67. STJ, 6ª Turma, RHC 7.798/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 25/05/1999, DJ 14/06/1999 p. 227. Na visão da 2ª Turma do STF, "(...) a fraude pressupõe vontade livre e consciente. Longe fica de configurá-la, tal como tipificada no inciso II do artigo 1. da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o lançamento de crédito, considerada a diferença das alíquotas praticadas no Estado de destino e no de origem. Descabe confundir interpretação errônea de normas tributarias, passível de ocorrer quer por parte do contribuinte ou da Fazenda, com o ato penalmente glosado, em que sempre se presume o consentimento viciado e o objetivo de alcançar proveito sabidamente ilícito". (STF, 2ª Turma, HC 72.584/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17/10/1995, DJ 03/05/1996).

68. Com esse entendimento: PRADO. Op. cit. p. 408. Em sentido contrário, sustentando que se trata de crime comum: MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 359.

passivo ocupado por um substituto legal tributário. Na transferência, a obrigação de um devedor, seja ele contribuinte, seja ele responsável, é deslocada para outra pessoa, por conta de algum evento, como, por exemplo, o falecimento de pessoa física, operando-se, assim, uma modificação subjetiva passiva. Também podem ocorrer casos de solidariedade, hipótese em que um devedor é identificado sem que se exclua da relação de débito a figura do outro, operando-se, assim, uma extensão da subjetividade passiva, por força da qual dois ou mais indivíduos passam a figurar como devedores da obrigação (CTN, art. 124).[69]

Em síntese, na hipótese de obrigação principal consistente no pagamento do tributo devido, será a pessoa física[70] obrigada a pagar o tributo ou a contribuição social, podendo ser tanto o contribuinte, chamado de contribuinte de fato, como o substituto ou responsável tributário, denominado de contribuinte de direito. Na prática, a identificação da condição de contribuinte e de responsável tributário depende da análise do tipo de tributo objeto de supressão ou redução. No caso de obrigação acessória, como a prestação de informações ao fisco, por exemplo, o sujeito ativo será aquele que tem a obrigação de prestá-las, consoante disposto na legislação tributária.

Daí, todavia, não se pode concluir que todo e qualquer sujeito passivo de obrigação tributária deva ser automaticamente responsabilizado no âmbito criminal como autor, coautor ou partícipe, pela prática dos crimes contra a ordem tributária. Afinal, não é de todo incomum que o sujeito passivo da obrigação tributária, seja ele contribuinte, seja ele responsável tributário, delegue a terceiros a responsabilidade de fato pelo pagamento de tributos por meio de acordo ou convenção particular.

Se o art. 123 do CTN dispõe que tais convenções não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes, não se pode perder de vista que tal regramento diz respeito exclusivamente à responsabilidade tributária. Afinal, sob a ótica do princípio da culpabilidade, do qual deriva a vedação da responsabilidade objetiva no âmbito criminal, é indispensável demonstrar que o indivíduo teria agido com consciência e vontade, enfim, dolosamente, já que o nosso ordenamento jurídico não admite a punição de crimes tributários a título culposo.

A condição de sujeito passivo da obrigação principal não é *sine qua non* para que o agente seja responsabilizado pela prática de crimes contra a ordem tributária. A título de exemplo, basta pensar na hipótese em que o contribuinte seja uma pessoa jurídica, sendo a conduta delituosa praticada por uma pessoa física. Como não se admite a responsabilidade criminal do ente fictício pela prática de crimes tributários, o polo passivo da demanda criminal será ocupado pela pessoa física, a despeito desta não ocupar o polo passivo da relação tributária. Esse raciocínio é corroborado pelo art. 11 da Lei n. 8.137/90, que afirma categoricamente que incide nas penas ali cominadas, na medida de sua culpabilidade, quem concorre para os crimes ali definidos, *inclusive por meio de pessoa jurídica*.[71]

Como já se pronunciou o STJ, "(...) o simples fato de o paciente não pertencer ao quadro societário da pessoa jurídica não inviabiliza a imputação do crime de sonegação fiscal, dado que o liame causal estaria estabelecido em razão de sua qualidade de procurador da empresa, tendo inclusive sua participação sido suficientemente descrita na inicial acusatória. Ordem denegada".[72]

12.4.2. Sujeito passivo.

Se, de um lado, o sujeito ativo dos crimes tributários é, em regra, o sujeito passivo da obrigação tributária principal, do outro, o sujeito passivo de tais crimes será o sujeito ativo dessa mesma obrigação, leia-se, a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento (CTN, art. 119). Logo, a depender da espécie tributária em questão, o sujeito passivo pode ser a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, ou até mesmo as autarquias criadas por algumas dessas pessoas jurídicas. Em se tratando de contribuições sociais, o sujeito passivo será o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

69. É nesse sentido a lição de Luiz Regis Prado: op. cit. p. 409.

70. Como lembra Rui Stoco (*Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 85), nada impede que o Prefeito Municipal seja sujeito ativo dos crimes contra a ordem tributária, pois esses agentes públicos não respondem apenas pelos "crimes de responsabilidade" previstos no Dec.-Lei n. 201/67, mas também por qualquer outro crime previsto no Código Penal e na legislação especial, salvo quando houver previsão do mesmo comportamento em mais de uma lei, como costuma ocorrer com certa frequência.

71. Com base no art. 11, *caput*, da Lei n. 8.137/90, o STF já admitiu a imputação de responsabilidade penal a terceiro estranho ao quadro social da pessoa jurídica: STF, 2ª Turma, HC 121.719/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/11/2015, DJe 094 10/05/2016.

72. STJ, 6ª Turma, HC 86.309/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08/02/2011, DJe 28/02/2011. No mesmo contexto: "(...) Em face do disposto nos arts. 11 da Lei 8.137/90 e 29 do Código Penal, é possível a configuração do concurso de agentes na prática do delito do art. 1º, I, da Lei 8.137/90, eis que o fato de não ser o recorrente um dos responsáveis pelo cumprimento da obrigação tributária não o exime da responsabilização criminal, quando demonstrada a sua efetiva participação no crime. (...)". (STJ, 6ª Turma, REsp 1.13J.680/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 20/06/2013, DJe 04/08/2014).

12.5. Consumação e tentativa.

De acordo com a súmula vinculante n. 24, que será objeto de criteriosa análise nos comentários ao art. 15 da Lei n. 8.137/90, "não se tipifica crime material contra a ordem tributária previsto no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal passou a exigir o lançamento definitivo como condição objetiva de punibilidade para os crimes materiais contra a ordem tributária (HC 81.611), também passou a entender que se inicia, a partir daí, o fluxo do lapso prescricional, nos termos do art. 111, inciso I, do Código Penal.[73]

Como já se manifestou a 1ª Turma do STF, "(...) os crimes definidos no art. 1º da Lei n. 8.137/90 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo. Se está pendente recurso administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime, porquanto tributo é elemento normativo do tipo. Em consequência, não há falar-se em início do lapso prescricional, que somente se iniciará com a consumação do delito, nos termos do art. 111, I, do Código Penal".[74]

Para fins de fixação do marco inicial da prescrição, não se pode confundir o momento do lançamento definitivo, quando não há mais discussão administrativa acerca da dívida tributária, com aquele em que se dá a inscrição do débito em dívida ativa, oportunidade em que o Fisco inclui sobre o débito tributário (*quantum debeatur*) todos os consectários legais do seu inadimplemento, objeto de execução fiscal.[75]

Firmada a premissa de que os crimes materiais contra a ordem tributária consumam-se com a constituição definitiva do crédito tributário, que, por conseguinte, irá funcionar como o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional,[76] revela-se descabido afirmar que a aplicação da súmula vinculante n. 24 caracterizaria hipótese de retroatividade da *lex pejus*, o que, em última instância, importaria em violação ao princípio da irretroatividade da *lex gravior*. Ora, a súmula vinculante n. 24 não pode ser equiparada à lei penal mais gravosa. Representa, tão somente, a consolidação de uma interpretação judicial que já era adotada há anos pelos Tribunais Superiores, daí por que não há nenhum óbice a sua aplicação, inclusive em relação aos crimes cometidos antes da sua vigência.

Como já se pronunciou o STF, "(...) Não prospera a tese do recorrente de que a observância do enunciado da Súmula Vinculante nº 24, no caso concreto, importaria interpretação judicial mais gravosa da lei de regência. A Súmula Vinculante em questão é mera consolidação da jurisprudência da Corte, que, há muito, tem entendido que a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição. Pretensão de afastar o consolidado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal para fazer prevalecer a consumação da prescrição, que, à luz do entendimento suso mencionado, não se efetivou, pois, entre os marcos interruptivos (CP, art. 117) verificados, não transcorreu prazo superior a oito (8) anos, lapso temporal necessário a sua consumação (CP, art. 109, inciso IV), considerando-se a pena concretamente aplicada".[77]

Sem embargo da redação da súmula vinculante n. 24, parece-nos que a consumação do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 ocorre no exato momento

73. Para a 1ª Turma do STF, "(...) o termo inicial da prescrição da ação dos crimes materiais previstos no art. 1º da Lei n º 8.137/1990) é a data da consumação do delito, que, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, corresponde à data da constituição definitiva do crédito tributário. (...)". (STF, 1ª Turma, RHC 122.339 AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 04/08/2015, DJe 171 31/08/2015). Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 750.527/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/10/2015, DJe 05/11/2015; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.346.625/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 02/10/2014, DJe 09/10/2014.

74. STF, 1ª Turma, HC 83.414/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/04/2004, DJ 23/04/2004. No mesmo contexto: "(...) Enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. Em consequência, e por ainda não se achar configurada a própria criminalidade da conduta do agente, sequer é lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I)". (STF, 2ª Turma, HC 84.092/CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/06/2004, DJ 03/12/2004). Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, RHC 37.028/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 09/08/2016, DJe 23/08/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.451.663/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 05/08/2014, DJe 19/08/2014.

75. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 195.372/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12/06/2012, DJe 18/06/2012.

76. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que o prazo prescricional, para os crimes previstos no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/90, inicia-se com a constituição definitiva do crédito tributário: STJ, 6ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 318.790/SE, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 04/05/2017, DJe 11/05/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 765.951/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/09/2016, DJe 26/09/2016.

77. STF, 1ª Turma, RHC 122.774/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/05/2015, DJe 111 10/06/2015. Com entendimento semelhante: STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 699.517/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 15/12/2015, DJe 04/02/2016. De acordo com a 3ª Seção do STJ (EREsp 1.318.662/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28/11/2018, DJe 04/12/2018), a **Súmula Vinculante n. 24** tem aplicação aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição, tendo em vista que não se está diante de norma mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial. Assim, o crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 somente restará consumado com o lançamento definitivo do crédito tributário, momento em que nasce a justa causa para a ação penal. Desse modo, é inevitável concluir que o curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva somente pode ter início com a própria constituição definitiva do crédito, após o encerramento do processo administrativo de lançamento previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional, conforme inclusive prevê o art. 111, I, do Código Penal.

em que se dá a supressão ou redução do tributo, contribuição social ou acessório, o que ocorre no momento da expiração do prazo para o seu recolhimento, sem que este tenha se efetivado. Ora, se a decisão final do procedimento administrativo de lançamento funciona como condição objetiva de punibilidade nos crimes materiais contra a ordem tributária, e não como elementar de tais delitos, a ela não se pode conferir o poder de determinar o marco consumativo do crime do art. 1º, sob pena, aliás, de se concluir que um julgamento administrativo feito por servidores públicos tenha o condão de determinar a consumação de crime alheio, o que soa no mínimo estranho.[78]

Há precedentes antigos do Supremo nesse sentido, senão vejamos: "(...) Crime contra a ordem tributária (L. 8.197/90, art. 1º, I): infração material - ao contrário do que sucedia no tipo similar da L. 4.729/65 -, à consumação da qual é essencial que, da omissão da informação devida ou da prestação da informação falsa, haja resultado efetiva supressão ou redução do tributo: circunstância elementar, entretanto, em cuja verificação, duvidosa no caso, não se detiveram as decisões condenatórias: nulidade".[79]

Como se trata de crime plurissubsistente, admite-se, pelo menos em tese, a tentativa do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90. Porém, ao invés de se utilizar o art. 14 do Código Penal para fins de adequação típica de subordinação mediata, o agente deverá ser responsabilizado pelo crime do art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, que se distingue do crime do art. 1º pelo fato de ser de natureza formal, prescindindo da produção do resultado supressão ou redução do tributo para o reconhecimento de sua modalidade consumada. Em outras palavras, como algumas condutas-meio descritas nos incisos do art. 1º também estão descritas no art. 2º da mesma Lei n. 8.137/90 como tipos penais autônomos, resolve-se o conflito aparente de normas com a aplicação do princípio da especialidade, tendo-se como consumado o crime do art. 2º ao invés de se cogitar de tentativa do crime de supressão ou redução de tributo previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90.[80]

78. Para Stoco (op. cit. p. 152), a necessidade de se aguardar a constituição definitiva do crédito não tem o condão de postergar no tempo a consumação do crime.

79. STF, 1ª Turma, HC 75.945/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02/12/1997, DJ 13/02/1998. Também há precedentes mais antigos do STJ no sentido de que o crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 consuma-se no momento da efetiva supressão ou redução do tributo: STJ, 3ª Seção, CC 110.688/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 23/03/2011, DJe 30/03/2011. Na mesma linha: LOVATTO. Op. cit. p. 144.

80. Nesse contexto: MACHADO. Op. cit. p. 363.

12.6. Concurso de crimes.

Como se trata, o delito do art. 1º da Lei n. 8.137/90, de crime de conduta múltipla ou de conteúdo variado, é de se concluir que a prática de mais de uma das condutas descritas em seus incisos não afasta a caracterização de crime único, desde que haja a supressão ou redução de um único tributo em uma mesma competência.

Por consequência, se determinado agente, por ocasião da apresentação da declaração de imposto de renda, omitir uma informação e prestar uma declaração falsa (art. 1º, I), falsificar ou alterar uma nota fiscal (art. 1º, III), terá praticado crime único do art. 1º da Lei n. 8.137/90, visto que ambas foram praticadas em um contexto fático único. De se notar, portanto, que as diversas condutas fraudulentas previstas nos incisos e parágrafo único do art. 1º não são tipos penais autônomos, mas sim modalidades de se praticar um único crime, que é o de suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e acessórios, previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90.

Logicamente, se tais condutas forem reiteradas ao longo dos anos, em sucessivas declarações de imposto de renda, aí sim restará caracterizada hipótese de concurso de crimes. Aliás, especificamente em relação à declaração de ajuste anual do imposto de renda de pessoa física (IRPF), os Tribunais têm relativizado o critério de 30 (trinta) dias como prazo máximo para o reconhecimento da conexão temporal inerente à continuidade delitiva para admitir a aplicação do art. 71 do Código Penal com intervalo de um ano quando o delito for praticado por ocasião de sucessivas declarações de ajuste, anualmente entregues pelo agente. Nessa linha, como já se pronunciou o TRF/4ª Região, "em se tratando de supressão de IRPJ e tributação reflexa, a continuidade delitiva deve ser auferida considerando-se cada ano-fiscal em que houve omissão de tributos como um delito".[81]

Há controvérsias quanto à hipótese em que o agente, mediante a prática de uma única conduta, causa a supressão de dois ou mais tributos, de titularidades de entes diversos (v.g., omissão da

81. TRF4, ACR 5000815-94.2010.404.7118, OITAVA TURMA, Relator VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, juntado aos autos em 23/11/2015. Na mesma linha: "(...) A periodicidade anual da obrigação do contribuinte de apresentar ao Fisco a declaração simplificada de ajuste no regime do SIMPLES configura o parâmetro a ser seguido para fins de análise da continuidade delitiva no âmbito criminal. (...)". (TRF4, ACR 0000848-85.2008.404.7201, SÉTIMA TURMA, Relator ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, D.E. 18/12/2012). Para o STJ, os crimes contra a ordem tributária e os crimes contra a Previdência são do mesmo gênero e da mesma natureza, mas não são da mesma espécie, daí por que não se admite o reconhecimento da continuidade delitiva entre eles. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 15.878/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28/06/2001, DJ 03/09/2001 p. 233.

prestação de serviços, dando ensejo à redução do *quantum* devido a título de IR, COFINS, CSLL, etc.). Vejamos as duas correntes acerca do assunto:

a) **pluralidade de crimes**: de um lado, parte da doutrina sustenta que serão tantos crimes quantos forem as pessoas jurídicas de direito público lesionadas pela conduta delituosa praticada pelo agente. Logo, se o agente der causa, por exemplo, à supressão ou redução de um tributo federal e de outro de natureza estadual, deverá responder por 2 (dois) crimes contra a ordem tributária;

b) **crime único**: ainda que a conduta do agente dê ensejo à supressão ou redução de mais de um tributo, de titularidade da mesma pessoa jurídica de direito público ou não, haverá um único crime contra a ordem tributária. A uma porque o bem jurídico tutelado é a ordem tributária, e não cada tributo isoladamente considerado. Se a ordem tributária é única, já que não existem 4 (quatro) ordens tributárias diversas – federal, estadual, distrital e municipal –, a supressão de vários tributos por meio de conduta única configura apenas um delito contra a ordem tributária. A duas porque, com a carga tributária a que estamos sujeitos, dificilmente seria possível que o agente suprimisse ou reduzisse um único tributo, o que nos levaria à conclusão de que toda e qualquer conduta voltada à sonegação teria o condão de caracterizar mais de um crime. Por fim, deve se levar em consideração que o art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90, faz uso da elementar *tributo*, sem fazer qualquer referência a sua titularidade. É dizer, o crime resta tipificado não quando ocorre a sonegação de ICMS, IR ou IPI, mas sim quando se dá a supressão ou redução de tributo, ainda que de espécies diversas. O raciocínio é muito semelhante ao que ocorre no crime de descaminho, previsto no art. 334 do CP, com redação dada pela Lei n. 13.008/14: por mais que a entrada de mercadorias no território nacional iludindo-se o fisco produza a supressão ou redução de tributos diversos (v.g., imposto de importação, importo sobre produtos industrializados, imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços), jamais se cogitou, nesse caso, da prática de inúmeros crimes de descaminho, pois houve uma única lesão à ordem tributária.

A jurisprudência dos Tribunais parece caminhar nesse último sentido. A propósito, confira-se: "(...) No crime de sonegação fiscal o bem jurídico tutelado não é o patrimônio ou erário de cada pessoa jurídica de direito público titular de competência para instituir e arrecadar tributos – fiscais (entes federativos) ou parafiscais (entidades autárquicas) - mas, sim, a ordem jurídica tributária como um todo. A conduta consistente em praticar qualquer uma ou todas as modalidades descritas nos incisos I a V do art. 1 da Lei nº 8.137/90 (crime misto alternativo) conduz à consumação de crime de sonegação fiscal quando houver supressão ou redução de tributo, pouco importando se atingidos um ou mais impostos ou contribuições sociais. Não há concurso formal, mas crime único, na hipótese em que o contribuinte, numa única conduta, declara Imposto de Renda de Pessoa Jurídica com a inserção de dados falsos, ainda que tal conduta tenha obstado o lançamento de mais de um tributo ou contribuição. Recurso improvido".[82]

Também há precedentes do TRF/4ª Região nesse sentido: "CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, I E II, DA LEI Nº 8.137/90. SUPRESSÃO DE MAIS DE UM TRIBUTO. CONDUTA ÚNICA. CRIME ÚNICO. COISA JULGADA. RECONHECIMENTO. 1. Há crime único na hipótese em que o agente, numa única conduta, declara em nota fiscal de venda como sendo destinada à exportação, quando na realidade as mercadorias seriam destinadas para o mercado interno, ainda que tal conduta tenha obstado o lançamento de mais de um tributo ou contribuição social. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional. 2. No caso presente, a fraude empregada pelo apelado acarretou isenção no pagamento de IPI, PIS e COFINS. 3. Uma vez que o contexto fático dos presentes autos é o mesmo em relação ao da Ação Penal nº 5007500-82.2012.404.7204/SC, na qual o apelado restou absolvido em relação à sonegação fiscal relacionada à supressão de PIS e COFINS, decisão com trânsito em julgado para a acusação, não há como agora condená-lo exclusivamente pela supressão de IPI, sob pena de ofensa à coisa julgada e ao princípio do ne bis in idem".[83]

12.7. Classificação doutrinária.

O art. 1º da Lei n. 8.137/90 pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio ou especial:**

82. STJ, 6ª Turma, REsp 1.294.687/PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/10/2013, DJe 24/10/2013. Em sentido semelhante: "(...) O produto da arrecadação do imposto de renda, de competência da União, sobre os rendimentos pagos pelos municípios, a estes pertencem. Existência de omissão na declaração do tributo em hipóteses em que o produto da arrecadação não é destinado integralmente aos municípios, conforme o disposto no art. 159, inciso I, da Carta da República. Embora se perceba lesão aos entes municipal e estadual, destinatários de parte do produto da arrecadação, em face da repartição tributária, há crime único, revelando-se presente a ofensa a ente federal e ensejando a competência da Justiça Federal". (STJ, 3ª Seção, CC 43.102/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14/02/2005, DJ 02/03/2005 p. 184).

83. TRF4, ACR 5005230-51.2013.404.7204, 7ª TURMA, Relator Sebastião Ogê Muniz, juntado aos autos em 08/09/2016.

exige uma qualidade especial do agente, *in casu*, sujeito passivo da obrigação tributária, o que, no entanto, não afasta a possibilidade de coautoria e participação com outros agentes que não gozem dessa qualidade; b) **crime material:** o resultado naturalístico *supressão ou redução de tributo* descrito no *caput* do art. 1º é indispensável para a consumação do delito; c) **crime de ação múltipla ou de conteúdo variado:** o tipo penal contém várias modalidades de condutas. Por consequência, se tais condutas forem praticadas em um mesmo contexto, haverá crime único (princípio da alternatividade); d) **crime unissubjetivo:** pode ser praticado por uma única pessoa, embora seja admissível o concurso de agentes; e) **crime plurissubsistente:** a conduta pode ser desdobrada em vários atos.

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

13. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO POR MEIO DA OMISSÃO DE INFORMAÇÃO OU PRESTAÇÃO DE DECLARAÇÃO FALSA ÀS AUTORIDADES FAZENDÁRIAS.

O Código Tributário Nacional dispõe que o lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação (art. 147). Portanto, pelo menos até que haja prova em sentido contrário, o Fisco aceita a palavra do sujeito passivo em sua declaração, ressalvadas as hipóteses de revisão do lançamento (CTN, art. 149). Sabedor de que essas informações são fundamentais para a arrecadação tributária, o contribuinte deixa, então, de fornecê-las integralmente ou fornece declarações não verdadeiras, causando a supressão ou redução do tributo, incorrendo, assim, no crime do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90.

A conduta do inciso I do art. 1º da Lei n. 8.137/90 – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias – consiste em espécie de falsidade ideológica. Importante, pois, diferenciarmos a falsidade material do *falsum* ideológico.

A falsidade material se dá pela formação *ex novo* de um documento falso (formação ou contrafação), ou pela adulteração, mediante acréscimo ou supressão em seu conteúdo, de documento preexistente. Este *falsum* atinge sua configuração extrínseca, isto é, a modificação da verdade incide materialmente sobre o documento. A falsidade material tem pertinência com o aspecto externo do documento e pode ocorrer pela alteração física de um documento verdadeiro, ao qual se agregam dizeres ou símbolos ou se suprimem os existentes, bem como pela criação de um documento em sua íntegra, seja imitando um modelo de documento existente, que o agente copia (contrafação), seja constituindo um documento que sequer tem similar original (formação).

De seu turno, a falsidade ideológica (ideal, moral ou intelectual) tem como característica o fato de incidir sobre o conteúdo intelectual do documento sem afetar sua estrutura material, de forma que constitui uma mentira aposta a um documento que, sob o aspecto material, é de todo verdadeiro, isto é, realmente escrito por quem seu teor indica. Essa modalidade de falsificação recai sobre um documento externamente verdadeiro, porém dotado de declarações mendazes. Além dessa distinção, a falsidade ideológica também se diferencia da material pela impossibilidade de constatação do *falsum* por exame pericial no documento alterado. De fato, como o falsidade ideológica recai sobre o conteúdo intelectual do documento, a prova pericial será de todo irrelevante para atestar a falsidade do documento, diversamente do que se dá na falsidade material.[84]

Outra importante distinção entre tais falsidades é que a ideológica pode ser realizada tanto mediante ação positiva quanto negativa, isto é, por comissão ou por omissão. De fato, nos termos do art. 299 do CP, realiza o falso ideal quem insere ou faz inserir afirmação mendaz em documento verdadeiro, como quando se omite, se deixa de incluir, em tal documento, declaração que dele deveria constar. Por sua vez, o falso material dos arts. 297 e 298 requer comissão: não é possível praticar tal conduta delituosa mediante omissão, o que, no entanto, não impede a responsabilização de coautor por omissão, quando este tinha o dever

84. Como já se pronunciou o STJ, "(...) a prova pericial só tende a ser imprescindível quando se trata de *falsum* material. A falsidade ideológica, em sede de simulação da regularidade fiscal, sonegação, lançamentos que não correspondem à real situação, de regra, dispensa a referida prova (...)". (STJ, 5ª Turma, HC 10.762/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/12/1999, DJ 14/02/2000 p. 54). Em se tratando de documentos passíveis de comprovação posterior, de ofício ou a requerimento, não há falar em crime de falsidade ideológica nem tampouco de uso de documento falso, porquanto a presunção de veracidade de tais documentos é relativa. Nesse sentido, em relação à apresentação de declaração de pobreza: STJ, 6ª Turma, HC 217.657/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 02/02/2012. É atípica a mera declaração falsa de estado de pobreza realizada com o intuito de obter os benefícios da justiça gratuita. O art. 4º da Lei 1.060/1950 dispõe que a sanção aplicada àquele que apresenta falsa declaração de hipossuficiência é meramente econômica, sem previsão de sanção penal. Além disso, tanto a jurisprudência do STJ e do STF quanto a doutrina entendem que a mera declaração de hipossuficiência inidônea não pode ser considerada documento para fins penais. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 261.074/MS, Rel. Min. Marilza Maynard – Desembargadora convocada do TJ-SE –, j. 5/8/2014.

jurídico de impedir a contrafação ou a alteração, mas quedou-se inerte.

O inciso I do art. 1º refere-se à falsidade ideológica, e não à falsidade material, fazendo referência a duas condutas criminosas que se complementam:

a) **omitir informação (conduta omissiva)**: consiste em deixar de inserir ou não fornecer informação que devia ser prestada às autoridades fazendárias, geralmente relacionada ao fato jurídico do qual emana a obrigação tributária. Trata-se de crime omissivo impróprio, porquanto é indispensável a produção do resultado supressão ou redução de tributo. A título de exemplo, suponha-se que o contribuinte que, embora tendo renda tributável, não entrega a declaração de rendimentos, suprimindo o pagamento do imposto de renda devido à omissão de informações;[85]

b) **prestar declaração falsa (conduta comissiva)**: por conta própria, o agente insere nas declarações prestadas às autoridades fazendárias informações falsas ou diversas das que deviam ser escritas. Geralmente, essas informações são feitas por escrito. Atualmente, no entanto, é mais comum a utilização do meio eletrônico.

Em qualquer das condutas, omissiva ou comissiva, o *falsum* deve estar relacionado a *fato juridicamente relevante*, compreendido como aquele que, isoladamente ou em conjunto com outros fatos, apresente significado direto ou indireto para constituir, modificar ou extinguir a obrigação tributária, e por este motivo o autor da declaração está obrigado a declarar a verdade. A falsificação grosseira acarreta, portanto, a aplicação das regras atinentes ao crime impossível (CP, art. 17).

A falsidade ideológica do inciso I do art. 1º deve acarretar a supressão ou redução do tributo. Logo, na eventualidade de o *falsum* não possuir idoneidade para a produção do resultado lesivo, inexiste a figura típica do art. 1º da Lei n. 8.137/90. Exemplificando, no caso do ICMS, o não fornecimento da nota fiscal, por si só, não significa que tenha havido sonegação fiscal nas hipóteses em que a operação for isenta. Pode até subsistir crime contra as relações de consumo ou outro delito qualquer, mas não se pode imputar ao agente o crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90, porquanto sua conduta não fora idônea a produzir a supressão ou redução do valor devido a título de ICMS.

Ainda em relação ao ICMS, se a circulação física da mercadoria em questão não estiver sujeita à incidência do referido tributo, não há falar em crime contra a ordem tributária. Como "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte" (súmula n. 166 do STJ), revela-se inviável a tipificação do crime do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90 em tal hipótese, ainda que sejam fornecidas informações falsas às autoridades fazendárias, porquanto, *in casu*, não há qualquer operação a ser tributada, o que, todavia, não afasta a tipificação de outros delitos previstos no Código Penal.[86]

Em síntese, o *falsum* deve recair sobre uma hipótese de incidência do tributo. Afinal, se a situação fática não for suscetível de tributação, como ocorre, por exemplo, nos casos de isenção ou imunidade, não há nenhum valor devido. Logo, a falsidade perpetrada pelo agente não terá o condão de acarretar a supressão ou redução do tributo, tornando inviável, assim, a tipificação do crime material do art. 1º.

O tipo contém outro elemento normativo jurídico: *autoridades fazendárias*. Estas são aquelas legalmente investidas nas funções de receber do sujeito passivo da obrigação tributária as informações e declarações fiscais necessárias, como, por exemplo, auditores fiscais, delegados da Receita Federal, etc.

Cuida-se de tipo penal misto alternativo. Por isso, se as duas condutas – omitir informação e prestar declaração falsa – forem praticadas em um mesmo contexto fático, haverá crime único à luz do princípio da alternatividade. A título de exemplo, suponha-se que o agente omita rendimentos tributáveis em sua declaração anual de imposto de renda, acrescentando despesas dedutíveis que não teriam existido (v.g., despesas médico-hospitalares), obtendo, por conseguinte, a redução dos valores devidos a título de imposto de renda. Por mais que tenha praticado as duas condutas, houve um único resultado, qual seja, a redução do montante devido a título de imposto de renda. Logo, haverá um único crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90.

Trata-se, o art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, de norma especial em relação ao crime de falsidade

85. Para o STJ, "(...) a incompatibilidade entre os rendimentos informados na declaração de ajuste anual e valores movimentados no ano-calendário caracterizam a presunção relativa de omissão de receita, que pode ser afastada por prova em contrário do contribuinte, ônus do qual não se desincumbiu o Recorrente. De acordo com o posicionamento desta Corte, o dolo se manifesta na conduta dirigida à apresentação de declaração de imposto de renda sem informar a respectiva movimentação financeira, culminando com a omissão de receita e redução do IRPF". (STJ, 6ª Turma, REsp 1.326.034/PE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 02/10/2012, DJe 09/10/2012). Com entendimento semelhante: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.169.589/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 04/02/2014, DJe 10/02/2014.

86. Reconhecendo a inexistência do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 em caso concreto envolvendo a simples transferência de mercadoria da matriz para a filial da mesma empresa, sem mudança de titularidade dos bens, porquanto importa em mera circulação física, não sujeita, portanto, à incidência de ICMS: STJ, 5ª Turma, REsp 106.803/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 06/05/1997, DJ 25/08/1997.

ideológica previsto no art. 299 do Código Penal. Por consequência, quando a omissão de informação devida ou a prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias for praticada pelo agente com o objetivo de produzir a supressão ou redução de tributo, restará configurado o crime tributário sob comento, afastando-se, por consequência, o delito de *falsum* em virtude do princípio da consunção.

Como já se pronunciou a 6ª Turma do STJ, "(...) é de se reconhecer a consunção do crime de falso pelo delito fiscal quando a falsificação/uso se exaurem na infração penal tributária. *In casu*, foram forjados documentos por um paciente e vendidos a outro, no ano de 2001. Tais recibos foram referidos em declaração de imposto de renda no ano de 2002, para se obter restituição. Os papéis foram apresentados à Receita Federal no ano de 2005, a fim de justificar despesas médicas. Não há falar, nas circunstâncias, em crimes autônomos, mas em atos parcelares que compõem a meta tendente à obtenção de lesão tributária (...)".[87]

Noutro giro, se a potencialidade do *falsum* não se exaurir no crime-fim contra a ordem tributária (interpretação *a contrario sensu* da súmula n. 17 do STJ),[88] ou se o *falsum* for praticado em contexto diverso daquele no qual foi cometido o crime contra a ordem tributária, como ocorre, por exemplo, quando o agente falsifica o documento em momento posterior à supressão ou redução do tributo, fazendo-o tão somente para elidir eventual responsabilidade criminal, não se afigura possível a aplicação do princípio da consunção. Nesse sentido, a 5ª Turma do STJ já teve a oportunidade de asseverar que "(...) os crimes de falso somente são absorvidos pelo crime de sonegação fiscal quando constitui meio/caminho necessário para a sua consumação. No caso, a apresentação posterior do documento falso, com o fim de se assegurar a impunidade do crime de sonegação fiscal, denota a autonomia das condutas. Afasta-se, portanto, a aplicação do princípio da consunção ou da especialidade".[89]

Especificamente quanto às hipóteses em que o contribuinte, por ocasião da declaração anual do imposto de renda, presta declarações falsas, quer sobre dependentes, sobre as despesas dedutíveis, quer sobre os valores tributáveis, há de se ficar atento à distinção entre o crime tributário do art. 1º da Lei n. 8.137/90 e o delito de estelionato (CP, art. 171):[90]

a) se houver tributo devido e o agente se valer da fraude para simular despesas fictícias para diminuir a base de cálculo e, em consequência, o valor do tributo devido, restará tipificado o crime contra a ordem tributária do art. 1º da Lei n. 8.137/90, que é especial em relação ao crime de estelionato. Há precedentes da 6ª Turma do STJ nessa linha: "(...) A conduta daquele que presta informação falsa quando da declaração de ajuste anual de imposto de renda para reduzir o tributo devido amolda-se ao tipo penal do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, e não ao crime de estelionato (art. 171, § 3º, do CP), sendo o fato de a conduta ter gerado indevida restituição do imposto retido na fonte apenas consequência do delito, desnecessária para a sua configuração";[91]

b) na eventualidade de não haver tributo devido em virtude da ausência do fato gerador, e o agente praticar determinada conduta fraudulenta para obter restituição de valores que jamais foram recolhidos, criando artificiosamente um crédito, deverá responder pelo crime do art. 171 do Código Penal (estelionato), já que, nesse caso, não teria havido a supressão nem a redução de tributo, mas sim a obtenção de vantagem ilícita (restituição artificiosa), em proveito do suposto contribuinte, em prejuízo alheio (administração tributária), mediante meio fraudulento que induziram a vítima em erro.

> **II** – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

14. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO POR MEIO DE FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA.

À semelhança do inciso I, o inciso II do art. 1º também faz referência a uma conduta comissiva e a outra de natureza omissiva, senão vejamos:

a) **inserir elementos inexatos (conduta comissiva):** inserir significa introduzir, colocar, encaixar. *In casu*, essa inserção diz respeito a elementos inexatos, ou seja, que não correspondem à realidade.

87. STJ, 6ª Turma, HC 111.843/MT, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22/06/2010, DJe 03/11/2010.

88. Súmula n. 17 do STJ: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

89. STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.246.165/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 02/02/2012, DJe 09/02/2012. Em outro julgado, a 5ª Turma do STJ concluiu que "(...) o delito constante do artigo 304 do CP somente é absorvido pelo crime de sonegação fiscal se teve como finalidade a sonegação, constituindo, em regra, meio necessário para a sua consumação. Na hipótese, o crime de uso de documento falso pode ser tido como crime autônomo, posto que praticado não para que fosse consumada a sonegação fiscal, mas sim para assegurar a isenção de eventual responsabilidade penal". (STJ, 5ª Turma, REsp 1.162.691/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26/08/2010, DJe 27/09/2010).

90. A distinção é feita por Baltazar Jr. (Op. cit. p. 833).

91. STJ, 6ª Turma, REsp 1.111.720/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13/08/2013, DJe 28/08/2013.

A título de exemplo, suponha-se que seja feito o pagamento de salário *por fora* de modo a evitar a retenção de imposto de renda na fonte, conduta esta que também pode caracterizar, em concurso formal, o crime de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A). Outro exemplo relativamente comum é o lançamento das notas fiscais no livro de registro de saída de mercadoria com valores inferiores aos valores constantes das notas fiscais ou o lançamento de várias notas ao mesmo tempo, sendo que o valor lançado é inferior à soma delas. O artifício realizado na expectativa da não conferência pelo fiscal de nota por nota, bem como a não realização de auditoria em sua empresa, constitui fraude. Por meio da inserção de valores inferiores aos constantes nos documentos, o agente reduz o tributo;[92]

b) **omitir operação de qualquer natureza (conduta omissiva):** o agente deixa de inserir operação de qualquer natureza, geralmente relacionada ao fato jurídico do qual emana a obrigação tributária (v.g., omissão de operação de compra e venda ou de prestação de serviço). O elemento normativo *operação de qualquer natureza* refere-se à qualquer operação que configure fato gerador de obrigação tributária e tenha relevância tributária, de modo a viabilizar a evasão total ou parcial do tributo. Cuida-se de crime omissivo impróprio (ou comissivo-omissivo ou comissivo por omissão), visto que o agente que deve prestar as informações é garantidor, na medida em que possui a obrigação legal de fazê-lo (CP, art. 13, §2º, "a"). Exemplo típico desse crime é o da omissão do registro de entrada de mercadorias e consequente omissão do registro de saída de mercadoria. O comerciante compra, não registrando a operação com o fim específico de não dever/pagar o tributo, fraudando a fiscalização, porquanto a omissão no registro de entrada torna, quando já ocorreu a saída da mercadoria, difícil a descoberta, por parte do agente da fiscalização, da omissão do registro de saída daquela mercadoria.

A diferença entre a conduta delituosa do inciso II em relação àquela do inciso I diz respeito ao objeto. Explica-se: na primeira, a omissão ou falsidade recai sobre as declarações que são prestadas às autoridades fazendárias; na segunda, o objeto do crime são os documentos mantidos em poder da própria empresa, ou seja, a sua escrituração fiscal.

A elementar *fiscalização tributária* deve ser compreendida como "o corpo administrativo responsável pela verificação da regularidade das operações do sujeito passivo, abrangendo tanto o órgão arrecadador, abstrata e institucionalmente considerado, quanto seus agentes imbuídos das atribuições de fiscalização, auditoria, revisão e julgamento dos fatos objeto de tributação. Na verdade, a fiscalização tributária é simples atividade desenvolvida pelos agentes fiscais na esfera de suas respectivas atribuições e não se deve confundi-la com o aparato burocrático corporificado na Fazenda Pública. A relevância dessa expressão para a compreensão do tipo está no fato de que a conduta do agente precisa dirigir-se a burlar a Administração Fazendária em si e não outros setores da Administração Pública".[93]

Na medida em que o dispositivo faz referência ao *documento ou livro exigido pela lei fiscal*, é de se concluir que estamos diante de verdadeira norma penal em branco, a ser preenchida pela lei tributária, que deve indicar quais são os documentos e livros que podem ser exigidos do contribuinte ou responsável tributário. Vejamos alguns exemplos de livros exigidos pela lei fiscal: livro de registro de entrada e saída de mercadorias; livro de apuração do IPI, ICMS e ISS; LALUR (Livro de Apuração do Lucro Real); Livro diário. A título de exemplo de documentos exigidos pela lei fiscal, podemos citar as Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) ou a Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

O crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social. Ausente essa vontade, o crime não restará caracterizado. Por isso, no contexto da chamada guerra fiscal entre os estados federados, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se pode imputar a prática de crime contra a ordem tributária ao contribuinte que não se vale de artifícios fraudulentos com o fim de reduzir ou suprimir o pagamento dos tributos e que recolhe o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços segundo o princípio da não-cumulatividade.[94]

92.

93. PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 415.

94. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, RHC 78.256/ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 22/08/2017, DJe 30/08/2017; STJ, 5ª Turma, RHC 65.851/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 27/06/2017, DJe 01/08/2017; STJ, 6ª Turma, RHC 40.555/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/08/2014, DJe 19/11/2014.

Não se pode confundir o crime tributário do art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, com o delito patrimonial de duplicata simulada, previsto no art. 172 do Código Penal ("Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado").[95] Grosso modo, a diferença entre os dois delitos diz respeito ao elemento subjetivo. Diversamente daquele, no crime de duplicata simulada o agente não tem a intenção de lesar o erário público, causando a supressão ou redução de tributo. Portanto, o sujeito passivo desse delito não é o fisco, mas sim o recebedor, ou seja, quem desconta a duplicata, aquele que aceita a duplicata como caução, e também o sacado de boa-fé, que corre o risco de ser protestado.

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

15. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO POR MEIO DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS RELATIVOS À OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL.

A conduta em questão pode ser praticada de duas formas distintas:

a) **falsificar (ou contrafação):** traduz a ideia de fabricar um documento relativo à operação tributável até então inexistente. Como o dispositivo não faz qualquer distinção, é de se concluir que esta falsificação pode ser total ou parcial. Será total quando um documento for criado em sua integralidade. Será parcial quando o agente acrescentar palavras, letras ou números ao objeto, sem estar autorizado a fazê-lo, fazendo surgir, assim, um documento parcialmente inverídico;

b) **alterar:** no crime sob comento, tem o significado de modificar um documento relativo à operação tributável verdadeiro, já existente, mediante a substituição do seu conteúdo com frases, palavras ou números que acarretem algum tipo de mudança em sua essência.

Esta falsificação ou alteração deverá recair sobre:

1) **Nota fiscal:** é o documento que registra uma operação de compra e venda de mercadorias ou a prestação de serviços. Nesse conceito também está inserida a nota fiscal eletrônica.[96] Um dos clássicos exemplos de crime tributário envolvendo notas fiscais é o da *nota calçada*, assim denominada porque, em notas preenchidas à mão, a falsificação se dá com a colocação de um calço, de modo que o valor efetivo da venda consta da primeira via, que é entregue ao cliente, ao passo que a via que fica no talonário é posteriormente preenchida com um valor menor, de modo a diminuir a receita, acarretando a redução do valor devido a título de ICMS, IPI e Imposto de Renda. Outra prática recorrente é a *nota paralela* ou *talão frio*. Nesse caso, são impressos dois ou mais talonários ou formulários de notas fiscais, com os mesmos números de série, levando-se a registro contábil apenas as notas de menor valor;

2) **Fatura:** é o documento de emissão obrigatória pelo vendedor, na relação de compra e venda mercantil. Dela deve constar a descrição das mercadorias vendidas, especificando sua natureza (qualidade) e quantidade, bem como seu respectivo preço;

3) **Duplicata:** é o título de crédito resultante da fatura, emitido pelo vendedor, nas relações de compra e venda mercantil em território nacional, para fins de circulação como efeito comercial, nos termos do art. 2º da Lei n. 5.474/68;

4) **Nota de venda:** consiste no documento emitido pelo comerciante, em cujo conteúdo é possível encontrar a especificação da quantidade, qualidade, procedência e preço das mercadorias objeto de transação mercantil, cuja finalidade precípua é atender aos interesses do fisco;

5) **Qualquer outro documento relativo à operação tributável:** na parte final do inciso III do art. 1º da Lei n. 8.137/90 o legislador faz uso de verdadeira espécie de interpretação analógica.[97] Assim, se a falsificação ou alteração recair sobre

95. Como já se pronunciou o STJ, "o delito de duplicata simulada, previsto no art. 172 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 8.137/90, configura-se quando o agente emite duplicata que não corresponde à efetiva transação comercial, sendo típica a conduta ainda que não haja qualquer venda de mercadoria ou prestação de serviço". (STJ, 6ª Turma, REsp 1.267.626/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/12/2013, DJe 16/12/2013).

96. Legislações tributárias das quatro entidades políticas vêm instituindo a obrigatoriedade de emissão de NF-e, com as exceções especificadas, com o objetivo de integrar ao Sistema Público de Escrituração Digital. No Município de São Paulo, por exemplo, vigora a Lei n. 14.097, de 08/12/2005.

97. Como o legislador não pode prever todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade e que seriam similares àquelas por ele já elencadas, a interpretação analógica permite, expressamente, a ampliação do alcance da norma. Atento ao princípio da legalidade, o legislador detalha as situações que pretende regular, estabelecendo fórmulas casuísticas, para, na sequência, por meio de uma fórmula genérica, permitir que tudo aquilo que a elas for semelhante também possa ser abrangido pelo mesmo dispositivo legal. Em síntese, a uma fórmula casuística, que servirá de norte ao intérprete, segue-se uma fórmula genérica. Diversamente da analogia, que é método de integração, a interpretação analógica, como o próprio nome já sugere, funciona como método de interpretação. Logo, neste caso, apesar de não ser explícita, a hipótese em que a norma será aplicada está prevista no seu âmbito de incidência, já que o próprio dispositivo legal faz referência à possibilidade de aplicação de seu regramento a casos semelhantes aos por ele regulamentados.

qualquer outro documento relativo à operação tributável, semelhante à nota fiscal, fatura, duplicata ou nota de venda, guardando relação com fato jurídico capaz de produzir algum tipo de obrigação tributária, como, por exemplo, o conhecimento de transporte, e a conduta for praticada com o objetivo de produzir a supressão ou redução de tributo, o agente deverá responder pelo crime sob comento.

> **IV** – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

16. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO POR MEIO DO FORNECIMENTO OU DISTRIBUIÇÃO DE DOCUMENTO FALSO OU INEXATO.

A quarta conduta fraudulenta que pode dar ensejo à supressão ou à redução de tributo consiste em "elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato" (Lei n. 8.137/90, art. 1º, IV). O dispositivo visa coibir o comércio ilegal de documentos, vulgarmente conhecido como venda de *notas frias*, que cria embaraços à fiscalização tributária, permitindo, como consequência, a evasão fiscal.

O dispositivo traz em seu bojo modalidades de falsidade material ou ideológica. Vejamos as condutas incriminadas:

a) **elaborar**: consiste em preparar, organizar, produzir o documento falso;

b) **distribuir**: traduz a ideia de entregar a diversos receptores, repartir, dividir;

c) **fornecer**: significa prover, entregar, abastecer, trazendo ínsita a ideia de continuidade no tempo, ou seja, de uma tradição contínua durante certo período. Geralmente, o fornecimento é utilizado como forma de captação de clientela.

d) **emitir**: tem o sentido de expedir ou de colocar em circulação;

e) **utilizar**: consiste em "fazer uso de", usar, empregar, aplicar. Cuida-se de norma especial em relação ao crime de uso de documento falso previsto no art. 304 do Código Penal, diferenciando-se do crime comum pelo fato de o uso de documento falso ser cometido com o objetivo de acarretar a supressão ou redução de tributo.

Tais condutas devem recair sobre documento que o agente saiba (dolo direto) ou deva saber (dolo eventual) falso ou inexato. Apesar de o inciso IV referir-se apenas a *documento*, sem dizer pelo menos expressamente, que tal documento deve ser relativo à operação tributável, como o faz o inciso III, é de todo evidente que esse documento deve guardar relação com algum tipo de hipótese fática capaz de produzir uma obrigação tributária para o agente, sob pena, à evidência, de sequer ter o condão de produzir a supressão ou redução de tributo.[98]

O inciso IV do art. 1º faz menção a *documento falso ou inexato*. Na visão da doutrina,[99] documento falso é aquele que contém falsidade material, ao passo que inexato é aquele ideologicamente falso.

> **V** – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.
>
> **Pena** – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

17. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO POR MEIO DA NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE NOTA FISCAL.

Cuida-se de prática recorrente em estabelecimentos comerciais que se recusam a fornecer ao cliente a nota ou o cupom fiscal relacionado à mercadoria ou serviço adquirido. Afinal, sem a expedição da nota ao cliente, não haverá registro documental no estabelecimento, inviabilizando a fiscalização da Fazenda, o que, em última análise, acarretará a supressão ou redução do tributo.

São 3 (três) as condutas fraudulentas enumeradas por esse dispositivo:

a) **negar**: nesse caso, a despeito do pedido do cliente ou do comprador, o fornecedor de bens ou serviços se recusa a fornecer a respectiva nota fiscal;

b) **deixar de fornecer**: caracteriza-se pela falta da omissão da nota fiscal, do que resulta a supressão ou redução do tributo devido. Nesse ponto, convém destacar que o comportamento do consumidor não produz reflexos quanto à tipificação desse crime, nem mesmo quando dispensar a nota. Ora, o consumidor que dispensa a nota não é o sujeito passivo do delito, nem é o titular do direito de arrecadar tributos. Logo, seu consentimento

98. Para o STJ, a utilização de notas fiscais declaradas inidôneas pelo Fisco Estadual para aproveitamento de créditos de ICMS pode tipificar o crime do art. 1º, inciso IV, da Lei n. 8.137/90: STJ, 3ª Seção, CC 96.497/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23/09/2009, DJe 08/10/2009.

99. BALTAZAR Jr., José Paulo. *Crimes federais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 822.

não tem eficácia jurídica para efeito de autorizar a conduta daquele que realiza o crime do art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90;[100]

c) **fornecimento em desacordo com a legislação**: de natureza evidentemente subsidiária, a última hipótese constante do inciso V diz respeito à situação em que a nota fiscal é emitida, porém contrariando os requisitos das respectivas normas legais ou administrativas, como, por exemplo, em relação à descrição completa da mercadoria ou sua numeração. A nosso juízo, o elemento normativo *em desacordo com a legislação* deve ser interpretado à luz do art. 96 do Código Tributário Nacional ("A expressão 'legislação tributária' compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes").[101]

As três condutas devem estar ligadas ao *caput* do art. 1º da Lei n. 8.137/90, ou seja, a conduta deve estar voltada para a supressão ou redução do tributo. Logo, se o agente se recusar a fornecer nota fiscal na veda de produto isento, não se configura o delito sob comento, porquanto falta o dolo de reduzir ou suprimir o tributo ou acessórios, sem prejuízo, todavia, da tipificação de eventual crime contra as relações de consumo.

Na mesma linha, a simples exposição à venda de mercadoria sem nota fiscal não caracteriza o crime do inciso V, que exige efetiva supressão ou redução de tributos. Como já se pronunciou o STJ, "(...) para a configuração do delito tipificado no art. 1º, inciso V, da Lei 8.137/90, é necessária a efetiva venda da mercadoria ou prestação do serviço (fato gerador do ICMS), isso porque é crime material, dependendo da ocorrência de prejuízo para o Estado, consistente na supressão ou redução do tributo. No caso, a paciente apenas expôs a mercadoria à venda sem a emissão da nota fiscal de trânsito, conduta tipificada, em tese, no art. 2º, inciso I, da Lei 8.137/90 (atos preparatórios da sonegação), porquanto não houve a efetiva venda da mercadoria (fato gerador do tributo)".[102]

O crime do art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90, não se confunde com aquele previsto no art. 2º, inciso IV, da Lei n. 1.521/51 ("negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, desde que a importância exceda de 15 (quinze) cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e do local da transação e do nome e residência do freguês"). Aquele é crime contra a ordem tributária, ao passo que este é crime contra a economia popular, o que significa dizer que os bens jurídicos são diversos. No mais, o crime do art. 2º, IV, da Lei n. 1.521/51, é aplicável apenas em relação a serviços essenciais.

O crime contra a ordem tributária ora sob comento também não se confunde com o crime de duplicata simulada do art. 172 do Código Penal. Diversamente do que ocorre com o crime tributário, no qual o serviço é prestado e a mercadoria é vendida, sem que haja, todavia, a emissão da devida nota fiscal, exatamente para propiciar a evasão total ou parcial do tributo devido, no crime de duplicata simulada não há o efetivo fornecimento da mercadoria ou prestação de serviço.

17.1. (Des) necessidade de lançamento definitivo como condição objetiva de punibilidade.

De acordo com a súmula vinculante n. 24, que será objeto de análise mais detalhada nos comentários ao art. 16 da Lei n. 8.137/90, "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

Perceba-se que a súmula sob comento restringe sua aplicação exclusivamente às condutas previstas entre os incisos I e IV do art. 1º da Lei n. 8.137/90, do que se poderia concluir que a conduta do inciso V e aquela do parágrafo único do art. 1º não teriam o lançamento definitivo do tributo como condição objetiva de punibilidade para a deflagração da persecução penal.

Sobre o assunto, há quem entenda que a exclusão do inciso V e do parágrafo único do art. 1º é perfeitamente válida. A uma porque a conduta do inciso V seria formal.[103] A duas porque se houve o emprego de fraude através da utilização de programas de processamento de dados com informações contábeis diversas daquelas fornecidas

100. Com esse entendimento: BITENCOURT. Op. cit. p. 142.

101. Em sentido diverso, Luiz Regis Prado (op. cit. p. 421) sustenta que o termo *legislação* deve ser entendido como lei formal, pois a competência para editar leis que versem sobre a emissão e fornecimento dos documentos em questão é do Poder Legislativo da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, na esfera de suas respectivas competências tributárias.

102. STJ, 5ª Turma, HC 174.120/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25/11/2010, DJe 13/12/2010.

103. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o delito do art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90 é formal e prescinde do processo administrativo-fiscal para o desencadeamento da persecução penal, não se sujeitando aos termos da súmula vinculante n. 24 do STF: STJ, 5ª Turma, RHC 76.937/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21/02/2017, DJe 24/02/2017; STJ, 6ª Turma, REsp 1.377.513/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 14/02/2017, DJe 23/02/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no RESp 1.477.691/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 11/10/2016, DJe 28/10/2016.

à Fazenda Pública, a impossibilidade de apreensão dos documentos material e ideologicamente falsos acabaria inviabilizando a persecução penal. Logo, seria de todo desarrazoado exigir-se o lançamento definitivo porquanto o fisco jamais teria como atestar a exigibilidade do crédito tributário.

Há precedentes da 6ª Turma do STJ nesse sentido: "(...) Não se verifica, nos precedentes que deram origem ao enunciado vinculativo n. 24 do Supremo Tribunal Federal, a concessão da ordem para determinar o trancamento de ação penal ou inquérito policial, em relação à conduta prevista no inciso V do art. 1º da Lei n. 8.137/90. A necessidade de se expor a relação dos precedentes que deram origem à Súmula Vinculante presta-se não só a descortinar o que foi debatido em cada um dos casos, mas, principalmente, a delimitar o alcance do seu enunciado cuja aplicação deve ser excepcional. E quando se voltam os olhos aos julgados que analisam a prática do inciso V, constata-se que a exclusão das condutas de 'negar ou deixar de fornecer [nota fiscal ou documento equivalente], (...) ou fornecê-la em desacordo com a legislação" não foi despropositada. O que se percebe nas hipóteses em que o agente usa de fraude (ideológica e/ou documental), para supressão ou redução do imposto, é que a autoridade administrativa ficaria alheia à ação delituosa sem a apreensão dos documentos falsificados - a fraude documental - e/ou emitidos em desacordo com a legislação de regência - a fraude ideológica -, pois, por óbvio, sem esse flagrante e sem a posterior apuração dos fatos mediante instauração de inquérito policial, a Administração Fiscal não teria conhecimento dos valores supostamente sonegados. (...) Dessa forma, caracteriza-se impróprio elastecer o comando da Súmula Vinculante n. 24 a condutas que refogem aos tipos dos incisos I a IV da Lei n. 8.137/90, não apenas em razão da literalidade do enunciado, mas, sobretudo, em respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos ao cerne da questão. Habeas corpus não conhecido".[104]

Com a devida vênia, parece-nos indevida a não aplicação dos ditames da súmula vinculante n. 24 ao crime material do art. 1º da Lei n. 8.137/90 praticado por meio de uma das condutas elencadas no inciso V, ou em seu parágrafo único. Como exposto anteriormente, o crime contra a ordem tributária não está previsto nos incisos do art. 1º. Está previsto, sim, no *caput* do referido dispositivo legal, que prevê em seus incisos apenas condutas diversas de modo a se obter o mesmo resultado, qual seja, a supressão ou redução do tributo. Por consequência, se o inciso V e o parágrafo único constam como espécies de condutas através das quais é possível a consecução do resultado descrito no *caput* do art. 1º, há de se conferir a elas o mesmo tratamento conferido às demais condutas, para fins de se concluir que também funcionam como crimes materiais contra a ordem tributária,[105] cuja persecução penal está condicionada ao implemento da condição objetiva de punibilidade da decisão final do procedimento administrativo de lançamento.

> **Parágrafo único.** A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

18. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO POR MEIO DA FALTA DE ATENDIMENTO DA EXIGÊNCIA DA AUTORIDADE FAZENDÁRIA.

O parágrafo único do art. 1º contempla uma espécie de conduta equiparada ao inciso V do mesmo artigo. Por consequência, a consumação desse crime também está condicionada à supressão ou redução do tributo. Trata-se, pois, de crime material contra a ordem tributária.

Esta figura delituosa guarda certa semelhança com o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal ("Desobedecer a ordem legal de funcionário público"). Cuida-se de forma especial de desobediência em relação a uma ordem revestida de legalidade emitida pela autoridade fazendária, funcionando, pois, como instrumento colocado à disposição da fiscalização tributária para fins de verificação do cumprimento das obrigações acessórias do sujeito passivo da relação tributária.

104. STJ, 6ª Turma, HC 260.354/PE, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 02/09/2014, DJe 25/09/2014. Há precedentes de ambas as Turmas Criminais do STJ no sentido de que o delito do art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90 é formal e prescinde do processo administrativo-fiscal para o desencadeamento da persecução penal, não se sujeitando aos termos da súmula vinculante n. 24 do STF: STJ, 5ª Turma, RHC 076.937/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21/02/2017, DJe 24/02/2017; STJ, 6ª Turma, REsp 1.377.513/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 14/02/2017, DJe 23/02/2017.

105. No sentido de que o inciso V do art. 1º da Lei n. 8.137/90 é crime material: ROQUE, Fábio (op. cit. p. 228). Com o mesmo entendimento: HARADA, Kiyoshi. Op. cit. p. 239. Bitencourt (op. cit. p. 148) também considera um grave equívoco o entendimento de que as condutas descritas no inciso V e no parágrafo único do art. 1º sejam constitutivas de tipos penais autônomos de mera conduta, cuja persecução penal não estaria vinculada à decisão final do procedimento administrativo de lançamento.

Tutela-se, todavia, não a autoridade em si, mas sim a ordem tributária. Isso porque o crime do art. 1º, parágrafo único, visa proteger a ação fiscal voltada para tomar conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais ou das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Para a tipificação desse delito, são indispensáveis a notificação regular escrita, dirigida a quem deva efetivamente cumpri-la, o prazo, cujo início será contado a partir do recebimento da notificação, e também a indicação dos documentos, livros e papeis que se pretende vistoriar, a exemplo de talonários com cópias de notas fiscais, guias de recolhimento, cópias de informações fiscais, controle de emissão de faturas e duplicatas, livros de registros diversos, etc.[106]

O prazo mencionado no parágrafo único do art. 1º é de 10 (dez) dias, podendo ser convertido em horas, de acordo com a maior ou menor complexidade da matéria. Isso significa dizer que se trata de crime a prazo, que se consuma após o decurso de determinado lapso temporal, assemelhando-se, sob esse aspecto, ao crime de apropriação de coisa achada (CP, art. 169, parágrafo único, inciso II), cujo lapso temporal, todavia, é mais elástico – 15 (quinze) dias.

Parte da doutrina sustenta que esse prazo de 10 (dez) dias pode ser reduzido pela autoridade administrativa, inclusive por meio de conversão em horas em razão da menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, consoante previsto no próprio dispositivo legal. Nesse caso, este prazo menor há de ser fixado de maneira razoável, permitindo a realização da exigência. De todo modo, deve haver prova inequívoca de que o contribuinte teve ciência da intimação da autoridade fazendária, daí por que não se pode admitir a intimação oral comprovada por testemunhas.

Com a devida vênia, parece-nos indevida a outorga de tamanha discricionariedade à autoridade administrativa, o que, aliás, vem de encontro à regra da taxatividade inerente ao princípio da legalidade.[107] Logo, interpretando-se o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90 conforme a Constituição, partilhamos do entendimento de que o prazo de 10 (dez) dias não é passível de modificação pela autoridade administrativa.[108]

Há certa controvérsia quanto à natureza material ou formal do crime do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90.

Uma primeira corrente sustenta que o crime tem natureza formal, no sentido de que sua consumação ocorre com a simples falta de atendimento da exigência feita pela autoridade fiscal, independentemente da supressão ou redução de tributo, contribuição social ou qualquer acessório.[109]

A 6ª Turma do STJ tem precedente nesse sentido: "(...) A falta de atendimento da exigência feita pela autoridade fiscal, para que seja apresentada a documentação solicitada, é o que basta para a configuração do crime previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/1990. A consumação do crime ocorre com a simples inobservância à exigência da autoridade fiscal (falta de atendimento dessa exigência). O referido delito guarda semelhantes características com o crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal. Entretanto, o tipo penal em tela destina-se especificamente à ordem emitida pela autoridade fazendária, no curso de suas atribuições legais. A imposição da necessidade de resultado naturalístico, que se daria com a constituição definitiva do crédito tributário, revelar-se-ia verdadeira incongruência, na medida em que a inércia no fornecimento dos documentos fiscais obrigatórios, se não impediria, dificultaria sobremaneira a apuração, pelas autoridades fazendárias, do provável valor reduzido ou suprimido relativamente às operações que porventura tenham sido perfectibilizadas pelo sujeito passivo (contribuinte ou responsável fiscal) da obrigação tributária. Voltando-se o olhar para o inciso V do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, constata-se que a

106. Em síntese, a exigência revestida de legalidade deve recair sobre pessoa que tenha capacidade para o cumprimento da exigência. Para além disso, deve ser demonstrada a ciência inequívoca, por parte desta pessoa, acerca da exigência formulada.

107. Na lição de Luiz Flávio Gomes (*Direito penal: parte geral*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 38), na garantia da *lex certa* está contemplado o "princípio da precisão" ou da "certeza" ou da "taxatividade", isto é, o tipo penal deve ser rigorosamente delimitado pelo legislador, sob pena de se desconhecer o limite entre o permitido e o proibido, entre o lícito e o ilícito. Lei incerta não pode, portanto, criar obrigação certa. A descrição do preceito incriminador da norma primária, assim como da sanção, deve ser de tal modo patente e evidente que evite qualquer atividade criativa por parte do juiz.

108. Para Juary C. Silva (*Elementos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 121), esse dispositivo é inconstitucional, porque "fere às escâncaras o princípio da reserva de lei, ao deixar a colmatação da *fattis-pecie* penal ao arbítrio de autoridade administrativa, o que implica dizer que faz tábula rasa do princípio iluminístico albergado na fórmula *nullum crimen sine lege*, como é do Direito Positivo brasileiro (arts. 5º, XXXIX, da CF e 1º do CP)".

109. No sentido de que a consumação do crime previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90 ocorre com a simples inobservância à exigência da autoridade fiscal: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.126.039/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21/11/2017, DJe 29/11/2017; STJ, 6ª Turma, HC 241.770/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21/06/2016, DJe 29/06/2016.

referência feita pelo legislador, no parágrafo único, não parece haver sido despropositada, haja vista a semelhança de objetivo do agente com tais condutas, a desaguar, tal como ocorre com o próprio inciso V, na prescindibilidade de procedimento administrativo fiscal prévio. Habeas corpus não conhecido".[110]

Uma segunda corrente, que nos parece mais acertada, advoga que o parágrafo único nada mais é do que mais uma forma de se praticar o crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90, o qual tem sua consumação atrelada à produção do resultado supressão ou redução de tributo. Logo, a ele deve ser atribuída a mesma natureza, qual seja, crime material.[111]

Por fim, deve se ficar atento à tipificação do crime do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90, sob a luz do princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Ora, da mesma forma que o autor de um homicídio não pode ser responsabilizado por um crime de desobediência por se recusar a participar da reconstituição de um crime, porquanto acobertado por um direito de envergadura constitucional (CF, art. 5º, LXIII) e convencional (CADH, art. 8º, §2º, alínea "g"), revela-se no mínimo desarrazoado admitir-se a imputação ao sonegador da prática do crime do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90, pelo fato de ter se recusado a apresentar documentos fiscais cuja exibição poderia acarretar sua incriminação pela prática de crimes contra a ordem tributária.[112]

Interpretando-se o dever de informar com o direito de não produzir prova contra si mesmo, a doutrina sustenta que as informações, cuja prestação constitui dever do contribuinte e, em alguns casos, até mesmo de terceiros, e cuja omissão ou falsidade podem configurar o crime do art. 1º, parágrafo único, são apenas aquelas necessárias ao lançamento regular dos tributos, e não quaisquer outras informações necessárias ao exercício da fiscalização tributária. Considerando-se que o dever de informar precede a configuração do crime contra a ordem tributária, é de se concluir que o direito de não produzir prova contra si mesmo só pode ser exercido validamente pelo agente depois do cometimento do delito, a partir de quando o agente não tem o dever de prestar nenhum tipo de informação capaz de incriminá-lo.[113]

18.1. (Im) possibilidade de extinção da punibilidade em virtude do pagamento da penalidade pecuniária imposta ao contribuinte que deixa de atender às exigências da autoridade tributária quanto à exibição de livros e documentos fiscais.

O pagamento dessa penalidade pecuniária não se adequa a nenhuma das hipóteses de extinção de punibilidade previstas no art. 9º, §2º, da Lei n. 10.864/03.

De acordo com o artigo 3º do CTN, os tributos – por serem prestações pecuniárias compulsórias, não sancionatórias, instituídas *ex lege* – são inconfundíveis com as multas, porquanto estas têm natureza sancionatória. Quando o art. 113 do CTN estatui que a obrigação tributária principal tem por objeto o pagamento de tributo "ou penalidade pecuniária", tal disposição significa apenas que os valores devidos em razão de eventuais sanções decorrentes do inadimplemento da prestação tributária devem ser exigidos conjuntamente com a prestação tributária.

A "obrigação tributária principal", portanto, compreende o tributo e eventuais acréscimos legais, dentre os quais a multa decorrente do inadimplemento da prestação tributária. As obrigações tributárias acessórias, por sua vez, são as obrigações de fazer ou não fazer fixadas na legislação tributária, existentes independentemente de uma prestação tributária.

Desse modo, também o § 3º do artigo 113 do CTN significa, somente, que os valores devidos em razão de eventuais sanções decorrentes do inadimplemento dessa obrigação tributária acessória devem ser exigidos, ainda que isoladamente, como se constituíssem "obrigação principal".

Assim, a penalidade pecuniária imposta ao contribuinte que deixa de atender à requisição da autoridade fiscal constitui obrigação tributária principal, mas não configura 'tributo' por força

110. STJ, 6ª Turma, HC 241.770/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21/06/2016, DJe 29/06/2016.

111. No sentido de que o delito previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90 deve ser interpretado em conjunto com o seu *caput*, pois é de natureza material, consumando-se apenas com a supressão ou redução do tributo: STJ, 6ª Turma, REsp 1.113.460/SP, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 24/11/2009, DJe 14/12/2009.

112. Referindo-se ao postulado *nemo tenetur se detegere*, Bitencourt (op. cit. p. 147) adverte: "se, porventura, a exigência das autoridades fiscais puder configurar possível autoincriminação ou a produção de prova contra si mesmo, mesmo no âmbito extrapenal, o contribuinte não estará obrigado a atendê-la, ante a sua flagrante inconstitucionalidade". Na visão do TRF/4ª Região, "é atípica a conduta de prestar declaração falsa em procedimento fiscal. A garantia contra a auto-incriminação prevista no inciso LXIII do art. 5º da CF/88 se estende a qualquer indagação por autoridade pública, de cuja resposta possa advir a imputação da prática de crime pelo declarante". (TRF4, HC 2003.04.01.024851-2, OITAVA TURMA, Relator LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, DJ 17/09/2003)

113. É nessa linha a lição de Hugo de Brito Machado (op. cit. p. 213).

do comando expresso da norma contida no artigo 3º do Código Tributário Nacional, que exclui inequivocamente do conceito de tributo a sanção decorrente de ato ilícito.

Destarte, o pagamento da penalidade pecuniária imposta ao contribuinte que deixa de atender às exigências da autoridade tributária quanto à exibição de livros e documentos fiscais não se adequa a qualquer das hipóteses previstas no art. 9º, §2º, da Lei n. 10.864/03.[114]

> **Art. 2º** Constitui crime da mesma natureza:
> (...)

19. DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS DO ART. 2º DA LEI N. 8.137/90.

O art. 2º está inserido na Seção I ("Dos crimes praticados por particulares") do Capítulo I ("Dos crimes contra a ordem tributária") da Lei n. 8.137/90. Portanto, quando o *caput* do dispositivo sob comento dispõe que o art. 2º constitui *crime da mesma natureza,* refere-se não à natureza material dos crimes do art. 1º, mas sim à natureza de crimes contra a ordem tributária praticados por particulares, contrapondo-se, ademais, àqueles previstos no art. 3º, que constituem crimes contra a ordem tributária praticados por funcionários públicos.

Diversamente dos crimes tributários previstos no art. 1º, que têm natureza material, é dizer, consumam-se tão somente com a produção do resultado naturalístico *supressão ou redução do tributo*, os delitos do art. 2º da Lei n. 8.137/90, à exceção daquele previsto no inciso II, têm natureza formal, ou seja, consumam-se independentemente da produção daquele resultado. Prova disso é o uso da expressão "para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo". Como é sabido, sempre que o tipo penal é construído com expressões semelhantes a esta, como, por exemplo, "para o fim de", "a fim de", "com o fim de", a elementar a seguir descrita deverá ser considerada verdadeiro elemento subjetivo especial do tipo. Por consequência, se o agente for autuado pelo fisco imediatamente após ter cometido a falsidade visando à redução do valor do tributo, estará caracterizado o crime do art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, mesmo que não tenha se expirado o prazo para o adimplemento da obrigação tributária.

A técnica de tipificação dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 também é distinta. Diversamente do art. 1º, o *caput* do art. 2º não descreve o núcleo essencial do tipo penal, deixando para fazê-lo em cada um dos seus incisos. Por mais que todos os incisos do art. 2º estejam sujeitos ao mesmo preceito secundário – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa –, cada um deles constitui uma norma incriminadora com preceito primário autônomo.

19.1. (Des) necessidade de decisão final do procedimento administrativo de lançamento.

A decisão final do procedimento administrativo de lançamento funciona como condição objetiva de punibilidade apenas nos crimes *materiais* contra a ordem tributária, ou seja, crimes cuja consumação está condicionada à produção de um resultado, tal como ocorre em relação àqueles definidos no art. 1º da Lei n. 8.137/90.[115] Logo, se os delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são de natureza material, exigem, para a sua tipificação, a constituição definitiva do crédito tributário para o desencadeamento da ação penal.[116]

Todavia, na hipótese de crime formal contra a ordem tributária, a conclusão do procedimento administrativo é desnecessária para a persecução penal. É o que acontece, por exemplo, com o crime do art. 2º, inc. I, da Lei 8.137/90, cuja consumação independe do resultado naturalístico correspondente à obtenção de vantagem ilícita em desfavor do Fisco, bastando a omissão de informações ou a prestação de declaração falsa, não demandando a efetiva percepção material do ardil aplicado. Portanto, nesse caso, a conclusão do procedimento

114. Com esse entendimento: STJ, 6ª Turma, REsp 1.630.109/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14/02/2017, DJe 22/02/2017.

115. Em sentido diverso, concluindo que apenas os delitos tipificados nos incisos I a IV do art. 1º da Lei n. 8.137/90 são materiais: STJ, 6ª Turma, RHC 083.103/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01/06/2017, DJe 09/06/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 765.951/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/09/2016, DJe 26/09/2016.

116. O STJ já firmou o entendimento de que o delito de supressão ou redução de tributo é material (art. 1º da Lei n. 8.137/1990), consumando-se, portanto, no momento da efetiva supressão ou redução consubstanciadas na vantagem auferida ou no prejuízo causado com a evasão tributária. Por sua vez, o delito previsto no parágrafo único do referido dispositivo (de descumprir exigência da autoridade fazendária) também tem essa natureza. Portanto, para sua configuração, é necessário que haja a redução ou supressão de tributo tal qual definido no caput daquele artigo: STJ, 6ª Turma, REsp 1.113.460/SP, Rel. Min.Celso Limongi - Desembargador convocado do TJ-SP -, j. 24/11/2009, DJe 14/12/2009. Para os Tribunais Superiores, o crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) também tem natureza material, cuja consumação pressupõe, portanto, a realização do lançamento tributário definitivo. Logo, como a decisão cível acerca da exigibilidade do crédito tributário repercute diretamente no reconhecimento da própria existência do tipo penal, é de se concluir que a prescrição da pretensão punitiva em relação a tal delito permanecerá suspensa enquanto a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa em razão de eventual decisão de antecipação dos efeitos da tutela no juízo cível. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, RHC 51.596/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 3/2/2015, DJe 24/2/2015.

administrativo é dispensável para configurar a justa causa legitimadora da persecução.[117]

Em sentido diverso, Hugo de Brito Machado[118] sustenta que a persecução penal em relação ao crime do art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, também está condicionada ao pronunciamento definitivo da autoridade administrativa quanto à exigibilidade do crédito tributário. Na mesma linha, Bitencourt[119] entende que o encerramento do processo administrativo fiscal também é condição objetiva de punibilidade em relação aos crimes do art. 2º da Lei n. 8.137/90.

Há precedentes isolados do STJ nesse sentido, *in verbis:* "(...) a interpretação mais consentânea à espécie dos autos é a de que enquanto houver processo administrativo questionando a existência, o valor ou a exigibilidade de tributos e contribuição previdenciária, atípicas são as condutas previstas no artigo 2.º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90 e no artigo 168-A do Código Penal, que têm, como elemento normativo do tipo, a existência do crédito tributário e da contribuição devida a ser repassada. (...) a conduta atribuída aos pacientes (ainda que tipificada num primeiro momento no art. 2º, I, da Lei 8.137/90), pode caracterizar, em razão do resultado obtido na apuração administrativa, no delito do art. 1º, I, da Lei 8.137/90. Por isso, questionado ou debatido o crédito fiscal na instância administrativa, impede-se a investigação paralela pelo Órgão do Ministério Público para apuração dos mesmos fatos, eis que tal circunstância - constituição definitiva do crédito – constitui condição objetiva de punibilidade. (...) Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar o procedimento instaurado pelo Ministério Público Estadual, ressalvada a possibilidade de renovação do feito, na hipótese de eventual lançamento definitivo do crédito Tributário".[120]

19.2. Infração de menor potencial ofensivo e competência dos Juizados Especiais Criminais (Federais ou Estaduais).

O conceito de infração de menor potencial ofensivo abrange as contravenções e os crimes com pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não a procedimento especial, ressalvadas as hipóteses envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ao crime do art. 2º da Lei n. 8.137/90 é cominada uma pena que varia de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Trata-se, portanto, de infração de menor potencial ofensivo, a ser processada e julgada perante os Juizados Especiais Criminais, Estaduais ou Federais, a depender do caso concreto. A tal delito serão aplicáveis os institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95, a exemplo da composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

19.3. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime do art. 2º é, em regra, o contribuinte ou responsável, à semelhança do que ocorre com o art. 1º da mesma Lei n. 8.137/90, daí por que se pode dizer que também se trata de crime próprio (ou especial). Na hipótese dos incisos III, IV e V do art. 2º, todavia, o delito pode ser praticado por qualquer pessoa (crime comum), sendo que, especificamente quanto à hipótese do inciso IV, o sujeito ativo deve encontrar-se na situação de beneficiário de incentivo fiscal, intermediário ou representante de qualquer delas.

Sujeito passivo dos crimes praticados contra a ordem tributária é a pessoa jurídica titular do tributo e, secundariamente, a sociedade.

19.4. Consumação e tentativa.

À exceção do crime de apropriação indébita tributária do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, que é considerado pela jurisprudência como espécie de crime material, todos os demais crimes do art. 2º são formais, consumando-se, pois, com a prática do verbo núcleo do tipo, independentemente da produção do resultado supressão ou redução de tributo.

Referindo-se especificamente ao tipo penal do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/90, o STJ já teve a oportunidade de se pronunciar no sentido de que tal delito "tem natureza de crime formal, instantâneo, sendo suficiente a conduta instrumental, haja vista não ser necessária a efetiva supressão ou redução do tributo para a sua consumação. No caso, a fraude foi empregada em momento determinado, irradiando seus efeitos até sua descoberta, o que não revela conduta permanente, mas apenas de efeitos permanentes, os quais perduraram até a

117. Com esse entendimento: STF, Tribunal Pleno, RHC 90.532/ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/09/2009, DJe 208 05/11/2009. Também é dispensável a constituição definitiva do crédito tributário para que esteja consumado o crime previsto no art. 293, § 1º, III, "b", do CP, porquanto o referido delito possui natureza formal, sendo inaplicável, portanto, o disposto na Súmula Vinculante n. 24 do STF: STJ, 6ª Turma, REsp 1.332.401/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/8/2014.

118. Op. cit. p. 402-403.

119. *Crimes contra a ordem tributária.* p. 208.

120. STJ, 5ª Turma, HC 294.833/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23/06/2015, DJe 03/08/2015.

descoberta do engodo. Destarte, cuidando-se de crime instantâneo, cuja consumação se deu com a alteração fraudulenta do contrato social da empresa, a qual foi perpetrada no ano de 2000, verifico que este deve ser o termo inicial do prazo prescricional, nos termos do art. 111, inciso I, do Código Penal. Importante destacar, ademais, que no caso dos autos não se aplica a parte final do art. 110, § 1º, do Código Penal, haja vista referida alteração legislativa, trazida pela Lei n. 12.234/2010, ser posterior à data dos fatos".[121]

> I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

20. INADIMPLEMENTO FRAUDULENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.

A simples comparação entre o art. 2º, inciso I, e o art. 1º, inciso I, ambos da Lei n. 8.137/90, demonstra que o primeiro funciona como nítido *soldado de reserva* em relação a este, que restará caracterizado quando, a despeito do emprego de fraude pelo agente, não ocorrer o resultado *supressão ou redução de tributo.*

Portanto, uma vez atingido o objetivo visado pelo agente – supressão ou redução de tributo –, o tipo principal do art. 1º da Lei n. 8.137/90 terá o condão de absorver o delito do art. 2º, inciso I, do mesmo diploma legal, pois aquele funciona como verdadeira espécie de crime progressivo em relação a este. Em outras palavras, da mesma forma que o autor de um homicídio não responde pelas lesões corporais perpetradas contra a mesma vítima, não se pode admitir que o autor do crime do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, seja concomitantemente responsabilizado pelo delito subsidiário do art. 2º, inciso I, pois este, em relação àquele, funciona como verdadeiro *crime de passagem*, sendo por ele absorvido em virtude do princípio da consunção.

É nesse sentido o entendimento pretoriano: "(...) A conduta típica albergada no inciso I do art. 2º da Lei 8.137/90, consistente em fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, para eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento do tributo, trata-se de crime formal, vale dizer, independe de um resultado naturalístico para sua consumação, sendo que sua aplicabilidade se dá justamente naqueles casos em que a apuração fiscal identificou a omissão ou a declaração falsa antes do dano. A finalidade da conduta prevista no art. 2º, inciso I, é eximir-se do pagamento (total ou parcialmente) do tributo devido, de modo que, caso haja a descoberta anterior a produção do resultado pretendido (delito-fim previsto no art. 1º), pelos órgãos de fiscalização, estará configurado o delito do art. 2º (delito-meio). (...)".[122]

20.1. Bem jurídico tutelado.

O art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, visa à tutela do erário público, enquanto patrimônio administrado pela Fazenda Pública, especificamente da legítima expectativa de ingressos aos cofres da Receita. Justifica-se uma reprimenda mais branda nesse dispositivo, quando comparado com o art. 1º, pelo fato de se tratar de crime formal, que não depende da produção do resultado *supressão ou redução de tributo.*[123]

20.2. Sujeitos do crime.[124].

Sujeito ativo do crime do art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, é exclusivamente o sujeito passivo da obrigação tributária, sobre quem recai a obrigação tributária acessória de fazer, não fazer e de tolerar. Trata-se, portanto, de crime especial ou próprio.

O sujeito passivo desse delito é a pessoa jurídica de Direito Público titular da competência para instituir tributos e exigir o cumprimento da obrigação tributária, nos termos dos arts. 145 a 156 da Constituição Federal.

20.3. Tipo objetivo.

À exceção da produção do resultado *supressão ou redução de tributo,* o tipo objetivo do art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, é muito semelhante ao do inciso I do art. 1º. *Fazer declaração falsa* corresponde à *prestar declaração falsa. Omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos* assemelha-se à *omitir informação.* Por isso, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao inciso I do art. 1º.

A única diferença entre os dois dispositivos legais diz respeito ao fato de o art. 2º, inciso I, ser um pouco mais amplo que o tipo principal do art.

121. STJ, 5ª Turma, RHC 36.024/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/08/2015, DJe 01/09/2015.

122. STJ, 5ª Turma, REsp 1.177.354/MT, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/10/2013, DJe 25/10/2013.

123. Para mais detalhes acerca do assunto, consultar comentários ao art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90.

124. Para mais detalhes acerca do assunto, consultar comentários ao art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90.

1º, já que o legislador utiliza a expressão *empregar outra fraude*, verdadeira espécie de interpretação analógica para abranger qualquer outra conduta ardilosa praticada pelo agente com o objetivo de ludibriar o fisco para que possa se eximir, total ou parcialmente, do pagamento de tributo.

À evidência, esta fraude deve ser idônea a enganar a Administração Fazendária. Todavia, diversamente do que se dá com o crime de estelionato (CP, art. 171), não é necessário que a Administração Pública seja induzida ou mantida em erro. Na verdade, basta que a conduta fraudulenta do agente tenha idoneidade suficiente para enganar, para ludibriar, enfim, para induzir o fisco a erro. Ausente essa potencialidade lesiva, há de se reconhecer a verdadeira atipicidade da conduta, por se tratar de crime impossível em virtude da ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17).

Rendas, elemento normativo jurídico do tipo, são os valores recebidos que integram o patrimônio do beneficiário, como, por exemplo, salários, honorários, soldos, aluguéis, juros, lucros, arrendamento ou remuneração por serviços prestados. Enfim, é a totalidade da renda antes do pagamento dos tributos devidos (v.g., imposto de renda). Na dicção do CTN (art. 43, incisos I e II), *renda* é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ao passo que os *proventos de qualquer natureza* são os acréscimos patrimoniais não compreendidos como *renda*.

A expressão *bens* consiste em tudo o que seja útil para a satisfação de uma necessidade humana, podendo integrar o patrimônio ou a riqueza individual, sendo passível de apreciação econômica.

Por fim, *fatos* são os acontecimentos que possuem relevância tributária e aptos a criar, modificar ou extinguir direitos e/ou obrigações. Esta expressão possibilita a inclusão de todos os acontecimentos que gerem efeitos jurídico-tributários e que sejam objeto de declaração pelo sujeito passivo, ainda que não configurem *bens* ou *rendas*.

20.4. Tipo subjetivo.

O crime do art. 2º, inciso I, demanda não apenas a presença do dolo genérico, mas também do dolo específico "para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo". Por consequência, como se trata de crime formal, há de se reconhecer sua consumação com o mero emprego de fraude objetivando a supressão ou redução de tributo, resultado este que não está inserido no tipo penal, que, aliás, se ocorrer, acarretará a tipificação do crime do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90.

20.5. Consumação e tentativa.

Consuma-se o crime do art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, com a simples realização das condutas incriminadas, sendo dispensável a produção do resultado *supressão ou redução de tributo*.

Em relação à modalidade omissiva do inciso I do art. 2º não se admite a tentativa, visto que a conduta não pode ser fracionada quando se trata de crimes omissivos próprios, que são unissubsistentes, o que acaba inviabilizando o *conatus*. Quanto às demais modalidades, conquanto seja de difícil ocorrência, é possível o fracionamento da conduta, transformando-os em crimes plurissubsistentes, daí por que não se pode descartar a possibilidade de configuração da tentativa.

20.6. Classificação doutrinária.

O inciso I do art. 2º da Lei n. 8.137/90 pode ser classificado como: a) **crime próprio;** b) **crime formal** (existe um resultado, que, no entanto, não precisa ocorrer para que se verifique a consumação do delito); c) **crime de ação múltipla;** d) **crime unissubjetivo;** e) **crime plurissubsistente.**

> **II** - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

21. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA.

Denominado pela doutrina de *apropriação indébita tributária* – note o leitor que a Lei n. 8.137/90 não faz uso dessa rubrica –, o crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, guarda enorme semelhança com o crime de *apropriação indébita previdenciária*, previsto no art. 168-A do Código Penal ("Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional"). Na verdade, a única diferença entre os dois crimes é que este último, norma especial em relação àquele, possui objeto mais restrito – "contribuições devidas à previdência social". Por isso, muitos ensinamentos válidos para este delito (CP, art. 168-A) também são aplicáveis ao crime de apropriação indébita tributária.

Funcionando o crime de apropriação indébita previdenciária como norma especial em relação ao crime do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90,

é de se concluir que somente as contribuições de intervenção no domínio econômico e as contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas podem ser objeto deste delito, já que o não recolhimento da outra contribuição social – de seguridade social – tipifica o delito do art. 168-A.

Chama atenção a enorme desproporcionalidade entre as penas cominadas aos crimes de apropriação indébita previdenciária e apropriação indébita tributária. Enquanto ao crime do art. 168-A é cominada uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa, ao delito do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, aplica-se uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. A nosso juízo, o simples fato de se tratar de espécie de tributo diverso não é um critério razoável capaz de justificar tamanha desigualdade.[125]

21.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança dos crimes anteriores, o delito de apropriação indébita tributária também visa à tutela da ordem tributária, mais especificamente a legítima expectativa de ingressos ao erário público.

21.2. Constitucionalidade da criminalização da apropriação indébita tributária.

A Constituição Federal autoriza a prisão civil por dívida exclusivamente nos casos do *devedor de alimentos* e do *depositário infiel* (CF, art. 5º, LXVII), valendo ressaltar que, na visão dos Tribunais Superiores (STF, RE 466.343), esta última hipótese não encontra acolhida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, §7º), daí por que, atualmente, admite-se a prisão civil exclusivamente do devedor de alimentos. A propósito, eis o teor da súmula vinculante n. 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

Por isso, parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, sob o argumento de que o delito sob comento seria espécie de dívida do sujeito passivo da obrigação tributária, que teria descontado tributos, mas não teria repassado o montante ao seu respectivo titular. Levando-se em conta que ao referido delito é cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, ter-se-ia, então, verdadeira hipótese de prisão civil por dívida, violando-se, por consequência, o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal.[126]

Essa tese ganha ainda mais reforço se considerarmos que o crime do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, não tem a fraude como uma de suas elementares. Deveras, diversamente dos demais crimes tributários tipificados pela Lei n. 8.137/90, cuja tipificação invariavelmente envolve o engodo, o ardil, o artifício, a falsidade, enfim, subterfúgios para dificultar a apuração da hipótese de incidência pelo fisco, o crime de apropriação indébita sob comento restará caracterizado pelo simples fato de o agente deixar de recolher aos cofres públicos o valor referente aos tributos descontados ou cobrados.

Não obstante os argumentos da doutrina, a jurisprudência pátria ainda resiste em reconhecer a inconstitucionalidade da figura delituosa do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90. Isso porque o tipo penal não é *deixar de recolher tributo que devia ser cobrado, mas sim deixar de recolher tributo efetivamente cobrado ou descontado.* Como se pode notar, a reprovabilidade da conduta não se situa na ausência de pagamento de dívida, mas no fato de o agente cobrar ou descontar o tributo e não o recolher a quem de direito.[127] Não se trata, portanto, de prisão civil por dívida. Cuida-se de conduta ilícita que foi tipificada pelo legislador como crime. Tem-se, portanto, a possibilidade de imposição de uma pena privativa de liberdade pela prática de um crime. A propósito, em recente julgado (ARE 999.425 RG/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02/03/2017, DJe 50 15/03/2017), o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria para reafirmar sua jurisprudência no sentido de que os crimes previstos na Lei n. 8.137/90 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da CF.[128]

Na mesma linha, no julgamento de recurso ordinário em habeas corpus[129] no qual se discutia se a conduta de não recolhimento de ICMS próprio, regularmente escriturado e declarado pelo contribuinte, enquadra-se no tipo penal do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, concluiu o Plenário do Supremo, por maioria, que não haveria como se afastar a tipicidade da referida conduta, pelo menos em tese. No caso concreto, sócios e administradores de uma empresa declararam

125. Com entendimento semelhante: STOCO. Op. cit. p. 113.

126. É nesse sentido a lição de Hugo de Brito Machado (op. cit. p. 409-418).

127. Nesse contexto: LOVATTO. Op. cit. p. 129. Na mesma linha: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária.* 2ª ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1995. p. 95.

128. STF, 2ª Turma, HC 91.704/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 06/05/2008, DJe 112 19/06/2008. No sentido de que não existe nenhuma relação entre o crime de apropriação indébita previdenciária e a prisão civil por dívida: STF, 2ª Turma, AI 800.589 AgR/SC, Rel. Min. Ayres Britto, j. 26/10/2010, DJe 29 11/02/2011. De se lembrar que, em data de 3 de agosto de 1998, o Min. Celso de Mello negou liminar nos autos do HC 77.631/SC, afirmando a constitucionalidade do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

129. STF, Pleno, RHC 163.334/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 11/12/2019.

operações de venda ao Fisco, mas deixaram de recolher o ICMS relativamente a diversos períodos. Para o Relator, Min. Roberto Barroso, três premissas fundamentais seriam fundamentais para o equacionamento da matéria: (i) o Direito Penal deve ser sério, igualitário e moderado; (ii) o pagamento de tributos é dever fundamental de todo cidadão, na medida em que ocorra o fato gerador e ele exiba capacidade contributiva; e (iii) o mero inadimplemento tributário não deve ser tido como fato típico criminal, para que seja reconhecida a tipicidade de determinada conduta impende haver um nível de reprovabilidade especial que justifique o tratamento mais gravoso. Explicitou que o sujeito ativo do crime é o sujeito passivo da obrigação, que, na hipótese do ICMS próprio, é o comerciante. O objeto do delito é o valor do tributo. No caso, a quantia transferida pelo consumidor ao comerciante. O ponto central do dispositivo em apreço é a utilização dos termos "descontado" e "cobrado". Tributo descontado, não há dúvidas, refere-se aos tributos diretos. Já a expressão "cobrado" abarcaria o contribuinte nos tributos indiretos. Portanto, cobrado significa o tributo que é acrescido ao preço da mercadoria, pago pelo consumidor — contribuinte de fato — ao comerciante, que deve recolhê-lo ao Fisco. O consumidor paga mais caro para que o comerciante recolha o tributo à Fazenda estadual. O ministro salientou que o valor do ICMS cobrado em cada operação não integra o patrimônio do comerciante, que é depositário desse ingresso de caixa. Entendimento coerente com o decidido pelo STF no RE 574.706 (Tema 69 da Repercussão Geral). Oportunidade na qual assentado que o ICMS não integra o patrimônio do sujeito passivo e, consequentemente, não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins. Dessa maneira, a conduta não equivale a mero inadimplemento tributário, e sim à apropriação indébita tributária. A censurabilidade está em tomar para si valor que não lhe pertence. Para caracterizar o tipo penal, a conduta é composta da cobrança do consumidor e do não recolhimento ao Fisco. Ao versar sobre a interpretação teleológica, o ministro observou que são financiados, com a arrecadação de tributos, direitos fundamentais, serviços públicos, consecução de objetivos da República. No país, o ICMS é o tributo mais sonegado e a principal fonte de receita própria dos estados-membros da Federação. Logo, é inequívoco o impacto da falta de recolhimento intencional e reiterado do ICMS sobre o erário. Considerar crime a apropriação indébita tributária produz impacto relevante sobre a arrecadação. Também a livre iniciativa é afetada por essa conduta. Empresas que sistematicamente deixam de recolher o ICMS colocam-se em situação de vantagem competitiva em relação as que se comportam corretamente. No mercado de combustíveis, por exemplo, são capazes de alijar os concorrentes que cumprem suas obrigações. O ministro esclareceu que a oscilação da jurisprudência do STJ afirmando a atipicidade da conduta adversada fez com que diversos contribuintes passassem a declarar os valores devidos, sem recolhê-los. Houve uma "migração" do crime de sonegação para o de apropriação indébita e não é isso que o direito deseja estimular. No tocante às consequências do reconhecimento da tipicidade sobre os níveis de encarceramento no país, aduziu que é virtualmente impossível alguém ser efetivamente preso pelo delito de apropriação indébita tributária. A pena cominada é baixa, portanto, são cabíveis transação penal, suspensão condicional do processo e, em caso de condenação, substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direito. Demais disso, é possível a extinção da punibilidade se o sonegador ou quem tenha se apropriado indevidamente do tributo quitar o que devido. Assentada a possibilidade do delito em tese, o relator assinalou que o crime de apropriação indébita tributária não comporta a modalidade culposa. É imprescindível a demonstração do dolo e não será todo devedor de ICMS que cometerá o delito. O inadimplente eventual distingue-se do devedor contumaz, este faz da inadimplência tributária seu modus operandi. O relator consignou que o dolo da apropriação deve ser apurado na instrução criminal, pelo juiz natural da causa, a partir de circunstâncias objetivas e factuais, tais como a inadimplência reiterada, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de "laranjas", a falta de tentativa de regularização de situação fiscal, o encerramento irregular de atividades com aberturas de outras empresas.

21.3. Núcleo do tipo.

O núcleo do tipo penal é "deixar de recolher", no sentido de "deixar de repassar". O agente tem a obrigação de recolher e se omite, não efetua o pagamento daquilo que deveria recolher aos cofres públicos. A figura penal alcança apenas o não recolhimento, que é diferente de atraso ou recolhimento em atraso ou fora do prazo legal, pois, nesses casos, há o cumprimento da obrigação.

Enfim, o que o legislador objetiva punir é a ausência de recolhimento e não um simples atraso.

Numa primeira conduta, de natureza comissiva, o agente desconta ou cobra, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, o valor do tributo. A segunda conduta, por sua vez, tem natureza omissiva, e corresponde a "deixar de recolher" aquele montante cobrado ou descontado, que devia ser recolhido aos cofres públicos. Classifica-se, portanto, como crime omissivo próprio ou puro, porquanto a consumação ocorre no exato momento em que o agente deixa de recolher os valores cobrados ou descontados aos cofres públicos.

Trata-se de lei penal em branco homogênea, que deve ser complementada pela legislação tributária no que diz respeito ao *prazo legal* para o repasse dos tributos descontados ou cobrados na qualidade de sujeito passivo da obrigação.

O inciso II do art. 2º faz referência ao tributo *descontado* ou *cobrado*. Às vezes, a norma tributária transfere a responsabilidade pelo pagamento do tributo, transferindo tal encargo a outrem, que passa a ser sujeito passivo da obrigação, impondo-lhe o dever de cobrar ou de descontar o tributo antecipadamente.

O termo *desconto* consiste no procedimento contábil por meio do qual o responsável tributário, que tem o dever instrumental de arrecadar o valor correspondente ao tributo devido pelo contribuinte, abate uma parcela da quantia paga a este, por ocasião da entrega de uma remuneração que configure fato imponível tributário.

Tributo *descontado* é aquele que se dá mediante a retenção na fonte. É a legislação tributária de cada entidade política que define os casos de retenção na fonte.

Especificamente quanto ao imposto de renda, que é *descontado*, a fonte pagadora do rendimento (v.g., empregador) tem a obrigação de reter uma parcela desse rendimento e fazer o repasse à União. Na eventualidade de ser feito o desconto, deixando-se, todavia, de se proceder ao devido repasse, consuma-se o crime do art. 2º, II, e o sujeito ativo será o responsável tributário, já que o tributo foi descontado do empregado.

A *cobrança*, por sua vez, consiste na exigência feita pelo credor ao devedor para o cumprimento da prestação que constitui o objeto da relação jurídica de caráter obrigacional estabelecida entre eles. Cuida-se de uma obrigação tributária acessória imposta ao contribuinte de tributos indiretos, leia-se, aqueles cuja carga econômica o contribuinte pode repassar a terceiros, como, por exemplo, o ICMS, e que deverá ser cumprida quando da realização do fato gerador. De se ver, então, que a *cobrança* do tributo decorre do regime de substituição tributária (CF, art. 150, §7º), que autoriza o legislador ordinário a nomear como responsável tributário pessoa indiretamente vinculada ao fato gerador de obrigação tributária para dela exigir o pagamento antecipado do imposto com base no fato gerador presumido.

É o que ocorre, por exemplo, com o imposto sobre a importação. Nas hipóteses em que uma determinada operação está sujeita à cobrança de IPI – a título de exemplo, a aquisição de uma mercadoria –, o consumidor paga não apenas o valor do bem, mas também o *quantum* devido a título de IPI. Se o valor *cobrado* em razão do IPI, que não pertence ao vendedor, não for repassado à União, ter-se-á como consumado o crime do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

A conduta de não recolher ICMS em operações próprias ou em substituição tributária também se enquadra formalmente no tipo previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 (apropriação indébita tributária), desde que comprovado o dolo. Adotando como premissa o fato de que se atribuiu *informalmente* a indicação marginal de "apropriação indébita tributária" ao crime previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 assemelhando-o ao delito de apropriação indébita, torna-se impositivo reconhecer que as características essenciais deste último ilícito também compõem, *mutatis mutandis*, o crime tributário, sob pena de lhe creditar uma rubrica informal que não se coaduna com a essência da apropriação indébita. Nesse caminho, resumem-se quatro aspectos essenciais que devem compor a prática do crime intitulado de "apropriação indébita tributária": 1º) Em razão da inexistência de clandestinidade no delito de apropriação indébita, que pressupõe, como elemento estrutural, a posse lícita e legítima da coisa alheia móvel, conclui-se de igual forma que, para o delito de "apropriação indébita tributária", o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito; 2º) O sujeito ativo é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que não distingue o sujeito passivo direto do indireto da obrigação tributária e, por isso, nada impede que o sujeito ativo do crime possa ser, ao menos em tese, tanto o contribuinte (sujeito passivo direto da obrigação

tributária) quanto o responsável tributário (sujeito passivo indireto da obrigação tributária); 3º) Exige, para sua configuração, que a conduta seja dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo; 4º) A descrição típica do crime contém a expressão "valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, haja vista que nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição. Em relação a esse último aspecto é de fundamental importância que se esclareça o alcance dos termos "descontado" e "cobrado" de que trata do referido dispositivo legal. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo "descontado" é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo "cobrado" deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em regra, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito, na medida em que o valor do tributo é repassado ao consumidor final.[130]

21.4. Elemento subjetivo.

É o dolo. Conquanto o crime seja rotulado por alguns doutrinadores como uma espécie de apropriação indébita tributária, é equivocado acreditar que tal delito guarde certas semelhanças com o crime comum de apropriação indébita previsto no art. 168 do Código Penal ("Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção"). Diversamente do que ocorre em relação ao crime patrimonial, a tipificação do crime tributário sob comento não demanda a presença de um especial fim de agir, consistente no ânimo de assenhoreamento definitivo (*animus rem sibi habendi*). Com efeito, o núcleo do tipo do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, é "deixar de recolher", e não "apropriar-se".[131]

Como já se pronunciou a 1ª Turma do STF, "(...) basta, para configurar o dolo inerente ao crime capitulado no art. 2º, II, da Lei nº 8.137-90, a vontade livre e consciente de não recolher, aos cofres públicos, o produto dos valores descontados, a título de imposto sobre a renda, dos salários da empresa de que são os pacientes diretores. (...)".[132]

Não se admite a modalidade culposa.

21.5. Sujeitos do crime.

A própria redação do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, deixa transparecer que se trata de crime próprio, que exige uma qualidade especial do agente, qual seja, sujeito passivo da obrigação tributária responsável pelo desconto ou pela cobrança dos tributos, que pode ser tanto a pessoa física responsável pelo pagamento do tributo como o próprio contribuinte.

A depender da espécie tributária, o sujeito passivo pode ser a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, ou até mesmo as autarquias criadas por algumas dessas pessoas jurídicas. Em se tratando de contribuições sociais, o sujeito passivo será o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

21.6. Consumação e tentativa.

Para a doutrina, sempre prevaleceu o entendimento de que, à semelhança do crime de apropriação indébita previdenciária previsto no art. 168-A do CP ("Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional"), ter-se-ia no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, uma espécie de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado. O delito estaria consumado, portanto, com a simples realização da conduta "deixar de recolher", que se daria com o vencimento do prazo legal para recolhimento do tributo descontado ou cobrado, ainda que não houvesse a superveniência de qualquer resultado lesivo ao sujeito ativo da obrigação tributária.

Recentemente, porém, o Plenário do Supremo Tribunal Federal alterou a jurisprudência até então pacífica quanto à matéria para concluir que o delito

130. Nesse contexto: STJ, 3ª Seção, HC 399.109/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 22/08/2018, DJe 31/08/2018.

131. Em sentido diverso, Bitencourt (op. cit. p. 181) sustenta que a tipificação do crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, demanda o *animus rem sibi habendi*, ou seja, que o agente tenha agido como se tivesse se apropriado do dinheiro que não lhe pertencia.

132. STF, 1ª Turma, HC 76.044/RS, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 31/10/1997, DJ 19/12/1997. Com raciocínio semelhante, fazendo menção, todavia, ao crime do art. 168-A do CP: "(...) Ao contrário do crime de apropriação indébita comum, o delito de apropriação indébita previdenciária não exige, para sua configuração, o *animus rem sibi habendi*. (...)". (STF, 2ª Turma, RHC 88.144/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 04/04/2006, DJ 02/06/2006). Na mesma linha: "(...) o delito de apropriação indébita previdenciária constitui crime omissivo próprio, que se perfaz com a mera omissão de recolhimento da contribuição previdenciária dentro do prazo e das formas legais, prescindindo, portanto, do dolo específico". (STJ, 3ª Seção, EREsp 1.296.631/RN, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11/09/2013, DJe 17/09/2013). E ainda: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 868.944/CE, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS –, j. 01/09/2011, DJe 12/09/2011.

de apropriação indébita previdenciária é espécie de crime material, do que deriva a conclusão de que a persecução penal desse delito está condicionada à decisão final do procedimento administrativo de lançamento. Logo, à semelhança dos demais crimes materiais contra a ordem tributária, a consumação dar-se-á com o exaurimento da instância administrativa. Eis o teor do julgado: "(...) APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - CRIME - ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. INQUÉRITO - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e - ante o princípio da não contradição, o princípio da razão suficiente - a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado".[133]

Sob pena de violação ao princípio da isonomia, parece-nos que esse mesmo raciocínio deve ser aplicado para o crime de apropriação indébita tributária. Ante a semelhança entre os dois tipos penais, que se diferenciam tão somente em virtude da espécie de tributo não recolhido, não há por que não se aplicar o mesmo regramento para fins de se concluir que o crime do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, também tem natureza material, consumando-se, pois, com o lançamento definitivo.[134]

Pelo menos em tese, não se admite a tentativa do crime do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, já que se trata de crime omissivo próprio ou puro, e, portanto, unissubsistente. Em outras palavras, ou o sujeito deixa de repassar ao sujeito ativo da relação tributária os tributos descontados ou cobrados no prazo legal, hipótese em que o crime estará consumado, ou então ele efetua regularmente o repasse, e não há falar em crime de apropriação indébita tributária.

21.7. Prévio esgotamento da instância administrativa.

Se o crime do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, fosse considerado formal, não haveria necessidade da decisão final do procedimento administrativo de lançamento para que tivesse início a persecução penal. Todavia, a partir do momento em que o STF passou a tratar os crimes de apropriação indébita de tributos como crimes materiais (Inq. 2.537), forçoso é concluir que o esgotamento da instância administrativa passou a funcionar, pelo menos em relação a tais delitos, como verdadeira condição objetiva de punibilidade, cujo não implemento inviabiliza a deflagração da *persecutio criminis*, seja na fase investigatória, seja na fase judicial.

Nesse contexto, referindo-se, porém, ao crime do art. 168-A: "(...) Enquanto houver processo administrativo questionando a existência, o valor ou a exigibilidade de contribuição social, atípica é a conduta prevista no artigo 168-A do Código Penal que tem, como elemento normativo do tipo a existência da contribuição devida a ser repassada. Não importa violação à independência das esferas administrativa e judiciária o aguardo da decisão administrativa, a quem cabe efetuar o lançamento definitivo. Ordem concedida para suspender o inquérito policial até o julgamento definitivo do processo administrativo".[135]

21.8. Classificação doutrinária.

O crime de apropriação indébita tributária pode ser classificado como: a) **crime próprio (ou especial);** b) **crime formal:** é nesse sentido a orientação da doutrina. Na visão do STF, todavia, o crime de apropriação indébita tributária é espécie de **crime material**, daí por que sua persecução penal está condicionada à conclusão do procedimento administrativo-fiscal de lançamento; c) **crime de ação única:** contém uma única modalidade de conduta, consubstanciada no verbo *deixar de recolher;* d) **crime unissubjetivo:** é cometido por uma única pessoa; e) **crime unissubsistente:** a conduta é composta por um único ato.

> **III** - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

22. CRIME TRIBUTÁRIO DO ART. 2º, INCISO III, DA LEI N. 8.137/90.

Segundo Luiz Regis Prado, incentivo fiscal "é o subsídio outorgado pelo Estado, na forma de

133. STF, Pleno, Inq. 2.537 AgR/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/03/2008, DJe 107 12/06/2008.

134. Em recente julgado, a 6ª Turma do STJ (HC 236.376/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/11/2012, DJe 01/02/2013) concluiu que o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional em relação ao crime previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, é o momento da constituição definitiva do crédito tributário. Concluiu, ademais, que a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco (súmula n. 436 do STJ). Logo, deve ser considerado como termo inicial da contagem do prazo prescricional o momento em que houve a declaração do acusado perante o Fisco, e não o momento em que o débito foi inscrito em Dívida Ativa.

135. STJ, 6ª Turma, HC 128.672/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/05/2009, DJe 18/05/2009. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 146.013/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/10/2009, DJe 09/11/2009.

renúncia de parte de sua receita tributária, em troca do investimento em atividades, empreendimentos ou operações de seu interesse e por ele impulsionadas (v.g., como forma de diminuir a poluição, o governo reduz a alíquota do imposto sobre produtos industrializados para investimento na compra e instalação de filtros antipoluentes pela empresa). Tem como escopo atuar como fator de promoção do desenvolvimento econômico do país, uma vez que existem diferenças regionais e, não obstante o princípio constitucional da uniformidade tributária, admite-se a concessão de incentivos fiscais visando a estabelecer o equilíbrio socioeconômico entre essas regiões".[136]

Funcionam, pois, como espécie de subsídio concedido pelo Estado por meio de renúncia de parte da receita tributária auferida pelo pagamento de tributos, para que o beneficiário utilize esse dinheiro em atividades cujo desenvolvimento é de interesse do Estado. A título de exemplo, o art. 151, inciso I, da Constituição Federal, autoriza à União a conceder *incentivos fiscais* destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País.

O incentivo fiscal ou tributário corresponde, portanto, à renúncia tributária, conceituada pelo art. 14, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, nos seguintes termos: "A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado".

Dois sistemas distintos podem ser usados para a implementação desses incentivos fiscais:[137]

a) criação de condições diferenciadas para o pagamento dos tributos incidentes sobre a atividade econômica ou estabelecimento de mecanismos que acarretem a diminuição da carga tributária respectiva (v.g., isenções, alíquotas diferenciadas);

b) participação do sujeito passivo da obrigação, com a possibilidade de deduzir do valor a ser pago, a título de tributo, uma parcela de valor investido em determinada atividade (v.g., cultura) ou mediante destinação específica do tributo a determinada atividade. Para tanto, o sujeito passivo atribui, na declaração de apuração, uma parcela do valor devido, a fim de que o Estado o repasse para a referida finalidade.

136. Op. cit. p. 442.

137. Nessa linha: PRADO. Op. cit. p. 443.

O art. 2º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, objetiva punir eventuais desvios de destinação dos recursos oriundos de incentivos que tenham por objeto impostos ou contribuições.

Pelo fato de o tipo penal sob comento fazer uso dos verbos "exigir" e "receber", parte da doutrina aponta certa semelhança entre esse crime e os delitos de concussão e corrupção passiva, previstos, respectivamente, nos arts. 316 e 317 do Código Penal, com a diferença de que o crime do art. 2º, inciso III, é crime de particular, já que os crimes funcionais contra a ordem tributária estão previstos no art. 3º da Lei n. 8.137/90. Logo, poderá ser praticado pelo contribuinte ou por terceiro, como, por exemplo, o fornecedor do serviço ou mesmo um intermediário.

22.1. Tipo objetivo.

Há 3 (três) condutas incriminadas no art. 2º, inciso III, da Lei n. 8.137/90:

a) **exigir**: consiste em ordenar, impor como obrigação. Diferencia-se do crime de concussão (CP, art. 316), pois o sujeito ativo é particular. Logo, não pode se aproveitar do temor proporcionado à vítima em decorrência dos poderes inerentes ao cargo público por ele ocupado (*metus publicae potestatis*). A título de exemplo, suponha-se que o beneficiário de algum tipo de incentivo fiscal exija do contribuinte uma parcela daquilo que seria dedutível, como, por exemplo, o responsável por uma entidade filantrópica que exige uma parte do valor que o doador poderá descontar do imposto de renda para conceder o documento de que ele necessita para lograr êxito na dedução do IR;

b) **pagar:** nesse caso, o agente efetua o pagamento de determinada quantia ao agente responsável pela emissão de documento comprobatório de incentivo fiscal, geralmente com o objetivo de conseguir subsequente redução do tributo devido. Logicamente, como se trata, o crime do art. 2º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, de norma subsidiária em relação ao crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90, é de se concluir que, aperfeiçoado este delito com o resultado *supressão* ou *redução de tributo*, dar-se-á a absorção daquele *crime de passagem* pelo crime de sonegação fiscal;

c) **receber:** consiste em entrar na posse de um bem, aceitando a entrega efetuada por outrem. No caso específico do art. 2º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, o agente recebe uma determinada quantia de modo a fornecer o documento comprobatório de doação que permitirá a redução do valor do tributo devido.

O inciso III do art. 2º diz respeito ao incentivo fiscal na modalidade de dedução da base de cálculo do tributo do valor aplicado em determinadas atividades incentivadas (v.g., cultura, modernização tecnológica, etc.).

A expressão *percentagem* sobre parcela *dedutível* ou *deduzida* significa que o objeto da ação tanto pode ser um percentual já subtraído (deduzido) do montante do incentivo fiscal concedido como um percentual a ser subtraído (dedutível) no futuro.

22.2. Tipo subjetivo.

O art. 2º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, faz uso da expressão "para si ou para o contribuinte beneficiário", do que se conclui que, para além do dolo genérico, também se faz necessário o ânimo de apropriação.

22.3. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo desse delito é aquele que exige, paga ou recebe, para si ou para contribuinte beneficiário, qualquer porcentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do tributo como incentivo fiscal.

Cuida-se de crime comum. Como observa Bitencourt, "o sujeito ativo do crime do art. 2º, III, não é, portanto, nem o contribuinte, nem o funcionário público, mas uma espécie de lobista ou intermediador que agencia negociando a concessão de incentivos fiscais, estipulando extorsivamente uma espécie de comissão pelo serviço prestado, que é calculada sobre a base de percentuais que incidem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal".[138]

Este *contribuinte beneficiário* deve ser compreendido como aquele que praticou o fato gerador, do qual resultou a obrigação de pagar o tributo, tendo, porém, optado pela dedução de parcela desse montante, direcionando-o para certa atividade incentivada, como, por exemplo, a cultura.[139]

Especificamente em relação aos verbos *exigir* e *receber*, o sujeito ativo desse delito pode ser tanto o funcionário público quanto um terceiro intermediador. Todavia, se o autor da conduta for um funcionário público, o crime do art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, que abrange a exigência ou recebimento de vantagem indevida, prevalece sobre o delito do art. 2º, inciso III, da Lei n. 8.137/90 em virtude do princípio da especialidade.[140]

Sujeito passivo, por sua vez, é o ente político outorgante do incentivo fiscal, o beneficiário do incentivo e a sociedade em geral, que deixa de usufruir dos efeitos da atividade incentivada na proporção da porcentagem indevidamente auferida pelo agente ou pelo próprio contribuinte incentivado.[141]

22.4. Consumação e tentativa.

Em relação ao verbo "exigir", cuida-se de crime formal, que se consuma com a efetiva exigência, ainda que o valor não seja efetivamente recebido pelo agente. Pelo menos em tese, não se admite a tentativa, salvo quando a exigência for praticada por escrito. Quanto aos demais verbos – "pagar" e "receber" –, trata-se de crime material, admitindo-se, pois, a tentativa.

22.5. Classificação doutrinária.

Cuida-se de **crime comum**, de **mera conduta** (o tipo penal descrê apenas a conduta do agente e não impõe a realização de um resultado material como requisito para a consumação do delito), de **ação múltipla ou de conteúdo variado**, **unissubjetivo** e **unissubsistente,** no caso do verbo *exigir*, ou **plurissubsistente,** nas modalidades de *pagar* e *receber*.

> **IV** - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

23. CRIME TRIBUTÁRIO DO ART. 2º, IV, DA LEI N. 8.137/90.

Como visto anteriormente, para fins de desenvolvimento político e financeiro de determinadas regiões, ou objetivando o incremento de certos setores da atividade econômica, é relativamente comum a criação de incentivos fiscais. Ocorre que nem sempre esses incentivos são aplicados de acordo com o quanto pactuado. Daí a existência do tipo penal incriminador do art. 2º, inciso IV, da Lei n. 8.137/90, que visa coibir o *desvio de finalidade* no

138. Op. cit. p. 190.

139. Recentemente descobriu-se que os benefícios fiscais da Lei Rouanet (Lei n. 8.313/91), que deveriam ser usados como incentivos a projetos culturais, vinham sendo desviados para fins particulares.

140. A propósito: BITENCOURT. Op. cit. p. 189.

141. Nesse contexto: HARADA, Kiyoshi. Op. cit. p. 253.

que diz respeito à aplicação de incentivos fiscais concedidos.

A entrada em vigor do crime do art. 2º, inciso IV, da Lei n. 8.137/90, acarretou a revogação do art. 14 da Lei n. 7.505/86 ("Obter redução do imposto de renda, utilizando-se fraudulentamente de qualquer dos benefícios desta Lei, constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) meses e multa"). *In casu*, não há falar em *abolitio criminis*, já que a conduta delituosa não deixou de ser crime. Simplesmente migrou de um dispositivo legal para outro. Aplica-se, *in casu*, o princípio da continuidade normativo-típica.

23.1. Sujeitos do crime.

De regra, os incentivos fiscais são concedidos a pessoas jurídicas. Ocorre que os entes fictícios não estão sujeitos à responsabilidade penal. Logo, o sujeito ativo desse delito é a pessoa física responsável pela empresa que recebeu o incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento. Cuida-se, portanto, de crime próprio, que exige uma qualidade especial do agente.

Sujeito passivo, de seu turno, é a sociedade, que deixa de se beneficiar das medidas objetivadas pelos incentivos fiscais. De maneira indireta, também há prejuízo à entidade outorgante do incentivo fiscal, que deixa de realizar parte da receita pública derivada sem a esperada contrapartida do beneficiário do incentivo fiscal.

23.2. Tipo objetivo.

Na visão da doutrina, a expressão *incentivo fiscal* constante do inciso IV do art. 2º da Lei n. 8.137/90, é bem mais abrangente do que aquela referida no inciso III. Abrange "todo favor fiscal outorgado ao contribuinte como contrapartida de fomento da atividade pretendida pelo poder público. São os casos de isenção condicionada do IPTU para implantação de um complexo industrial no Município; de redução tributária para modernização de equipamentos industriais; de recebimento de créditos presumidos para exportação de produtos manufaturados, etc.".[142]

Como já se pronunciou o STJ, "(...) a prática de fraude com o intuito de obter liberação de parcelas de financiamento de fundo de investimento constitui a figura de um só crime – uma só figura penal autônoma –, aquela prevista na Lei nº 8.137/90, art. 2º, IV. Não se trata, pois, de obtenção de vantagem ilícita, com induzimento ou manutenção de alguém em erro, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento, e sim de malversação de recursos. Ademais, deve o estelionato ser absorvido pelo desvio e/ou apropriação, aquele previsto no Cód. Penal, este na Lei nº 8.137/90, tal e qual o que ocorre quanto ao falso. Isso porque a lei nova substituiu a precedente, a que sujeitava os responsáveis por infrações às penas previstas no art. 171 do Cód. Penal; então, se uma substituiu a outra, prevalece a lei nova, e nela a figura penal é autônoma, vale por completo e por si só. Ordem concedida para se declarar o estelionato absorvido pelo crime contra a ordem tributária, extinguindo-se, consequentemente, a ação penal pela prescrição da pretensão punitiva".[143]

Órgão ou entidade de desenvolvimento é aquele responsável pela liberação dos incentivos fiscais e/ou das parcelas de imposto. Inserem-se nesse contexto o ente público e/ou aquele criado pelo Poder Público para se responsabilizar pelo estabelecimento das políticas públicas de desenvolvimento geoeconômico da área ou região estabelecidas em lei.[144]

23.3. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título doloso. Não há necessidade de dolo específico.

23.4. Consumação e tentativa.

A primeira conduta incriminada é *deixar de aplicar*. Classifica-se, nesse caso, como crime omissivo próprio ou puro. O modelo legal descreve um comportamento negativo, pois a omissão está contida no próprio tipo penal. O crime estará consumado no exato momento em que se expirar

142. HARADA, Kiyoshi. Op. cit. p. 256.

143. STJ, 6ª Turma, HC 88.617/TO, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 17/06/2008, DJe 29/09/2008. Em sentido semelhante: "(...) A jurisprudência desta corte é no sentido de que 'a malversação dos recursos oriundos do FINAM e administrados pela SUDAM se amoldam ao tipo penal previsto no art. 2.º, IV, da Lei n.º 8.137/90 e não ao do art.171, § 3º, do Código Penal' (AgRg no AREsp 739.630/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/06/2016). Em relação a conduta de falsificação de documentos, visando à liberação das parcelas do financiamento de projetos de desenvolvimento da Amazônia, esta Corte também firmou entendimento de que ficam absorvidos os crimes de falsificação, ainda que estes possuam penas mais graves, desde que realizados unicamente como meio para a realização do delito do art. 2º, IV, da Lei 8.137/1990. (...)". (STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 897.927/TO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/08/2016, DJe 29/08/2016). Com entendimento semelhante: STJ, 6ª Turma, HC 103.055/TO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28/04/2009, DJe 18/05/2009. No sentido de que a malversação dos recursos administrativos pela Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM – se amolda ao tipo penal previsto no art. 2º, IV, da Lei n. 8.137/90 e não ao do art. 171, §3º, do Código Penal: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 897.927/TO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/08/2016, DJe 29/08/2016; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 739.630/TO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/06/2016, DJe 29/06/2016; STJ, 5ª Turma, HC 178.011/AM, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14/02/2012, DJe 26/03/2012.

144. PRADO. Op. cit. p. 445.

o prazo para a aplicação do incentivo fiscal. Nesse caso, não há falar em tentativa, já que os crimes omissivos próprios são unissubsistentes.

A segunda conduta incriminada é *aplicar em desacordo com o estatuído*. Cuida-se de lei penal em branco homogênea, que deve ser complementada pela legislação tributária no que diz respeito à forma de aplicação do incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento. Funcionando como espécie de crime plurissubsistente, não se pode descartar a possibilidade de tentativa.

23.5. Classificação doutrinária.

O crime do art. 2º, inciso IV, da Lei n. 8.137/90, pode ser classificado como espécie de **crime próprio**, de **mera conduta**, de **ação múltipla ou de conteúdo variado**, **unissubjetivo**, **unissubsistente**, quando a conduta for omissiva, e **plurissubsistente**, quando a conduta consistir em *aplicar em desacordo*.

> **V** - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.
>
> **Pena** - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

24. CRIME TRIBUTÁRIO DO ART. 2º, INCISO V, DA LEI N. 8.137/90.

De regra, os atos preparatórios não são puníveis, uma vez que o nosso Código Penal exige o *início da execução* para que o agente seja punido ao menos pela prática do crime na modalidade tentada (CP, art. 14, II). No entanto, algumas vezes, o legislador transforma esses atos, que seriam meramente preparatórios, em *tipos penais especiais*, fugindo à regra geral. De sorte que esses atos, que teoricamente seriam preparatórios, constituem, por si mesmos, figuras delituosas (v.g., petrechos para falsificação de moeda).

É o que ocorre com o crime do art. 2º, inciso V, da Lei n. 8.137/90, que tipifica a conduta de "utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública". Cuida-se de uma espécie de contabilidade paralela, usualmente conhecida como "caixa dois".

Mais uma vez, trata-se de verdadeiro soldado de reserva em relação ao crime progressivo do art. 1º da Lei n. 8.137/90, no sentido de que sua tipificação ocorrerá apenas quando não houver a supressão ou redução do tributo. Deveras, se a utilização de programa de processamento de dados com informações contábeis diversas daquelas que são fornecidas à Fazenda Pública permitir que o agente obtenha o resultado *supressão ou redução de tributo*, o crime do art. 2º, inciso V, da Lei n. 8.137/90 será absorvido pelo delito do art. 1º com base no princípio da consunção.

24.1. Sujeitos do delito.

Sujeito ativo é aquele que utiliza ou divulga o programa de processamento de dados capaz de permitir ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela fornecida à Fazenda Pública. Em relação ao verbo *utilizar*, o sujeito ativo será apenas o contribuinte ou responsável tributário, hipótese em que o crime será próprio. Quanto ao verbo *divulgar*, o crime pode ser praticado por qualquer pessoa (v.g., programador informático). Logo, cuida-se de crime comum.

Sujeito passivo do delito é a pessoa jurídica destinatária do tributo não recolhido.

24.2. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo é representado pelos seguintes verbos:

a) **utilizar**: significa empregar, fazer uso do programa;

b) **divulgar**: equivale a publicar, propagar, oferecer, difundir a existência e a finalidade do programa, com intenção comercial, de fornecimento.

A conduta típica consiste em valer-se o sujeito passivo da obrigação tributária de um programa de dados mais completo e benéfico do que o fornecido pela Fazenda Pública, mediante a elaboração de informações contábeis diversas daquelas que deveria conter por força de lei (contabilidade dupla ou paralela). Não se trata de uma diversidade enganosa que possa levar o contribuinte a erro, mas sim de programa de processamento de dados diverso mais benéfico, do qual possam ser por ele auferidas vantagens.[145]

Segundo o art. 1º da Lei n. 9.609/98, *programa de processamento de dados, software* ou programa de computador é a "expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada em suporte físico de qualquer natureza,

145. PRADO. Op. cit. p. 445.

de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados".

24.3. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título doloso. Prevalece o entendimento de que o tipo penal não possui um especial fim de agir. Não se admite a modalidade culposa.

24.4. Consumação e tentativa.

Seja na modalidade de *utilizar*, seja na modalidade de *divulgar*, o crime prescinde, para fins de consumação, da produção do resultado *supressão ou redução de tributo*. A simples utilização ou divulgação, isoladamente considerada, já é suficiente para a consumação do delito. O verbo *utilizar* é tido como unissubsistente, daí por que não admite o *conatus*. O verbo *divulgar* é plurissubsistente, razão pela qual se admite a tentativa.

A propósito, confira-se o entendimento do STJ: "(...) No caso dos autos, os recorrentes foram acusados de criar e divulgar software capaz de suprimir tributos, não havendo na inicial qualquer descrição acerca da efetiva sonegação de impostos por parte dos acusados, já que se trata de delito formal contra a ordem tributária, previsto no artigo 2º, inciso V, da Lei 8.137/1990, razão pela qual não têm incidência na hipótese as disposições contidas nos artigos 68 da Lei n. 11.941/09 e 6º da Lei n. 12.382/11. O delito atribuído aos recorrentes, previsto no artigo 2º, inciso V, da Lei n. 8.137/90, incrimina a conduta de (...), ou seja, a simples divulgação de um instrumento informático capaz de proporcionar a sonegação fiscal por parte de seus usuários. (...) Da leitura da exordial em apreço, verifica-se que o Ministério Público asseverou que a comercialização do produto informático desenvolvido pela empresa dos recorrentes teria resultado de ajuste perene entre os acusados, liame evidenciado pela fabricação de sucessivas versões do software e contínuas apresentações de pedidos de registro ao Fisco, todos formulados mediante requerimentos ideologicamente falsos, narrativa que contém a descrição do delito de quadrilha, razão pela qual não se verifica qualquer nulidade na peça vestibular. Recurso desprovido".[146]

146. STJ, 5ª Turma, RHC 37.132/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

24.5. Classificação doutrinária.

Cuida-se de **crime próprio**, em relação ao verbo *utilizar*; **comum**, quanto à modalidade *divulgar*. Funciona, ademais, como **crime de mera conduta**, pois o tipo penal não requer a produção de resultado, de modo que basta a mera realização dos comportamentos ali descritos para se caracterize o delito. Também se trata de **crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**, **unissubjetivo** e **unissubsistente**, quanto ao verbo *utilizar*, ou **plurissubsistente**, quanto à modalidade *divulgar*. Cuida-se, por fim, de **crime de perigo**, pois se consuma independentemente de um efetivo dano ao Erário.

Seção II
Dos crimes praticados por funcionários públicos

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I):

(...)

25. CRIMES FUNCIONAIS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA.

A Seção II do Capítulo I da Lei n. 8.137/90, que abrange apenas o art. 3º, versa sobre os crimes praticados por funcionários públicos. Todavia, para fins de tipificação desses crimes, funcionário público é aquele cujo emprego, cargo ou função tenha relação com a administração do erário público.

A propósito, basta observar que todos os incisos do art. 3º fazem menção à relação entre a conduta do funcionário público e a atividade arrecadadora do Estado: a) no inciso I, o legislador relaciona o extravio de livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, ao pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; b) no inciso II, a conduta incriminada deve repercutir no lançamento ou cobrança de tributo ou contribuição social; c) por fim, no inciso III, o legislador faz referência explícita ao patrocínio de interesse privado perante a administração fazendária.[147]

Em caso de conflito aparente de normas, os crimes do art. 3º, incisos I, II e III, da Lei n. 8.137/90, devem prevalecer em detrimento das figuras delituosas dos crimes de extravio, sonegação

147. Nessa linha: BITENCOURT. Op. cit. p. 213.

ou inutilização de livro ou documento (CP, art. 314), concussão e corrupção passiva (CP, arts. 316 e 317), e advocacia administrativa (CP, art. 321), respectivamente, em virtude do princípio da especialidade.

Enfim, o que se tem no art. 3º são *tipos especiais* em relação àqueles previstos no Código Penal, com duas diferenças em particular:

a) para fins de aplicação do art. 3º da Lei n. 8.137/90, ao conceito de funcionário público constante do art. 327 do Código Penal deve ser acrescentada a particularidade de que se trata de funcionário público responsável pela gestão e arrecadação de tributos;[148]

b) os crimes do art. 3º são praticados em detrimento da Administração Fazendária, espécie do gênero Administração Pública. Tome-se como exemplo o crime especial de *advocacia administrativa* previsto no art. 3º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, que faz referência expressa ao patrocínio, direto ou indireto, de interesse privado perante a *administração fazendária*, valendo-se o agente da sua qualidade de funcionário público.

De todo modo, caso a conduta praticada pelo funcionário público em detrimento da administração fazendária não encontre adequação nos crimes do art. 3º da Lei n. 8.137/90, não há falar em atipicidade. A ressalva constante da parte final do *caput* do art. 3º – "além dos previstos no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I)" – deixa evidente que, na eventualidade de a conduta praticada pelo funcionário público não encontrar tipificação neste artigo, deverá o agente responder pela prática de um dos *crimes praticados por funcionário público contra a* administração em geral previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal.

À semelhança do art. 2º da Lei n. 8.137/90, e diversamente do art. 1º, não se descreve no *caput* do art. 3º o núcleo essencial do tipo penal, deixando o legislador para fazê-lo em cada um dos seus incisos. Conclui-se, portanto, que cada inciso do art. 3º funciona como uma norma incriminadora com preceito primário próprio, sendo que os crimes dos incisos I e II possuem o mesmo preceito secundário – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa –, ao passo que ao inciso III é cominada uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

25.1. Concurso de agentes e particulares.

Como se trata de crime funcional contra a Administração Fazendária, poder-se-ia concluir, equivocadamente, que o crime do art. 3º da Lei n. 8.137/90 não admite o concurso de agentes com particulares. No entanto, não se pode perder de vista que a qualidade de *funcionário público da administração fazendária* é verdadeira elementar de tal delito. Por consequência, desde que o *extraneus* tenha consciência quanto à presença dessa elementar, poderá responder normalmente por tal delito, nos termos do art. 30 do Código Penal, que prevê que não se comunicam as circunstâncias e condições pessoais, *salvo quando elementares do crime*.[149]

> I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

26. CRIME TRIBUTÁRIO DE EXTRAVIO, SONEGAÇÃO OU INUTILIZAÇÃO DE LIVRO OU DOCUMENTO.

Cuida-se de tipo especial de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*, diferenciando-se da figura delituosa do art. 314 do Código Penal ("Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou

148. Por isso, consideramos, com a devida vênia, que a 5ª Turma do STJ laborou em equívoco no julgamento do HC 134.273/GO, *in verbis*: "(...) Do teor do disposto no artigo 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 não se extrai, ao contrário do que aduzido na inicial do writ, que o sujeito ativo do delito somente possa ser o funcionário público responsável pelo lançamento ou cobrança do tributo. Diversamente, a norma penal em questão exige apenas que os fatos sejam praticados por funcionário público, com a finalidade de deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. A corroborar tal conclusão, é de ser presente que mesmo fora da função ou antes de iniciar o seu exercício é possível que o funcionário público pratique o crime do artigo 3º, inciso II, da Lei 8.137/1990, de modo que se revela de todo improcedente reclamar que o seu sujeito ativo seja unicamente o servidor com atribuição para lançar ou cobrar tributos ou contribuições sociais". (STJ, 5ª Turma, HC 134.273/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/03/2011, DJe 25/04/2011).

149. Como ensina Bitencourt (*Tratado de direito penal*. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 663), para se diferenciar uma *elementar* do tipo penal de uma simples *circunstância*, basta excluí-la, hipoteticamente: se esse raciocínio levar à descaracterização do fato como crime (atipicidade absoluta) ou fizer surgir outro tipo de crime (atipicidade relativa), estaremos diante de uma elementar. Se, todavia, a exclusão de determinado requisito não alterar a caracterização do crime, tratar-se-á de uma circunstância do delito. Exemplificando, no crime de peculato, a qualidade de funcionário público é uma elementar do delito, visto que, diante de sua ausência, haverá a desclassificação para apropriação indébita. Por outro lado, no furto, o fato de o delito ter sido praticado durante o repouso noturno autoriza a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 155, §1º, do CP. Suprimido o repouso noturno, o tipo fundamental continuará o mesmo, ou seja, furto. Logo, trata-se de mera circunstância.

parcialmente") não apenas em virtude de o sujeito ativo ser funcionário público da administração fazendária, mas também pelo fato de o extravio em questão acarretar o pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social.

26.1. Bem jurídico tutelado.

É a preservação do normal funcionamento da Administração Fazendária, quanto aos livros oficiais, processos fiscais ou quaisquer documentos públicos ou particulares que se encontram sob a posse do Estado.

26.2. Sujeitos do delito.

Sujeito ativo do crime do art. 3º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, é o funcionário público fazendário encarregado do livro ou documento em epígrafe, nada obstando o concurso de agentes com o particular, desde que este tenha consciência quanto à elementar *funcionário público,* nos termos do art. 30 do Código Penal. Na eventualidade de o funcionário não ter a guarda do livro, processo fiscal ou documento que sofreu a execução material do delito, o delito a ser considerado é aquele definido no art. 337 do Código Penal (Subtração ou inutilização de livro ou documento).

Sujeito passivo é a Administração Pública Fazendária. Secundariamente, também pode alcançar o particular prejudicado pelo extravio do documento.

26.3. Tipo objetivo.

Extraviar traduz a ideia de desencaminhar, de desviar do destino, de desaparecimento. *Sonegar* expressa a conduta de omitir-se na apresentação do livro ou documento exigido ou solicitado. *Inutilizar* consiste em tornar determinada coisa imprestável ao fim destinado.

O art. 3º, inciso I, faz uso dos seguintes elementos normativos:

a) **Livro oficial:** é aquele criado por lei para o registro de anotações pertinentes à Administração Fazendária;

b) **Processo fiscal:** a expressão diz respeito ao procedimento administrativo fiscal de determinação e exigência dos créditos tributários, que, no âmbito da União, é regido pelo Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972;

c) **Documento:** é qualquer escrito, público ou particular, fixado sobre um meio idôneo ou mesmo sobre uma fita magnética ou um disco de computador, contendo manifestações ou declarações de vontade que guardem algum tipo de relação com o pagamento do tributo. Com o desenvolvimento da informática, não são poucos os entes públicos que se utilizam de computadores para o armazenamento de dados, visando ao registro de suas atividades. Prova disso é que os arts. 313-A e 313-B, acrescentados ao Código Penal pela Lei n. 9.983/00, fazem referência expressa a informações constantes de sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública. Destarte, esses arquivos eletrônicos devem ser considerados *documento* na acepção jurídica do termo, de modo que, se o funcionário apagar esses arquivos, extraviando, sonegando ou inutilizando as cópias de segurança, restará caracterizado o delito do art. 3º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, desde que resulte o pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social.

É indispensável que o livro oficial, processo fiscal ou documento tenham sido confiados ao funcionário público para a guarda em razão do cargo público que ocupa. Caso contrário, o crime será aquele capitulado no art. 337 do Código Penal, mesmo que o sujeito ativo seja funcionário público, porquanto lhe falta o *dever funcional* próprio e inerente ao cargo.[150]

26.4. Tipo subjetivo.

O tipo subjetivo do crime em análise está representado pelo dolo, consubstanciado na consciência e vontade de praticar as condutas mencionadas, sabendo o agente do dever que recai sobre sua pessoa, no tocante à guarda do livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, em razão do exercício de sua função.

A despeito de certa controvérsia na doutrina, prevalece o entendimento de que há necessidade de um especial fim de agir, consubstanciado na intenção de acarretar o pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social. Ausente o dolo específico, o agente poderá responder pelo crime do art. 314 do Código Penal.

Não se admite a modalidade culposa. Por consequência, o descuido do funcionário público no cumprimento do seu dever de guarda e custódia de livro oficial, processo fiscal ou documento que resultar no seu extravio e, por consequência, no pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social, não será punível pelo Direito Penal. Isso, no entanto, não afasta eventual ilícito administrativo ou ato de improbidade administrativa.

150. Com esse entendimento: BITENCOURT. Op. cit. p. 222.

26.5. Consumação e tentativa.

Diversamente do crime do art. 314 do Código Penal, que tem natureza formal, consumando-se, pois, com o extravio, sonegação ou inutilização dos documentos, o crime do art. 3º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, é espécie de crime material, já que o tipo penal em questão é categórico ao exigir, como resultado, o *pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social.*

Por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se o *conatus*, quando, por exemplo, a despeito do extravio do documento, o fisco logra êxito no pagamento do tributo devido.

26.6. Classificação doutrinária.

Trata-se de crime **próprio** (o sujeito ativo deve ser funcionário público da Administração Fazendária), **material** (o resultado de pagamento indevido ou inexato é indispensável para a consumação do delito), de **ação múltipla ou de conteúdo variado** (a prática de mais de uma conduta típica em um mesmo contexto fático caracteriza crime único), **unissubjetivo** (a despeito de admitir o concurso de agentes, o delito pode ser praticado por uma única pessoa) e **plurissubsistente** (a conduta pode ser desdobrada em vários atos).

> **II** - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.
>
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

27. CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO FAZENDÁRIAS.

O art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, funciona como tipo especial em relação aos crimes de concussão e corrupção passiva (CP, arts. 316 e 317, respectivamente), diferenciando-se daqueles em virtude do elemento especializante "para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente". Congregam-se, na figura típica do art. 3º, inciso II, condutas que constituem crimes distintos no Código Penal: concussão e corrupção passiva.

27.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança do crime anterior, o tipo penal em exame tutela o normal funcionamento e o prestígio da Administração Pública Fazendária, objetivando tutelar a obediência ao dever de probidade para evitar abusos no exercício da função pública, com graves danos à moralidade administrativa. De maneira secundária, também visa à proteção do interesse patrimonial dos cidadãos e também a liberdade individual daquele que sofreu a coação, já que se trata de delito afim ao crime de extorsão, pelo menos em relação ao verbo *exigir.*

27.2. Sujeitos do crime.

Sujeito ativo do delito é o funcionário público fazendário. Cuida-se, pois, de crime próprio, já que esta qualidade especial é indispensável para a tipificação do delito. De todo modo, desde que o *extraneus* tenha consciência quanto à elementar *funcionário público fazendário*, não há por que não se admitir o concurso de agentes, nos termos do art. 30 do Código Penal. A norma penal incriminadora alcança até mesmo aquele que, embora ainda não esteja exercendo a função pública, utiliza-se dela para a prática delitiva, ou que esteja dela afastado temporariamente, como no caso de férias, licença, suspensão, etc.[151]

Sujeito passivo é a Administração Fazendária. Secundariamente, figura como sujeito passivo a pessoa física ou jurídica que foi alvo da exigência ou solicitação do funcionário público.

27.3. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo está expresso pelos seguintes verbos:

a) **Exigir:** significa ordenar ou impor. O verbo transmite a ideia de imposição e intimidação no comportamento do funcionário público que se aproveita do temor proporcionado à vítima em decorrência dos poderes inerentes ao cargo público por ele ocupado (*metus publicae potestatis).* Não há, porém, o emprego de violência à pessoa, sob pena, inclusive, de tipificação do crime de extorsão. Na verdade, a intimidação inerente ao verbo *exigir* encontra fundamento unicamente nas consequências que podem ser provocadas contra alguém no exercício da função pública do

151. Há precedente da 2ª Turma do STF referindo-se ao delito ora sob comento como crime de mão própria, senão vejamos: "(...) O tipo penal do art. 3º, II, da Lei 8.137/90 descreve crime de mão própria praticado por funcionário público, mas não exige que o servidor tenha a atribuição específica de lançamento tributário. Subsunção da conduta ao tipo penal imputado. Recurso ao qual se nega provimento". (STF, 2ª Turma, RHC 108.822/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/02/2013, DJe 046 08/03/2013). Com a devida vênia à 2ª Turma do STF, não se trata, o crime do art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, de crime de mão própria, pois é perfeitamente possível que a execução de tal delito seja delegada pelo funcionário público a um terceiro. Trata-se, portanto, de crime próprio, e não de mão própria.

sujeito ativo. Esta é a ameaça à vítima: utilizar o cargo público para produzir um mal passível de concretização na esfera de atuação do funcionário público. Tal exigência, necessariamente acompanhada da intimidação, sob pena de caracterizar mera *solicitação*, pode se dar de maneira implícita ou explícita, direta ou indireta;

b) **Solicitar:** equivale a pedir algo. Nesse caso, o funcionário público limita-se a manifestar perante outrem seu desejo de receber alguma vantagem indevida, e o particular pode ou não atendê-lo, pois não se sente atemorizado. Se o particular cede aos anseios do corrupto, o faz por deliberada manifestação de vontade, uma vez que pretende obter benefícios em troca da vantagem prestada;

c) **Receber:** é entrar na posse de um bem, aceitando a entrega efetuada por outrem. A oferta de vantagem indevida emana de uma terceira pessoa, e o funcionário público não só a aceita, como também a recebe;

d) **Aceitar a promessa:** significa o comportamento do funcionário público de anuir com o recebimento da vantagem indevida. Há uma proposta concretizada por terceira pessoa (*extraneus*), com a qual o *intraneus* concorda. Porém, não se opera o efetivo recebimento da vantagem indevida, pois, tivesse isso ocorrido, aplicar-se-ia o núcleo anterior (receber).

Diversamente do que ocorre no Código Penal, onde o legislador optou por estabelecer uma exceção à teoria monista da ação (CP, art. 29) no tratamento do crime de corrupção, prevendo um tipo penal específico para o corrompido – corrupção passiva (CP, art. 317) –, e outro para o corruptor – corrupção ativa (CP, art. 333) –, a Lei n. 8.137/90 cuidou apenas da corrupção passiva. Surge, então, o questionamento acerca da correta tipificação da conduta do agente que oferece vantagem indevida para que o funcionário do fisco deixe de lançar ou cobrar tributo. Na visão da doutrina,[152] se o funcionário da Fazenda Pública receber ou aceitar a oferta ou promessa do *extraneus*, formando-se, entre eles, um verdadeiro acordo de vontade, o ideal é tipificar a conduta de ambos no art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, adotando-se a regra da concepção monista da ação. Se, todavia, o funcionário público rejeitar a proposta de infringir seu dever funcional, denotando-se que o corruptor agira sozinho ao fazer a promessa ou oferta, o *extraneus* deverá ser responsabilizado pelo crime de corrupção ativa do art. 333 do Código Penal.

Função pública, elemento normativo jurídico do art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, ditada pelo Direito Administrativo, consiste na atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços individuais.

É necessário que qualquer das condutas – *exigir, solicitar, receber ou aceitar* – seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, revela-se indevida a aplicação do tipo penal do art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, podendo restar caracterizado outro crime, como, por exemplo, estelionato, apropriação indébita, etc.

O crime consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada. Com efeito, nem a literalidade do art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, que, nesse ponto, assemelha-se ao art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão "em razão dela", presente no tipo penal, deve ser lida no restrito sentido de "ato que está dentro das competências formais do agente". A expressão "ato de ofício" aparece apenas no *caput* do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção ativa, e não no art. 3º, II, da Lei n. 8.137/90, nem tampouco no *caput* do art. 317 do CP, como um elemento normativo do tipo. Além disso, a desnecessidade de que o ato pretendido esteja no âmbito das atribuições formais do funcionário público fornece uma visão mais coerente e íntegra do sistema jurídico. A um só tempo, são potencializados os propósitos da incriminação – referentes à otimização da proteção da probidade administrativa, seja em aspectos econômicos, seja em aspectos morais – e os princípios da proporcionalidade e da isonomia. Portanto, o âmbito de aplicação da expressão "em razão dela", contida no art. 3º, II, da Lei n. 8.137/90, não se esgota em atos ou omissões que detenham relação direta e imediata com a competência funcional do agente. Assim, o nexo causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual

152. BITENCOURT. Op. cit. p. 228.

facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente.[153]

Vantagem indevida, elemento normativo do tipo de injusto, é todo benefício ou proveito contrário ao Direito. A despeito de certa controvérsia na doutrina, prevalece o entendimento de que tal vantagem pode ser de qualquer natureza, já que o legislador não fez qualquer restrição quanto à espécie de vantagem, como fez, por exemplo, no crime de extorsão (CP, art. 158), o qual faz menção explícita à "indevida vantagem econômica".[154]

O tipo penal do art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, abrange apenas a corrupção passiva própria, e não a imprópria.[155] Com efeito, o dispositivo deixa evidente que o crime somente restará caracterizado quando a conduta for praticada para *deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social*, deixando de praticar ato de ofício, *ou cobrá-los parcialmente*, atuando, assim, com infração de seus deveres funcionais. Logo, na eventualidade de o funcionário receber ou aceitar vantagem indevida *para lançar ou cobrar tributo corretamente*, conduta que, em tese, caracterizaria verdadeira hipótese de corrupção passiva imprópria, o agente deve ser responsabilizado pelo crime do art. 317 do Código Penal, que, diversamente do art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, abrange as duas espécies de corrupção (própria e imprópria). Em conclusão, se o funcionário ceder a pedido ou influência de outrem, deve ser responsabilizado pelo crime de corrupção passiva privilegiada, previsto no art. 317, §2º, do Código Penal.

27.4. Tipo subjetivo.

O tipo subjetivo está representado pelo dolo, consubstanciado na consciência e vontade de exigir, solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem, sabendo o agente ser ela indevida.

Reconhece-se, ademais, a presença do elemento subjetivo especial do injusto, caracterizado pelo especial fim de agir, manifestado na expressão "para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente", elemento especializante que, aliás, diferencia este crime dos delitos de concussão e corrupção passiva previstos no Código Penal (arts. 316 e 317, respectivamente). Como já se pronunciou o STJ, "(...) ocorre crime contra a ordem tributária e não crime de concussão quando o funcionário público, em razão de sua qualidade de agente fiscal, exige vantagem indevida para deixar de lançar auto de infração por débito tributário e cobrar a consequente multa".[156]

A contrario sensu, se restar evidenciado que determinado agente público fazendário teria exigido ou solicitado o pagamento de vantagem indevida, sem a intenção, todavia, de deixar de cobrar determinado tributo, restará caracterizado o crime de concussão ou de corrupção passiva, previstos nos arts. 316 e 317 do Código Penal, respectivamente.

A exigência, a solicitação, o recebimento ou a aceitação de promessa de vantagem indevida devem se dar *para si ou para outrem*. A expressão *para outrem* indica a possibilidade de a conduta almejar um resultado para um terceiro, que pode ser uma pessoa física ou jurídica. Prevalece, todavia, o entendimento de que, para fins de tipificação do crime do art. 3º, inciso II, o Estado não pode ser o destinatário do produto da ação criminosa de seu funcionário. Por consequência, quando o beneficiado pela vantagem indevida for o próprio ente público, o agente poderá ser responsabilizado pelo crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (CP, art. 315), sem prejuízo de eventual ato de improbidade administrativa.[157]

27.5. Consumação e tentativa.

Em relação ao verbo *exigir*, o crime consuma-se com a simples exigência da vantagem indevida, sendo que a sua obtenção constitui mero exaurimento do delito. Nesse caso, não se admite a tentativa, pelo menos em regra. No entanto, na eventualidade de a exigência se processar em mais de um ato, como no exemplo da carta extorsionária que

153. Com entendimento semelhante, referindo-se, porém, ao crime do art. 317 do CP, cuja redação, quanto à questão debatida, é absolutamente idêntica à do art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90: STJ, 6ª Turma, REsp 1.745.410/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 02/10/2018, DJe 23/10/2018.

154. Com entendimento semelhante: STOCO. Op. cit. p. 127.

155. Na *corrupção passiva própria*, o funcionário público negocia um ato *ilícito* (v.g., policial militar aceita a promessa de vantagem indevida para deixar de efetuar uma prisão em flagrante). Por outro lado, na *corrupção passiva imprópria*, o ato sobre o qual recai a transação é *lícito* (v.g., Delegado de Polícia solicita propina para instaurar um inquérito policial).

156. STJ, 6ª Turma, HC 7.364/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 21/09/1999, DJ 18/10/1999 p. 280. Em outro julgado, o STJ concluiu que, "(...) conquanto independa da superveniência de efetivo dano ao erário, o delito em análise pressupõe que o funcionário público atue com a finalidade de deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente, cumprindo perquirir se a suspensão ilegal do crédito tributário está, ou não, abrangida pelo objetivo contido no tipo legal. Apesar de no artigo 3º da Lei 8.137/1990 não constar expressamente a suspensão do crédito tributário como a caracterizar uma das finalidades visadas pelo agente ao praticar o delito, o certo é que o acesso ilegal ao sistema de dados da Receita Federal, nele incluindo informações que ensejavam a não cobrança ou a cobrança parcial de tributos, configura, sim, o ilícito em questão, já que o crime do artigo 3º, inciso II, da Lei 8.137/1990 é de forma livre, vale dizer, pode ser cometido por qualquer meio escolhido pelo agente. Assim, como a suspensão ilegal do crédito tributário pode impedir a sua cobrança, ou ensejar a sua cobrança parcial, não restam dúvidas de que as condutas atribuídas ao paciente e demais corréus se amoldam, efetivamente, ao tipo penal em comento, não havendo que se falar em atipicidade manifesta. Ordem denegada". (STJ, 5ª Turma, HC 134.273/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/03/2011, DJe 25/04/2011).

157. Nesse contexto: BITENCOURT. Op. cit. p. 233.

é interceptada antes de chegar ao sujeito passivo, é cabível a tentativa.

Quanto aos verbos *solicitar, receber* e *aceitar promessa,* o crime se consuma com a simples prática das condutas. Em outras palavras, não há necessidade de que o agente efetivamente deixe de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou que os cobre parcialmente. Na verdade, este é o objetivo precípuo do agente, que, no entanto, não precisa ocorrer para que se verifique a consumação do delito.

O recebimento da vantagem indevida somente será considerado *consumação do crime* se não vier antecedido da realização de algum dos outros verbos núcleos do tipo. Logo, o funcionário público fazendário que exige vantagem indevida, por exemplo, já consumou o crime do art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90. Nesse caso, o ulterior recebimento da vantagem indevida não terá o condão de caracterizar a consumação de novo crime. Funcionará, pois, como mero exaurimento do crime que já havia se consumado.[158]

No caso específico da solicitação, não há necessidade que o *extraneus* adira à vontade do agente para a consumação do delito. Afinal, ou a realização é feita, consumando-se o delito, ou o agente não a formula, deixando de praticar o fato típico, o que afasta a figura da tentativa.

Na hipótese de recebimento e aceitação de promessa, em que a iniciativa parte do corruptor, a consumação do delito ocorre no ato do recebimento e no exato momento em que o agente manifesta o desejo de aceitar a promessa. Como exposto anteriormente, em ambas as hipóteses – recebimento e aceitação de promessa –, também poderá restar caracterizado o crime de corrupção ativa previsto no art. 333 do Código Penal, caso o funcionário recuse a oferta, ou o crime do art. 3º, inciso II, se houver um acordo de vontades entre corruptor e corrompido. Nesses casos, não se admite a tentativa. Afinal, ou o agente recebe ou aceita a promessa de vantagem indevida, situação em que o crime estaria consumado, ou ela é de pronto repelida pelo funcionário, caracterizando-se apenas o crime de corrupção ativa.

27.6. Classificação doutrinária.

O art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio:** exige uma qualidade especial do agente, a saber, funcionário da Fazenda Pública que tenha, dentre suas atribuições, a de deixar de lançar ou cobrar tributos; b) **crime formal:** existe um resultado – não lançamento ou cobrança de tributos ou cobrança parcial –, que, no entanto, não precisa ocorrer para que se verifique a consumação do delito; c) **crime de ação múltipla ou de conteúdo variado:** a prática de mais de um verbo núcleo do tipo – exigir, solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida – tipifica um único crime (princípio da alternatividade); d) **crime unissubjetivo ou plurissubjetivo:** quanto aos verbos *exigir* e *solicitar,* o crime pode ser praticado por uma única pessoa, conquanto admita o concurso de agentes. Trata-se, portanto, de crime unissubjetivo. No entanto, quanto às modalidades *receber* e *aceitar,* cuida-se de crime plurissubjetivo (concurso necessário), porquanto revela-se indispensável a presença de um *extraneus* oferecendo ou prometendo a vantagem indevida ao funcionário fazendário; e) **crime plurissubsistente:** de regra, as diversas condutas elencadas no art. 3º, inciso II, podem ser ter sua execução fracionada, admitindo-se, assim, a tentativa. Especificamente quanto aos verbos *exigir* e *solicitar,* ter-se-á crime unissubsistente quando a conduta for praticada verbalmente.

> **III** - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. **Pena** - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

28. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA FAZENDÁRIA.

Forma especial e agravada do crime de advocacia administrativa previsto no art. 321 do CP ("Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário"), o crime do art. 3º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, caracteriza-se pela defesa de interesses privados perante a Administração Fazendária (Receita Federal, Estadual ou Municipal), aproveitando-se o funcionário público das facilidades proporcionadas pelo cargo por ele exercido. Diferencia-se do crime do art. 321 do CP em virtude do elemento especializante *perante a administração fazendária.*

A conduta é ilícita, pois a missão de todo agente público é única e exclusivamente a defesa e a promoção de interesses públicos, e nunca particulares,

158. Nessa linha: ROQUE, Fábio. Op. cit. p. 247.

ainda que legítimos. Enfim, pune-se o patrocínio de interesse privado, pouco importando seja ele justo ou injusto, lícito ou ilícito.

28.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança dos demais crimes do art. 3º da Lei n. 8.137/90, tutela-se a Administração Pública Fazendária contra a interferência maléfica do patrocínio infiel, que representa um grave atentado à imparcialidade da atuação funcional dos agentes públicos, ao dever de probidade administrativa e ao princípio da moralidade.

28.2. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo é *patrocinar*, que consiste em amparar, advogar, defender ou pleitear interesse privado de outrem.[159]

A palavra utilizada na rubrica marginal do art. 321 do CP – *advocacia* –, não mencionada, porém, pelo art. 3º, III, da Lei n. 8.137/90, transmite, equivocadamente, a ideia de se tratar de delito praticado exclusivamente por advogados, quando, na verdade, tem o sentido de "defesa" ou de "patrocínio".

Esse patrocínio, que não depende de qualquer vantagem econômica em contrapartida ao agente público, pode ser direto, quando exercido pelo próprio funcionário público, ou indireto, na hipótese em que ele se vale de terceira pessoa, a qual age sob o manto do seu prestígio.

Importante ressaltar que o delito estará caracterizado ainda que o interesse alheio seja legítimo, já que a repressão penal sedimenta-se não na ilicitude ou licitude do ato, mas sim no patrocínio privado perante a Administração, de modo que a ilegitimidade da pretensão deve figurar apenas como circunstância judicial para fins de dosimetria da pena.

28.3. Tipo subjetivo.

Está representado pelo dolo, manifestado pela consciência e vontade de patrocinar interesse privado perante a administração fazendária, não se exigindo que a sua atuação seja motivada pelo interesse em obter qualquer vantagem do *extraneus*. Em outras palavras, é desnecessário que o agente vise vantagem pessoal ou aja por interesse ou sentimento pessoal.

28.4. Sujeitos do crime.

Cuida-se de crime próprio. O sujeito ativo do crime do art. 3º, III, da Lei n. 8.137/90 é apenas o funcionário público que, em razão das funções por ele exercidas, esteja apto a patrocinar interesse privado perante a administração fazendária. Diversamente do art. 321 do Código Penal, que pode ser praticado por qualquer funcionário público (CP, art. 327), o delito do art. 3º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, só pode ter como sujeito ativo o funcionário que exerce funções na administração fazendária, e que, por conta disso, poderia se valer dela para o patrocínio de interesse privado.

À semelhança dos demais crimes funcionais, o delito de advocacia administrativa fazendária também admite o concurso de agentes com particulares. Nesse sentido, como já se pronunciou a 5ª Turma do STJ, "(...) embora o crime de advocacia administrativa fazendária tenha como sujeito ativo funcionário público, em se tratando de elementar do crime, nada impede a responsabilização penal de terceiro, que não ostente essa condição, como partícipe. Inteligência do art. 30 do Código Penal".[160]

28.5. Consumação e tentativa.

O crime é formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado. Consuma-se com o simples patrocínio pelo funcionário público do interesse privado e alheio, independentemente da efetiva obtenção de benefício pelo particular. Há controvérsias quanto à possibilidade de configuração da tentativa. A nosso juízo, a tentativa é possível, salvo na conduta omissiva, pois, nesse caso, trata-se de crime unissubsistente.

28.6. Conflito aparente de normas.

Na eventualidade de a advocacia administrativa ser praticada perante outro setor da Administração Pública, que não a fazendária, o agente deverá responder pelo crime do art. 321 do Código Penal. Noutro giro, se a advocacia administrativa der causa à instauração de licitação, ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário, o crime em questão será o art. 21 da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93).

159. Admitindo a instauração de processo penal contra auditor da Receita Federal em virtude de suposta prática do crime do art. 3º, III, da Lei n. 8.137/90, pelo fato de o servidor ter prestado serviços a contribuintes em prejuízo da Fazenda Pública, elaborando requerimentos privados em detrimento da União, defendendo, assim, interesses privados no exercício de sua função: STJ, 5ª Turma, HC 139.947/AM, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/08/2011, DJe 01/09/2011.

160. STJ, 5ª Turma, RHC 25.232/AM, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/05/2011, DJe 01/06/2011.

28.7. Classificação doutrinária.

Trata-se de **crime próprio, de mera conduta, unissubjetivo** e **plurissubsistente**.

28.8. Cabimento de suspensão condicional do processo.

Aos crimes dos incisos I e II do art. 3º é cominada uma pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. À advocacia administrativa do art. 3º, inciso III, é cominada, porém, uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro anos, e multa. Como se trata de crime ao qual é cominada pena mínima igual a 1 (um) ano, é de se concluir que tal delito admite a suspensão condicional do processo, desde que preenchidos, logicamente, os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

CAPÍTULO II
Dos crimes Contra a Economia e as Relações de Consumo

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

(...)

29. DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

A expressão "ordem econômica" pode ser compreendida como "o conjunto de normas e princípios constitucionais que caracterizam basicamente a organização econômica, determinam as principais regras do seu funcionamento, delimitam a esfera de ação dos diferentes sujeitos econômicos, prescrevem os grandes objetivos da política econômica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia".[161]

De acordo com o art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Objetivando a proteção da ordem econômica, a Constituição Federal também dispõe que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º).

Para fins de tutela jurídica, esse conceito de ordem econômica costuma ser expresso de forma estrita e ampla. Na primeira, entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia. Na segunda, mais abrangente, a ordem econômica é tida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Para fins de proteção penal, parece-nos adequada a noção de ordem econômica *lato sensu*, compreendida como ordem econômica do Estado, abrangendo a intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos, bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo.

Essa concepção de ordem econômica acaba abrangendo as ordens tributária, financeira, monetária e as relações de consumo, entre outros setores, constituindo um bem jurídico supra-individual, o que, por si só, não exclui a proteção de interesses individuais. Ademais, em cada tipo penal incriminador também há um determinado bem jurídico específico diretamente protegido.[162]

29.1. Previsão legal.

Originariamente, os crimes contra a ordem econômica estavam tipificados nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei n. 8.137/90. Com o advento da Lei n. 12.529/11, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, os arts. 5º e 6º da Lei n. 8.137/90 foram revogados. Para além disso, foi conferida nova redação ao inciso I do art. 4º da Lei n. 8.137/90, que teve todas as suas alíneas ("a" a "f") revogadas. A Lei n. 12.529/11 também revogou os incisos III a VII do art. 4º da Lei n. 8.137/90, prevendo, ademais, que a pena de multa cominada para o referido delito não mais seria aplicada de maneira alternativa, mas sim cumulativamente com a pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

De todo modo, é bom advertir que os crimes contra a ordem econômica não estão previstos

161. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa anotada. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 383.

162. Nesse contexto: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 28.

exclusivamente nos incisos I e II do art. 4º da Lei n. 8.137/90. De fato, também se pode visualizar a presença de crimes dessa natureza em outras leis especiais, tais como: a) Lei n. 1.521/51: crimes contra a economia popular; b) Lei n. 8.176/91: tipifica uma série de crimes contra a ordem econômica, fazendo-o, todavia, de forma mais específica, com referência a derivados de petróleo, gás natural e outros combustíveis, além de prever delitos contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, e criar o Sistema de Estoques de Combustíveis; c) Lei n. 9.613/98: apesar de haver certa controvérsia doutrinária quanto ao bem jurídico tutelado, prevalece o entendimento de que o crime de lavagem de capitais atenta contra a ordem econômico-financeira.

> I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; (Redação dada pela Lei n. 12.529/11)
>
> a) (revogada);
>
> b) (revogada);
>
> c) (revogada);
>
> d) (revogada);
>
> e) (revogada);
>
> f) (revogada);

30. ABUSO DO PODER ECONÔMICO.

O poder econômico é um dado fático inerente ao livre mercado, ou seja, é inequívoco que certos agentes econômicos encontram-se necessariamente em posição de superioridade em relação a outros. A existência desse poder econômico, isoladamente considerada, não é crime. O que o Direito Penal visa disciplinar, com o auxílio de outros ramos do Direito, é o exercício irregular desse poderio, reprimindo certas modalidades de iniciativa que ameacem ou possam ameaçar as estruturas do livre mercado, como, por exemplo, o domínio de mercados, a eliminação da concorrência, o aumento arbitrário de lucros, etc.

Dessa forma, na eventualidade de o empresário dotado desse poderio econômico o exercer de maneira regular, competindo com os demais agentes atuantes no mesmo mercado, daí obtendo resultados positivos, não há por que se cogitar da intervenção do Direito Penal. A repressão penal se faz necessária apenas nas hipóteses em que a livre competição restar ameaçada em virtude do ajuste ou acordo de empresas visando à dominação do mercado ou à eliminação da concorrência.[163]

30.1. Bem jurídico tutelado.

Como exposto anteriormente, o bem jurídico tutelado por este delito é a ordem econômico-financeira, mais precisamente a livre-iniciativa e a livre concorrência.

30.2. Sujeitos do crime.

Cuida-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa. Geralmente, o sujeito ativo do delito é um empresário, conceituado pelo Código Civil como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966). Esse *empresário* tanto pode ser uma pessoa física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como também pode ser uma pessoa jurídica, resultante da união de esforços de seus interesses. Todavia, como o Direito Penal é regido pelos princípios da responsabilidade penal subjetiva, da pessoalidade da pena e da culpabilidade, o ente fictício jamais poderá ser denunciado pela prática de um crime contra a ordem econômica. Poderão figurar no polo passivo da demanda criminal tão somente o empresário individual e os sócios integrantes da empresa comercial que tenham concorrido dolosamente para a prática delituosa sob comento.

Há certa controvérsia quanto à classificação desse delito em relação ao concurso de agentes. De um lado, parte da doutrina sustenta que se trata de crime de concurso necessário (plurissubjetivo), ou seja, há necessidade da presença de mais de um agente para fins de consumação do delito. Com a devida vênia, partilhamos do entendimento de que se trata de crime de concurso eventual (unissubjetivo). Por mais que a tipificação do delito demande um ajuste ou acordo de empresas, é perfeitamente possível que um dos empresários envolvidos nas tratativas não tenha a pretensão de produzir o resultado "domínio do mercado" ou "eliminação da concorrência". Nesse caso, por mais que o outro empresário logre êxito na produção desses resultados, não se pode admitir a

163. De acordo com a doutrina, há duas formas de concorrência que o Direito busca evitar e reprimir: a) concorrência desleal: é apurada no âmbito cível e criminal e envolve apenas os interesses particulares dos empresários concorrentes; b) concorrência perpetrada com abuso de poder: também é reprimida em nível administrativo, já que compromete as estruturas do livre mercado, atingindo um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes, configurando os denominados crimes contra a ordem econômica. Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 28ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

responsabilização daquele que agiu sem dolo, nem mesmo a título de participação, porquanto não se admite participação culposa em crime doloso.[164]

O sujeito passivo do delito é a coletividade. Cuida-se, pois, de crime vago. Subsidiariamente, também são sujeitos passivos os empresários concorrentes prejudicados no seu direito de livre competição econômica, em virtude do abuso do poder econômico ou do controle de mercado praticado por empresas ou por empresários individuais, e, em alguns casos, os próprios consumidores, que fatalmente acabarão suportando os efeitos nefastos decorrentes do domínio do mercado ou da eliminação da concorrência, como, por exemplo, o aumento dos preços dos produtos, a diminuição da qualidade dos materiais fornecidos, etc.

30.3. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo penal é *abusar,* que significa fazer uso desmedido de algo, ultrapassar os limites, valer-se excessivamente de determinada situação favorável, vantajosa ou de superioridade. Esse *abuso* deve recair sobre o *poder econômico,* a ser compreendido como a força ou capacidade econômica do agente.

Desse abuso do poder econômico deve resultar:

a) **domínio do mercado**: *dominar* consiste em se colocar o agente em condições de impor sua vontade sobre os demais agentes empresariais. *Mercado,* por sua vez, é o ponto abstrato de convergência entre compradores e vendedores, podendo ser de natureza mundial, nacional, regional ou local, a depender de fatores como a escala de produção, as características da mercadoria, a amplitude da demanda, o grau de organização do comércio e o estágio de desenvolvimento econômico e social. Independentemente do poderio econômico e político do agente empresarial, é quase impossível o domínio global da economia de um país. Logo, o *domínio do mercado* a que se refere o art. 4º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, deve ser compreendido como aquele atinente a segmentos delimitados, é dizer, a certos ramos de fornecimento de produtos ou serviços. Ante o caráter vago e indeterminado da expressão *domínio de mercado,* parece-nos possível tomar por empréstimo o conceito de posição dominante constante do art. 36, §2º, da Lei n. 12.529/11 ("Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia");

b) **eliminação, total ou parcial, da concorrência**: *eliminar* consiste em suprimir, acabar, afastar a concorrência, quer de maneira total, quer de maneira parcial. *Concorrência,* por sua vez, significa a disputa no domínio econômico entre produtores, fabricantes, empresários ou comerciantes que, ao mesmo tempo, expõem à venda mercadorias ou serviços de natureza e qualidade semelhantes ou similares, apurando-se quem oferece melhores condições de pagamento para aqueles que pretendem adquirir os produtos ou serviços.

Pelo menos até o advento da Lei n. 12.529/11, nem toda conduta era capaz de caracterizar esse abuso do poder econômico. Com efeito, para fins de caracterização do delito do então art. 4º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, era necessário que esse abuso se desse por intermédio de uma das condutas listadas entre as alíneas "a" a "f" do referido dispositivo legal, quais sejam: a) ajuste ou acordo de empresas; b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas; e) cessação parcial ou total das atividades da empresa; f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

Com a entrada em vigor da Lei n. 12.529/11, todas as alíneas do inciso I do art. 4º foram revogadas, deslocando-se a conduta incriminada pela revogada alínea "a" para a nova redação desse inciso, que, desde então, caracteriza-se pelo abuso do poder econômico por meio de ajuste ou acordo de empresas com a consecução do resultado dominação do mercado ou eliminação da concorrência. Cuida-se, pois, de evidente exemplo de *novatio legis in pejus,* que não pode retroagir para abarcar as condutas ilícitas cometidas antes da vigência da Lei n. 12.529/11.

Por *ajuste* se entende o acordo, livre e consciente, feito entre vários indivíduos com o objetivo de praticar um fato punível, *in casu,* de dominar o mercado ou eliminar a concorrência, parcial ou totalmente. O *acordo,* de seu turno, deve ser compreendido como expressão sinônima de *ajuste,* a significar uma espécie de pacto, convenção, combinação, etc. *Empresa,* por sua vez, é a organização destinada à produção e/ou comercialização de

164. No sentido de que se trata de crime unissubjetivo: ROQUE, Fábio. Op. cit. p. 254.

bens e serviços, tendo como objetivo o lucro. Pode ser explorada por uma pessoa física, chamada de *empresário individual*, ou por uma pessoa jurídica, denominada de *sociedade empresária*.

30.4. Tipo subjetivo.

A conduta é punida exclusivamente a título doloso. Não se faz necessária a presença de dolo específico.

30.5. Consumação e tentativa.

Cuida-se de crime material, cuja consumação está condicionada à produção do resultado naturalístico consubstanciado na dominação do mercado ou na eliminação, total ou parcial, da concorrência.

Como se trata de crime plurissubsistente, cuja conduta pode ser fracionada em atos diversos, é perfeitamente cabível o *conatus*. A título de exemplo, suponha-se que, a despeito de um ajuste ou acordo de empresas, não se obtenha êxito na consecução do resultado acima apontado.

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado);

VI - (revogado);

VII - (revogado).

Art. 5º. Revogado pela Lei n. 12.529/11.

Art. 6º. Revogado pela Lei n. 12.529/11.

31. DO CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA DO ART. 4º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90.

O inciso II do art. 4º da Lei n. 8.137/90 prevê outra espécie de crime contra a ordem econômica, diferenciando-se do delito do inciso I pelo fato de sua tipificação demandar a presença de um dolo específico. Em outras palavras, enquanto o crime do inciso I é espécie de crime material, cuja consumação está condicionada à produção do resultado naturalístico *domínio do mercado* ou *eliminação total ou parcial da concorrência*, o crime do inciso II é espécie de crime formal. Consuma-se, pois, com a simples formação de um acordo *visando* à dominação do mercado ou à eliminação da concorrência através da prática de uma das condutas descritas em suas alíneas.

Se se trata de crime formal, era de se esperar, então, que sua pena fosse mais branda que a do crime material. Não é isso, todavia, o que ocorre. Corroborando a tradicional falta de técnica legislativa com a qual infelizmente já estamos nos acostumando, o legislador comina a um crime formal a mesma pena prevista para um crime material, evidentemente dotado de maior danosidade.

31.1. Bem jurídico tutelado.

O bem jurídico tutelado pelo crime do inciso II do art. 4º da Lei n. 8.137/90 também é a ordem econômico-financeira, mais precisamente a livre-iniciativa e a livre concorrência.

31.2. Sujeitos do crime.

Os sujeitos do crime do art. 4º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, são semelhantes aos do inciso I do mesmo dispositivo legal. Destarte, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos respectivos comentários.

31.3. Tipo objetivo.

Acordo, convênio, ajuste e aliança devem ser compreendidas como expressões sinônimas, com o significado de uma declaração de vontades que se encontram e se integram, dirigindo-se, todas elas, à consecução de um mesmo objetivo, enfim, há uma coligação feita entre pessoas diversas objetivando atingir um resultado idêntico. *Ofertante*, por sua vez, é aquele que oferece bens ou serviços no mercado por determinado preço e em determinado período de tempo.

Esse acordo de vontades entre ofertantes deve ter como *especial fim de agir* a consecução dos seguintes resultados:

a) **fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas:** há, *in casu*, um acordo feito entre os ofertantes com o objetivo de fixar preços ou quantidades vendidas ou produzidas, a fim de dominar ou eliminar, total ou parcialmente, a concorrência. Essa fixação deve se dar de maneira *artificial* (dissimulada, fingida, fraudulenta). *Preço* é o valor que se atribui a determinado produto ou serviço. Incrimina-se, assim, o denominado *concerto de preços*, geralmente praticado com a

finalidade de aumentar ou reduzir os preços. Essa uniformidade dos preços acaba prejudicando a livre concorrência, porquanto afeta o poder de decisão individual de cada agente econômico de fixar seus próprios preços. A tipificação desse crime demanda a comprovação de um efetivo acordo de vontades entre os ofertantes. A padronização de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, *de per si*, não é suficiente para a caracterização desse crime. Para além disso, é necessário comprovar a existência de um efetivo acordo entre os agentes empresariais visando à supressão da concorrência;

b) **controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas:** *controle regionalizado* é aquele efetuado e concentrado em determinada base territorial. O objetivo do agente é impedir o surgimento de novos concorrentes. O conceito de *controle* pode ser extraído do art. 36, §2º, da Lei n. 12.529/11 ("Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia"). Como exposto anteriormente, *empresa* é a organização destinada à produção e/ou comercialização de bens e serviços, tendo como objetivo o lucro. *Grupo de empresa* é aquele formado por meio de convenção, pelo qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetivos, ou a participar de atividades ou de empreendimentos comuns;

c) **controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores:** nesse caso, o acordo é celebrado entre os ofertantes de modo a prejudicar a livre competição ou disputa que deve existir na seara comercial, industrial ou econômica, prejudicando, em última análise, a livre iniciativa, prevista como um dos fundamentos da ordem econômica.

31.4. Tipo subjetivo.

Além do *dolo genérico*, consistente na formação do acordo, convênio, ajuste ou aliança entre os ofertantes, também se exige o *dolo específico* (especial fim de agir), caracterizado pela fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, pretensão de controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, e controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Não há previsão da modalidade culposa.

31.5. Consumação e tentativa.

Diversamente do inciso I, o crime do inciso II do art. 4º da Lei n. 8.137/90 tem natureza formal, o que significa dizer que o crime estará consumado com a formalização do acordo, convênio ou aliança entre os ofertantes. Os resultados enumerados nas alíneas "a", "b" e "c" funcionam como simples finalidades pretendidas pelos ofertantes (dolo específico). Logo, a produção desses resultados não é condição *sine qua non* para a consumação, funcionando, na verdade, como mero exaurimento do delito. Pelo menos em tese, é possível a tentativa quando as condutas incriminadas assumirem feição plurissubsistente, havendo *iter criminis*.

> **Art. 7º** Constitui crime contra as relações de consumo:
>
> (...)
>
> **Pena** - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.
>
> **Parágrafo único.** Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

32. DOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

A Constituição Federal prevê expressamente que o Estado deve promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII). Também dispõe que a ordem econômica está sujeita à observância de diversos princípios, dentre eles a defesa do consumidor (CF, art. 170, V). É nesse contexto que surge o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) como um microssistema jurídico dotado de normas de Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Penal e Processual, com o especial objetivo de regulamentar as relações de consumo.

Essa relação de consumo, como toda e qualquer relação jurídica, também demanda a presença de dois sujeitos específicos: de um lado, o consumidor; do outro, o fornecedor. É equivocado acreditar que os polos dessa relação de consumo sejam ocupados por partes em situação de homogeneidade. Pelo contrário. Diante do poderio econômico dos fornecedores, o consumidor é invariavelmente deixado em posição hipossuficiente na aludida relação jurídica. Daí a importância do Código de Defesa do Consumidor. Firmada a premissa de que o consumidor encontra-se, invariavelmente,

em situação de vulnerabilidade, faz-se necessária a existência de um microssistema capaz de equilibrar as relações de consumo, possibilitando ao consumidor o exercício de determinados direitos. Nele a proteção ao consumidor é projetada em pelo menos três esferas distintas e interligadas: administrativa, civil e penal.

A proteção ao consumidor exclusivamente no âmbito administrativo e civil revelar-se-ia, no entanto, inócua e suficiente. Há necessidade, pois, de intervenção do Direito Penal. Com efeito, de modo a prevenir os abusos do poder econômico que, em última instância, podem representar uma potencial ameaça a bens jurídicos individuais ou individualizáveis do consumidor, como o direito à informação, à liberdade, o patrimônio, a saúde, a segurança e a própria vida, que podem ser efetivamente expostos a uma situação de perigo, ou inclusive lesados, como decorrência da utilização de determinado produto ou da fruição de um serviço, ou de práticas comerciais desleais ou abusivas, não se pode prescindir da intervenção do Direito Penal, ainda que subsidiariamente (*ultima ratio*).[165]

Como observa a doutrina, "a tutela penal das relações de consumo é imprescindível, seja pela complexidade das ações cíveis; em virtude do poderio econômico dos fornecedores; em razão da maciça propaganda veiculada para seduzir o consumidor a não só adquirir determinado produto ou serviço, mas também a alterar seu hábito de vida; e, por fim, devido ao direito do consumidor constituir novidade no cenário legislativo brasileiro".[166]

A criminalização de condutas que atentam contra os interesses e direitos do consumidor também pode ser justificada pelo ínfimo prejuízo causado a cada uma das vítimas, individualmente consideradas. Com efeito, levando-se em consideração o valor normalmente irrisório do dano individual e da diversidade do interesse dos consumidores, com a pulverização das vítimas, é tarefa do Direito Penal atuar no sentido de não deixar impunes condutas imensamente danosas e socialmente condenáveis, quando consideradas de modo global, leia-se, quando enxergados no contexto da sociedade de consumo como um todo.[167]

A criação desses crimes contra as relações de consumo trouxe consigo a especialização do Direito Penal para uma nova área, o *Direito Penal do Consumidor*, que deve ser compreendido como um ramo do *Direito Penal Econômico*, que tem como finalidade o estudo da proteção penal outorgada a interesses do consumidor no âmbito das relações de consumo.[168]

Essa tutela penal não está restrita ao momento de aquisição do produto ou da contratação de um determinado serviço. Na verdade, considerando-se que a relação de consumo é muito mais ampla, vez que começa com a oferta e publicidade de produtos e serviços, passando pela negociação, contratação, pagamento e utilização do produto ou do serviço pelo consumidor, alcançando, ademais, a fase pós-contratual (v.g., garantia do produto), não se pode negar a incidência da tutela penal em todas essas etapas das relações de consumo.

Essa proteção penal ofertada ao consumidor não se esgota no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, muito embora ali estejam previstos os principais preceitos legais incriminatórios. Há outras leis que também foram elaboradas com o escopo de assegurar os direitos destinados ao polo hipossuficiente das relações de consumo, valendo-se da via repressiva. Merecem destaque a Lei n. 1.521/51, que trata dos crimes contra a economia popular, e a Lei n. 8.1370, que tipifica não apenas crimes contra a ordem tributária (arts. 1º a 3º) e contra a ordem econômica (art. 4º), mas também contra as relações de consumo (art. 7º, incisos I a IX).

À primeira vista, pode parecer estranha a opção do legislador de não fazer incluir na Lei n. 8.078/90 todos os crimes contra as relações de consumo. Justifica-se, todavia, a referida opção, com o argumento de que o legislador objetivou reunir, em um mesmo diploma normativo (Lei n. 8.137/90), os crimes que afetam, em sentido amplo, os interesses econômicos dos consumidores, cuja proteção encontra amparo no art. 170, V, da Constituição Federal, complementando-se, assim, a tutela das relações de consumo. Portanto, à tutela dos direitos dos consumidores efetivada pelos arts. 63 a 74 do CDC se soma a tutela dos interesses econômicos dos consumidores pelo art. 7º da Lei n. 8.137/90.

165. Com base no postulado da intervenção mínima, a intervenção do Direito Penal do Consumidor só deve ocorrer quando demonstrada a ineficácia da solução dos conflitos através dos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), e dos órgãos jurisdicionais cíveis com competência consumerista.

166. PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo: Lei Federal n. 8.078/90 (CDC)*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XV.

167. Nesse contexto: Antônio Herman de V. e Benjamim. Introdução à criminalidade de consumo, *in Direito penal empresarial (tributário e das relações de consumo)*. São Paulo: Dialética, 1995. p. 39.

168. Nessa linha: BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal Econômico*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 506. Segundo o autor (op. cit. p. 507), a tutela das relações de consumo diz respeito à proteção de um bem jurídico coletivo, referido pela doutrina como bem jurídico "espiritualizado" ou "institucionalizado".

32.1. Sujeitos do crime.

Pelo menos em regra, o sujeito ativo dos crimes contra as relações de consumo previstos no art. 7º da Lei n. 8.137/90 é o fornecedor de produtos ou serviços. Consoante disposto no art. 3º, *caput*, do CDC, *fornecedor* é toda pessoa física ou jurídica,[169] pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Cuida-se, portanto, de crime próprio, porquanto a legislação demanda a presença de certa qualidade ou condição do agente para a configuração do tipo penal incriminador.

Como se trata, a qualidade de fornecedor, de verdadeira elementar desses crimes, é perfeitamente possível o concurso de agentes, ainda que o *extraneus* não ostente esse atributo. Isso porque as condições e circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam, *salvo quando elementares do crime* (CP, art. 30). Logo, se o *extraneus* tiver consciência da elementar *fornecedor de produtos e serviços*, poderá responder normalmente pela prática dos crimes contra as relações de consumo. Caso contrário, ou seja, se desconhecer a qualidade de fornecedor do concorrente, não será possível lhe imputar a prática de um dos crimes previstos no art. 7º da Lei n. 8.137/90, o que, no entanto, não afasta sua responsabilização criminal por eventual *soldado de reserva* previsto no Código Penal ou em outra lei especial.

Noutro giro, o sujeito passivo dos crimes contra as relações de consumo é a coletividade de consumidores, ou seja, o conjunto de pessoas que participa das relações de consumo, englobando não apenas pessoas físicas e jurídicas determinadas, mas também a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que tenham intervindo nas relações de consumo (CDC, art. 2º, parágrafo único). À luz do art. 29 do CDC, a coletividade de consumidores também abrange todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais criminalizadas no art. 7º da Lei n. 8.137/90.

32.2. Tipificação dos crimes contra os interesses econômicos dos consumidores.

Pelo menos em regra, cada comportamento típico é descrito através de normas penais autônomas. É o que ocorre no âmbito do Código Penal e na Legislação Especial. Fugindo à regra geral, o art. 7º da Lei n. 8.137/90 elenca em seus incisos tipos penais incriminadores diversos, com gravidades igualmente distintas, compartilhando, todavia, do mesmo preceito secundário.

De todo modo, é importante esclarecer que não se trata de um tipo penal misto alternativo ou de conteúdo variado. Pelo contrário. Conquanto todas as figuras delituosas estejam listadas no art. 7º, cada um dos seus nove incisos funciona como uma norma penal incriminadora autônoma, diversa das demais. Logo, se o agente realizar mais de uma conduta que encontre subsunção em um dos incisos do art. 7º, deverá responder por tantos crimes quantos forem os praticados, seja em concurso material, seja em concurso formal ou crime continuado.

> **Art. 7º** (...)
> (...)
> **I** - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;
> (...)

33. FAVORECIMENTO INDEVIDO DE CONSUMIDOR.

O primeiro crime contra os interesses econômicos dos consumidores definido pelo art. 7º da Lei n. 8.137/90 consiste em *favorecer ou preferir*, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores. O legislador visa coibir eventual tratamento discriminatório em detrimento de certos consumidores.

33.1. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º da Lei n. 8.137/90.

33.2. Sujeitos do delito.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º da Lei n. 8.137/90.

33.3. Tipo objetivo.

O art. 2º, inciso II, da Lei n. 1.521/51, possui a seguinte redação: "Favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os

169. De se lembrar que não se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação a crimes contra as relações de consumo. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor aos comentários ao art. 11 da Lei n. 8.137/90.

sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores". Comparando-se a redação desse dispositivo legal com o tipo penal do inciso I do art. 7º da Lei n. 8.137/90, é de rigor a conclusão no sentido de que este último tem conteúdo mais amplo, abrangendo aquela conduta. Logo, por se tratar de norma posterior que regulamentou integralmente a matéria, conclui-se que o art. 7º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, causou a revogação tácita do art. 2º, II, da Lei n. 1.521/51, nos exatos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O tipo penal sob comento faz uso de dois verbos: a) **favorecer:** significa conceder benefícios, regalias a alguém; b) **preferir:** consiste em designar, escolher, nomear, privilegiar alguém.

Os dois verbos nucleares – favorecer/preferir – demonstram que o agente privilegia um comprador ou freguês em detrimento de outro *sem justa causa*. A *justa causa* a que se refere o preceito primário funciona como elemento normativo especial do tipo e deve ser compreendida como aqueles casos em que o tratamento diferenciado conferido ao consumidor revela-se adequado às práticas comerciais.

De um lado, parte da doutrina sugere que a expressão *justa causa* abrange situações como o fato de se tratar de um consumidor idoso, gestante, portador de deficiência, entre outros critérios. Com base nesse raciocínio, na eventualidade de o fornecedor conferir um tratamento diferenciado a um determinado consumidor pelo fato de se tratar, por exemplo, de um idoso, a conduta seria atípica, porque, *in casu*, haveria *justa causa* legitimando esse tratamento diferenciado.[170]

Com a devida vênia, preferimos concluir que a justificante de eventuais privilégios ou favorecimentos deve ficar restrita àqueles casos em que a conduta do fornecedor tenha idoneidade para atingir os interesses econômicos dos outros consumidores. Por mais repulsivo que seja o tratamento discriminatório conferido ao idoso[171] ou a outras pessoas em situação de vulnerabilidade, não se pode perder de vista que o delito do art. 7º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, é espécie de crime contra a ordem econômico-financeira. Logo, é intuitivo que sua aplicação há de ficar restrita àqueles casos em que houver algum tipo de tratamento privilegiado a certos consumidores, com idoneidade para afetar os interesses econômicos de outros consumidores no mercado varejista.[172]

Esse favorecimento indevido deve ser dado a um comprador ou freguês. Por **comprador** se compreende o adquirente de produto ou serviço, em razão de contrato de compra e venda tácito ou expresso. **Freguês**, por sua vez, é a pessoa que adquire mercadorias em um estabelecimento comercial com certa habitualidade. Se as duas expressões eram adequadas por ocasião da entrada em vigor da Lei que define os crimes contra a economia popular – Lei n. 1.521/51 –, parece-nos tecnicamente indevida a sua utilização no cenário atual, daí por que se revela recomendável que o *comprador* e o *freguês* sejam enquadrados no conceito de *consumidor*.

Conquanto o legislador não estabeleça expressamente as hipóteses que autorizam eventual tratamento diferenciado entre os consumidores, ou seja, a *justa causa* que teria o condão de afastar a tipicidade formal do delito, ressalva, em sua parte final, situação que não está abrangida pela descrição típica, qual seja, o *sistema de entrega a consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores*.

De acordo com a doutrina,[173] o texto legal refere-se à tradicional prática comercial de diferenciação das operações realizadas no atacado e no varejo. *Varejo* diz respeito ao comércio de produtos e serviços em pequenas quantidades, diretamente ao consumidor final. *Atacado*, por sua vez, consiste na comercialização feita em grandes quantidades, geralmente com preços mais baratos, para intermediários que atuam no varejo. A distinção da natureza das operações realizadas no atacado e no varejo acaba justificando o tratamento diferenciado, sem que se possa objetar eventual violação aos interesses econômicos do consumidor. Deveras, se o fornecedor de determinado produto ou serviço atua somente no atacado, limitando suas operações comerciais a intermediários e revendedores, fornecendo-lhes produtos e serviços com um preço menor, porém em quantidade maior, não se pode lhes imputar o crime do inciso I do art. 7º se acaso se negarem a atender o consumidor final. Por isso, o ideal é concluir que o crime sob comento visa à preservação dos interesses econômicos dos consumidores através da igualdade de tratamento entre consumidores no mercado varejista.

170. Com esse entendimento: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 184.

171. Atente-se o leitor para o crime do art. 96 do Estatuto do Idoso ("Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade").

172. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Econômico*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 620-621.

173. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 618-619.

33.4. Tipo subjetivo.

A conduta é punida exclusivamente a título doloso. Eventual erro quanto à presença da *justa causa* deve ser tratado como erro de tipo. Deveras, por mais que a expressão *justa causa* geralmente esteja relacionada à ilicitude, funciona, especificamente no caso do art. 7º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, como uma elementar do tipo. Por consequência, a presença de *justa causa* para a concessão de privilégios a determinado consumidor exclui a tipicidade, e não a ilicitude. Não se admite a punição da modalidade culposa. Por consequência, eventual erro de tipo, ainda que vencível, acarreta a atipicidade da conduta, nos termos do art. 20, *caput*, do Código Penal.

33.5. Consumação e tentativa.

A consumação do delito não demanda a produção de nenhum resultado lesivo, nem tampouco a demonstração de perigo concreto. Trata-se, pois, de crime de perigo abstrato. Por consequência, pelo menos para fins de consumação do delito, basta que seja demonstrado que o fornecedor favoreceu ou preferiu certo consumidor em detrimento de outros, independentemente de eventual prejuízo econômico decorrente da conduta discriminatória.

O verbo *preferir* traz consigo a ideia de crime unissubsistente, já que tal conduta não pode ser fracionada. Ora, se o agente ainda não praticou nenhum ato concreto demonstrando tal preferência, ainda se encontra na fase da cogitação, daí por que sua conduta deve ser considerada como um comportamento impunível. Nesse caso, revela-se inadmissível a caracterização da tentativa. Especificamente quanto ao verbo *favorecer*, seria, em tese, possível, a tentativa, já que se trata de conduta que pode ser fracionada em vários atos. Ocorre que o agente que *tenta favorecer* já manifestou, anteriormente, *preferência* por determinado consumidor, o que, por si só, nos leva à modalidade consumada do delito, porém com base no verbo *preferir*.

33.6. Classificação doutrinária.

O delito do inciso I do art. 7º da Lei n. 8.137/90 pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio**: o sujeito ativo deve ser fornecedor de produtos e serviços; b) **crime de mera conduta:** consuma-se com a realização do comportamento descrito no tipo penal, sem que haja necessidade de se constatar a ocorrência de resultado de dano ou de perigo concreto; c) **crime de perigo abstrato:** há uma presunção relativa de que a prática de favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, representa um risco ao bem jurídico tutelado, sendo desnecessária, portanto, a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que o tipo penal visa evitar; **d) crime instantâneo:** configura-se com a exteriorização da preferência ou do privilégio concedido, sem justa causa, a consumidor no mercado varejista; e) **crime unissubjetivo:** pode ser praticado por um único indivíduo, sem prejuízo de eventual concurso de agentes.

> **Art. 7º** (...)
>
> (...)
>
> **II** - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;
>
> (...)

34. MERCADORIA COM ESPECIFICAÇÕES INCORRETAS.

O tipo penal do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, visa coibir práticas que possam levar o consumidor a erro, seja em virtude da venda ou exposição à venda de mercadoria em desacordo com as prescrições legais, seja pelo fato de não corresponder à respectiva classificação oficial.

34.1. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

34.2. Sujeitos do crime.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

34.3. Tipo objetivo.

O inciso II do art. 7º contempla os seguintes verbos nucleares:

a) **vender:** consiste em fornecer, comercializar, negociar, alienar onerosamente;

b) **expor à venda:** significa pôr à vista, mostrar, apresentar, oferecer, exibir para a venda.

O objeto material dessa *venda* ou *exposição à venda* é a *mercadoria*, a ser compreendida como o produto que se compra ou que se vende, ou que se produz para troca, e não para uso ou consumo do produtor.

Consoante Luiz Regis Prado,[174] as demais elementares desse dispositivo podem ser conceituadas no seguinte sentido: a) **embalagem**: constitui o invólucro, recipiente ou qualquer forma de acondicionamento, removível ou não, destinada a cobrir, empacotar, envasar, proteger ou manter, especificamente ou não, as mercadorias; b) **tipo**: significa a espécie, ou o exemplar de qualquer coisa que, estabelecido ou instituído dentro de uma regular padronização, serve de modelo para classificar as coisas da mesma natureza, enfim, o tipo estabelece a qualidade, o formato, bem como outras condições para classificar determinada mercadoria; c) **especificação**: é a individualização das coisas de acordo com as suas espécies; d) **peso**: é uma grandeza utilizada para medir, no âmbito das relações de consumo, a quantidade das coisas, através de unidades como grama, quilograma, tonelada, etc.; e) **composição**: consiste nas substâncias ou elementos que integram uma mercadoria.

O crime do inciso II do art. 7º da Lei n. 8.137/90 funciona como espécie de norma penal em branco, já que o tipo penal incriminador demanda dupla complementação. De fato, a venda ou exposição à venda de mercadoria deve ocorrer *em desacordo com as prescrições legais* ou *não correspondendo à respectiva classificação oficial*. Diversas mercadorias só podem ser colocadas no mercado de consumo se observada a regulamentação de órgãos oficiais de controle, como, por exemplo, a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT –, ou outras entidades credenciadas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO. As normas editadas por esses órgãos devem ser utilizadas como complemento do tipo penal para fins de caracterização do crime.

Com a entrada em vigor do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, operou-se a revogação tácita do crime contra a economia popular previsto no inciso III do art. 2º da Lei n. 1.521/51 ("Expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição"). Afinal, norma posterior cuidou integralmente da matéria regulamentada por dispositivo legal anterior (Decreto-Lei n. 4.657/42, art. 2º, §1º, *in fine*).

Há um conflito aparente de normas entre o art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, e o art. 276 do Código Penal, que tipifica o delito de *produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores* nos seguintes termos: "Vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275". O conflito está presente em relação à venda ou exposição à venda de produto nas condições do art. 275 do CP ("Inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada").

Deveras, a conduta de *vender ou expor à venda produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais* – arts. 276 e 275 do CP – pode ser compreendida como espécie do gênero *mercadoria* – art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 –, ao passo que *inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos, a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada* – art. 276 do CP – encontra-se abrangida na expressão *embalagem, especificação, peso ou composição em desacordo com as prescrições legais* a que se refere o inciso II do art. 7º da Lei n. 8.137/90.

Nesse caso, o conflito aparente deve ser solucionado com base no princípio da especialidade, levando-se em consideração que o art. 276 funciona como norma especial em relação ao art. 7º, II, da Lei n. 8.137/90, porquanto especifica a natureza dos produtos – alimentícios, terapêuticos e medicinais –, assim como a modalidade concreta de infração das prescrições legais para a proteção da saúde pública. Por conseguinte, por mais que o crime contra a ordem econômica descreva condutas mais abrangentes, a especificidade da proteção ao bem jurídico *saúde pública* constante do art. 276 do Código Penal deve tornar sua aplicação prioritária em relação àquele dispositivo legal.[175]

34.4. Tipo subjetivo.

Para que o agente seja punido pela conduta delituosa na modalidade dolosa, é indispensável a demonstração de que tinha consciência de que fazia a venda ou exposição à venda de mercadoria *em desacordo com as prescrições legais, ou não correspondendo à classificação oficial*. Eventual erro quanto às prescrições legais ou quanto à classificação oficial, se invencível, afasta o dolo e a culpa; se vencível, o agente poderá ser punido pela modalidade culposa, tal qual previsto no art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90, reduzindo-se a pena de detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

174. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 185.

175. Com esse entendimento: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Econômico*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 626.

34.5. Consumação e tentativa.

O delito consuma-se com a venda ou com a exposição à venda, que logicamente se consuma em momento anterior àquele da venda. O verbo *vender* pode ser fracionado – crime plurissubsistente –, do que se conclui que admite a tentativa. No entanto, só se pode cogitar em *venda tentada* se não tiver havido anterior exposição à venda, hipótese em que o delito já estaria consumado com base na conduta *expor à venda*. Por fim, *expor à venda* é espécie de crime unissubsistente. Portanto, não admite o *conatus*.

34.6. Classificação doutrinária.

O crime do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio**; b) **crime de mera conduta**; c) **crime de perigo abstrato**; d) **crime unissubjetivo**; e) **crime plurissubsistente**, em relação ao verbo *vender*, e **unissubsistente**, quanto à modalidade *expor à venda*.

> **Art. 7º** (...)
>
> (...)
>
> **III** - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo;
>
> (...)

35. MISTURA DE MERCADORIAS DIFERENTES.

À semelhança dos incisos anteriores, o presente tipo penal também visa tutelar os interesses econômicos dos consumidores, tentando coibir a prática relativamente comum de fraudar a composição de produtos por meio da mistura de mercadorias diferentes.

35.1. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

35.2. Sujeitos do crime.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

35.3. Tipo objetivo.

Por se tratar de norma posterior que regulamentou integralmente a matéria tratada por lei anterior, é de rigor a conclusão no sentido de que o art. 7º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, revogou tacitamente o crime contra a economia popular do art. 2º, inciso V, da Lei n. 1.521/51 ("Misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-lo por preço marcado para os de mais alto custo").

O comportamento incriminado é descrito pelo verbo *misturar*, que significa mesclar, embaralhar, confundir, juntar com coisas diferentes. A conduta deve recair sobre *gêneros e mercadorias de espécies diferentes* ou sobre *gêneros e mercadorias de qualidades desiguais*.

No âmbito dos crimes contra as relações de consumo, a expressão *gênero* deve ser compreendida como a agrupação de produtos com características essenciais semelhantes. *Mercadoria*, por sua vez, é todo bem móvel que pode ser objeto de um contrato de compra e venda.

Com o objetivo de ludibriar o consumidor, vendendo ou expondo à venda como se fossem puros, o fornecedor mistura fraudulentamente gêneros de uma espécie com outros diferentes, assim como mescla mercadorias de uma espécie com outras diferentes. A mistura também é feita entre gêneros de qualidades desiguais, ou entre mercadorias de qualidades desiguais, a fim de que esta desigualdade repercuta no preço do gênero e da mercadoria. É o que ocorre, por exemplo, quando o fornecedor vende carne bovina de primeira qualidade, misturando-a com carne bovina de segunda qualidade, logicamente pelo preço daquela, sem que o consumidor tenha ciência da mistura.

Há certa controvérsia quanto ao fato de o crime do inciso III do art. 7º da Lei n. 8.137/90 ter revogado tacitamente o crime do art. 175, inciso II, do Código Penal ("Art. 175. Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: (...) II – entregando uma mercadoria por outra"). De um lado, há quem entenda que os dois dispositivos continuam vigentes, porquanto o crime do art. 175, II, do CP, é mais genérico que aquele, abrangendo a fraude sobre a qualidade, quantidade e composição da mercadoria entregue ao adquirente ou ao consumidor, ao passo que o crime do art. 7º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, tem seu âmbito de aplicação restrito à *mistura*. De nossa parte, preferimos concluir que o inciso III do art. 7º da Lei n. 8.137/90 produziu a revogação do art. 175, II, do CP, não apenas por ser mais abrangente que aquele, mas também pelo fato de

cominar pena significativamente maior do que aquela cominada ao crime patrimonial.

35.4. Tipo subjetivo.

Para além do dolo genérico de misturar gêneros e mercadorias sabendo que são de espécies diferentes ou de qualidades desiguais, a configuração do crime também depende da presença de um especial fim de agir, consubstanciado nas expressões "para vendê-los ou expô-los à venda como puros" e "para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo". Aliás, é exatamente desse dolo específico que sobressai o desvalor do injusto, porquanto revela o intuito do fornecedor de ludibriar o consumidor, que tem seus interesses econômicos lesados pelo fato de adquirir uma mercadoria como se fosse pura, quando, na verdade, resulta da mistura de espécies diferentes ou de qualidades desiguais.

O parágrafo único do art. 7º da Lei n. 8.137/90 deixa claro que o crime do inciso III do art. 7º da Lei n. 8.137/90 também pode ser punido na modalidade culposa. Sem embargo de haver previsão legal de punição da modalidade culposa, parece-nos inviável o seu reconhecimento. Explica-se: é no mínimo contraditório – pra não dizer absurdo – o fato de o legislador autorizar a punição de determinada conduta na modalidade culposa se tal crime exige a presença de um dolo específico (especial fim de agir). Em outras palavras, como se pode admitir o reconhecimento de uma conduta culposa, resultante da inobservância do dever objetivo de cuidado – imprudência, negligência ou imperícia –, se a própria lei exige que o agente tenha agido de maneira intencional? Por conseguinte, o ideal é não admitir a punição do delito na modalidade culposa.[176]

35.5. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito com a mistura fraudulenta, pouco importando se houve efetivo prejuízo a consumidores determinados. Logicamente, é necessário aferir a idoneidade da conduta do agente para atentar contra o bem jurídico tutelado – interesses econômicos dos consumidores –, assim como o especial fim de agir de obtenção de vantagem ilícita decorrente da cobrança de preço mais elevado para mercadoria que resulta da mistura de espécies diversas.

Como se trata de crime plurissubsistente, é perfeitamente possível a configuração da tentativa, caso a execução da conduta seja interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente.

35.6. Classificação doutrinária.

O crime do inciso III do art. 7º da Lei n. 8.137/90 pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio;** b) **crime de mera conduta;** c) **crime de perigo abstrato;** d) **crime unissubjetivo;** e) **crime plurissubsistente**: o verbo *misturar* pode ser fracionado em atos diversos.

> **Art. 7º** (...)
>
> (...)
>
> **IV** - fraudar preços por meio de:
>
> **a)** alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;
>
> **b)** divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;
>
> **c)** junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;
>
> **d)** aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;
>
> (...)

36. FRAUDE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR.

A norma incriminadora do art. 7º, inciso IV, da Lei n. 8.137/90, também visa tutelar os interesses econômicos dos consumidores, coibindo a defraudação de preços de produtos e serviços.

36.1. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

36.2. Sujeitos do crime.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

36.3. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do inciso IV é *fraudar,* que consiste em enganar, lesar, utilizar algum artifício para enganar o consumidor. Esta *fraude* deve recair sobre o *preço,* que consiste no valor pecuniário atribuído ao produto ou serviço. Enfim, o delito resta caracterizado quando o fornecedor, por meio de uma das condutas listadas nas alíneas do inciso IV, logra êxito em empregar algum tipo de fraude capaz de repercutir sobre os preços do produto

176. Com entendimento semelhante: BITENCOURT. Op. cit. p. 630.

ou do serviço, causando prejuízo aos interesses econômicos dos consumidores.

Nas alíneas "a", "b", "c" e "d", o inciso IV do art. 7º dispõe, taxativamente, sobre os meios através dos quais a defraudação de preços é praticada:

a) **alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço**: a fraude consiste no emprego pelo agente de engodo, artifício, ardil, ilusão ou engano, que tenha como objetivo levar o consumidor a erro ou à falsa aparência da realidade. Em outras palavras, o conteúdo não corresponde àquilo que é ofertado pelo fornecedor. Cuida-se de conduta comissiva. A fraude punida por esta alínea "a" consiste na alteração (mudança), sem modificação essencial ou de qualidade (hipóteses previstas no inciso III do art. 7º), de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem (coisa que tem utilidade para alguém e que é destinada ao consumo, abrangendo tanto bens duráveis quanto não duráveis) ou serviço (atividade, trabalho). Ou seja, buscando auferir lucro indevido, o fornecedor altera quaisquer elementos do bem ou do serviço. Enfim, o preço que seria correto acaba sendo fraudado. O uso da expressão *tais como* demonstra que o rol de condutas fraudulentas descritas nesta alínea "a" não é taxativo, mas meramente exemplificativo, desde que evidenciado, evidentemente, o seu caráter fraudulento (engodo, má-fé, dissimulação);

b) **divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto**: nesse caso, a conduta incriminada consiste em proceder à divisão (cisão, fracionamento) em partes de bem (coisa ou produto que tem utilidade para alguém, durável ou não) ou serviço (atividade, trabalho) que habitualmente é oferecido à venda em conjunto. Ou seja, por meio de fraude, o fornecedor de bens ou serviços leva o consumidor a comprar ou contratar em partes, a despeito de a praxe ser diversa. O elemento normativo do tipo *habitualmente* denota que deve ser demonstrado que o bem ou serviço é reiterada ou usualmente oferecido à venda em conjunto, de acordo com os usos e costumes de determinada região. A título de exemplo, suponha-se que determinado bem seja comercializado por meio de uma oferta *2 (dois) por 1 (um)*, na qual o consumidor paga somente o valor de uma unidade, mas recebe a outra gratuitamente. Nessa hipótese, se restar demonstrado que o fornecedor separou os produtos para vendê-los separadamente, deverá responder pelo crime do art. 7º, IV, alínea "b", da Lei n. 8.137/90;

c) **junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado**: a alínea "c" contempla situação inversa àquela tipificada na alínea anterior ("b"). Nessa hipótese, incrimina-se a conduta daquele que procede à junção (união, reunião) de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado. À semelhança da alínea anterior, o legislador faz uso do elemento normativo *comumente*, o que significa dizer que deve ser aferido se o bem ou serviço costuma ser oferecido no mercado de consumo para a venda em separado. A lei visa coibir a imposição de algo que o consumidor não deseja. Basta imaginar, por exemplo, a abertura de uma conta corrente, sendo imposta ao consumidor a contratação de um cartão de crédito, o que certamente irá produzir um aumento do preço final do serviço que lhe é prestado;

d) **aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços**: com o objetivo de enganar o consumidor, fraudando o preço final, o fornecedor procede ao aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços. O *aviso* nada mais é do que a informação, a notícia ou a comunicação de algo a outrem. A inclusão é a inserção, o adendo, a utilização. *Insumo*, por sua vez, é o elemento que entra no processo de produção de mercadorias ou serviços. Como se percebe, a alínea sob comento incrimina a conduta do agente que, objetivando enganar a vítima sobre o real valor do produto ou do serviço, divulga informação não verdadeira acerca da inclusão de determinado elemento no processo de produção do bem ou na prestação de serviço. Em outras palavras, o consumidor paga um preço mais elevado por acreditar que o bem ou serviço teria sido produzido com determinado insumo, quando, na verdade, está recebendo coisa diversa.

36.4. Tipo subjetivo.

O delito é punido exclusivamente a título de dolo. Não se admite a punição da modalidade culposa.

36.5. Consumação e tentativa.

O delito estará consumado quando os produtos ou serviços forem ofertados no mercado de consumo com o preço fraudado, por meio de uma

das condutas taxativamente descritas nas alíneas do inciso IV do art. 7º, sem que haja necessidade de se constatar a obtenção de qualquer vantagem econômica pelo fornecedor, nem tampouco a ocorrência de prejuízo concreto para determinado consumidor. Afinal, cuida-se de crime de perigo abstrato. Pelo menos em tese, admite-se a tentativa.

36.6. Classificação doutrinária.

Trata-se de **crime próprio, de mera conduta e de perigo abstrato**.

> **Art. 7º (...)**
> (...)
> **V** - elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais;
> (...)

37. COBRANÇA INDEVIDA DE TAXAS OU JUROS.

O tipo penal do inciso V do art. 7º da Lei n. 8.137/90 também visa à proteção dos interesses econômicos dos consumidores, com especial ênfase no combate à elevação do valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, por meio da exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais.

37.1. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

37.2. Sujeitos do crime.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

37.3. Tipo objetivo.

Elevar consiste em aumentar, incrementar, fazer subir. A conduta incriminada consiste em elevar o valor cobrado nas *vendas a prazo de bens ou serviços*, mediante a exigência de *comissão ou de taxa de juros ilegais*. *Venda a prazo* pode ser compreendida como a alienação de um bem ou a contratação de prestação de serviços por dinheiro, cujo valor, porém, não é integralmente recebido de imediato, no ato da alienação do bem ou na prestação do serviço. Cuida-se, pois, da comercialização de um produto ou serviço mediante o pagamento dentro de um determinado lapso temporal, devidamente convencionado pelas partes.

A elevação do valor cobrado nas vendas a prazo pode ser praticada de duas formas distintas:

a) **mediante a exigência de comissão**: além dos juros atinentes ao financiamento, o fornecedor cobra uma comissão, a ser compreendida como uma porcentagem do valor de uma transação comercial;

b) **mediante a exigência de taxa de juros ilegais**: nesse caso, o agente cobra uma taxa de juros que não encontra amparo legal. Trata-se de norma penal em branco, pois devemos nos socorrer da legislação extrapenal para fins de compreensão do conceito de *juros ilegais*.

Originariamente, a Constituição Federal previa em seu art. 192, §3º, que "as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar". Ocorre que esse dispositivo foi revogado pela Emenda Constitucional n. 40/2003.

Como o legislador da Emenda Constitucional n. 40/2003 não teve o cuidado de criar legislação específica que uniformizasse os limites das taxas de juros, poder-se-ia pensar, então, na aplicação do Código Civil. Isso porque, em um Capítulo que versa sobre *juros legais*, o referido *Codex* dispõe: "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional" (art. 406).

Considerando-se que o art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional, dispõe que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês", poder-se-ia concluir, inicialmente, que os jurados legais continuariam a ser de 12% ao ano, mesmo após a revogação do §3º do art. 192 da Constituição Federal. No entanto, não se pode perder de vista que o art. 406 do CC faz referência aos *juros moratórios*, e não aos *juros em geral*. Além disso, contempla três exceções à regra: quando forem convencionados, quando o forem com taxa estipulada ou quando não provierem de determinação legal. Por consequência, é de se concluir que, não se tratando de juros moratórios, ou mesmo em se cuidando deles, porém nas três hipóteses acima excepcionadas, não há uma definição legal do que seriam juros ilegais.

Seria o caso, então, de nos valermos do Decreto n. 22.626/33 (Lei da Usura), que dispõe sobre os juros nos contratos, orientando a questão dos juros remuneratórios e de mora nas operações

de empréstimos. A aplicabilidade desse diploma normativo, todavia, é restrita, pois não tem o condão de incidir sobre as instituições financeiras públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional, consoante disposto na súmula n. 596 do STF.

A propósito, eis o entendimento firmado pela 2ª Seção do STJ: "(...) ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS: a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA: a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora; b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual. ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS: Nos contratos bancários, não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês".[177]

Firmada a premissa de que o Decreto n. 22.626/33 não pode ser utilizado como referencial válido para as operações realizadas por instituições financeiras, o STJ passou a adotar as resoluções do Banco Central do Brasil para valoração dos casos em que se questionam a legalidade e a abusividade das tarifas de abertura de crédito (TEC) e emissão de *carnet* (TAC), assim como o disposto na Medida Provisória n. 2.170-36/2001, para análise da legalidade da capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Nesse sentido, confira-se: "(...) As tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC), por não estarem encartadas nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN), e ostentarem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor, quando efetivamente contratadas, consubstanciam cobranças legítimas, sendo certo que somente com a demonstração cabal de vantagem exagerada por parte do agente financeiro é que podem ser consideradas ilegais e abusivas, o que não ocorreu no caso presente. A cobrança de acréscimos indevidos a título de juros remuneratórios abusivos e de capitalização dos juros tem o condão de descaracterizar a mora do devedor. (...)".[178]

Conclui-se, pois, que não há, pelo menos por ora, um entendimento pacífico acerca dos limites das taxas de juros nem tampouco das comissões, que podem variar de acordo com a média dos valores praticados no mercado. Por tais motivos, grande parte da doutrina entende que as expressões *comissões ou taxas de juros ilegais* utilizadas pelo legislador no inciso V do art. 7º são incompatíveis com o mandato de taxatividade decorrente do princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX, c/c art. 1º do CP).[179]

37.4. Tipo subjetivo.

O delito é punido exclusivamente a título doloso. Eventual erro quanto à legalidade na cobrança de comissões e juros caracteriza erro de tipo. Seja ele vencível, seja ele invencível, a conduta será atípica, porquanto não se admite a punição dessa conduta na modalidade culposa.

37.5. Consumação e tentativa.

O crime consuma-se no exato momento em que ocorre a elevação do valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços. Como se trata de crime plurissubsistente, não se pode descartar a possibilidade de configuração da tentativa, que pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que a exigência de comissão ou taxa de juros ilegais nas vendas a prazo é feita por escrito, com a interrupção da conduta do agente antes que o anúncio chegue ao conhecimento de algum consumidor.

37.6. Classificação doutrinária.

Trata-se de crime **próprio**, de **mera conduta** e de **perigo abstrato**.

177. STJ, 2ª Seção, REsp 1.061.530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/10/2008, DJe 10/03/2009.

178. STJ, 4ª Turma, REsp 1.246.622/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11/10/2011, DJe 16/11/2011.

179. Nessa linha: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 253-254; BITENCOURT. Op. cit. p. 638.

Art. 7º (...)

(...)

VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

(...)

38. RECUSA DE VENDA PARA FINS DE ESPECULAÇÃO.

A conduta delituosa do inciso VI do art. 7º atenta contra os interesses econômicos dos consumidores e visa coibir a adoção de práticas ilegais destinadas a produzir o aumento dos preços de insumos ou bens.

38.1. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

38.2. Sujeitos do crime.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

38.3. Tipo objetivo.

São 2 (dois) os verbos utilizados no inciso VI: a) **sonegar:** tem o sentido de ocultar, encobrir, esconder; b) **reter**: consiste em segurar, ter firme, preservar o poder ou a posse de algo.

O objeto material sobre o qual recai a conduta são os *insumos*, ou seja, a matéria-prima, os componentes ou qualquer tipo de elemento utilizado na produção, ou preparação de produto ou serviço, ou *bens,* termo este que pode ser compreendido como sinônimo de produto, conceituado pelo CDC como qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, §1º).

A sonegação de bens ou insumos pode ser praticada por meio da recusa em vender bens ou insumos a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas. Nesse caso, o fornecedor dispõe do bem ou insumo para a venda, mas se recusa a fazê-lo, apesar de o consumidor estar disposto a comprá-lo nas condições publicamente ofertadas. De seu turno, por meio da retenção dos bens ou insumos, o fornecedor se vale da mentira e do engano, afirmando, falsamente, que o produto está em falta, quando, na verdade, dispõe de tais insumos e bens em seu estoque. A fraude consiste exatamente em produzir a ideia de que o insumo ou bem está em falta para fins de provocar um aumento do preço.

Em ambas as hipóteses, é necessário demonstrar que o agente agiu com o fim de especulação, é dizer, com o objetivo de produzir oscilações no preço dos produtos. Apesar de a expressão "para o fim de especulação" constar da parte final do inciso VI, não estando separada do verbo "reter" por vírgula, do que poderia derivar a conclusão de que este especial fim de agir aplicar-se ia apenas a esta última modalidade, o ideal é concluir que a finalidade especulativa deve estar presente em ambas as hipóteses. Afinal, se se trata de crime contra os interesses econômicos dos consumidores, não faria sentido em se criminalizar a conduta do fornecedor que sonega insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, senão se tal conduta fosse praticada com fins especulativos.[180]

38.4. Tipo subjetivo.

Para além do dolo genérico, caracterizado pela consciência e vontade de sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los, também se faz necessária a presença de um especial fim de agir, consubstanciado na finalidade de especulação, que deve estar presente em ambas as modalidades delituosas (sonegação e retenção).

38.5. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito com a mera sonegação de insumos ou bens, exatamente no momento em que o agente se recusa a vendê-los aos consumidores que se dispõem a comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou com a simples retenção, sem que seja necessário demonstrar a ocorrência de qualquer resultado naturalístico, já que se trata de crime de perigo abstrato. Pelo menos em tese, como se trata de conduta plurissubsistente, não se pode descartar a possibilidade de configuração da tentativa, por mais que, na prática, revele-se extremamente complicado, sob o ponto de vista probatório, comprovar que o agente teria dado início à execução do crime.

38.6. Classificação doutrinária.

Trata-se de crime **próprio**, de **mera conduta**, de **perigo abstrato**, **unissubjetivo** e **instantâneo,** configurando-se com a mera sonegação ou retenção de insumos ou bens.

180. Para Luiz Regis Prado (*Direito Penal Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 192), a finalidade de especulação aplica-se apenas à retenção de insumos ou bens.

Art. 7º (...)

(...)

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

(...)

39. INDUÇÃO DE CONSUMIDOR A ERRO.

O tipo penal do inciso VII do art. 7º da Lei n. 8.137/90 atenta não apenas contra os interesses econômicos dos consumidores, mas também contra o direito à informação, à saúde e à segurança dos consumidores.

39.1. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

39.2. Sujeitos do crime.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

39.3. Tipo objetivo.

Induzir a erro tem o sentido de causar engano, ludibriar, iludir, dar falsa aparência de realidade. Para fins de tipificação desse crime, essa fraude deve ser praticada por via de indicação ou afirmação falsa (mentirosa) ou enganosa (ilusória, propositadamente dúbia) sobre a natureza (espécie, essência) ou a qualidade (atributo, característica) de bem ou serviço. Esta afirmação falsa ou enganosa pode ser praticada por qualquer meio, até mesmo através da veiculação ou divulgação publicitária.

Importa diferenciarmos o crime do inciso VII do art. 7º da Lei n. 8.137/90 do delito do art. 66 do Código de Defesa do Consumidor ("Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços"). Apesar de os dois tipos penais tipificarem condutas ofensivas às relações de consumo, relacionadas às informações essenciais para que o consumidor forme sua opinião acerca dos produtos ou serviços a serem por ele adquiridos ou utilizados, o primeiro diferencia-se do segundo pelo fato de exigir que o consumidor tenha sido efetivamente induzido a erro, realizando a contratação do serviço ou a aquisição do produto, é dizer, cuida-se de crime material, ao passo que o delito do art. 66 demanda tão somente a idoneidade da afirmação falsa ou enganosa para levar o consumidor a equívoco, leia-se, é crime de mera conduta.

Entendimento semelhante também deve ser empregado quanto ao conflito aparente de normas entre o crime do art. 7º, VII, da Lei n. 8.137/90, e os delitos tipificados nos arts. 67 ("Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva") e 68 ("Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança") do CDC.

39.4. Tipo subjetivo.

A presente norma incriminadora é punida exclusivamente a título de dolo. Não se admite a punição da modalidade culposa.

39.5. Consumação e tentativa.

Como exposto anteriormente, o crime do inciso VII do art. 7º é espécie de crime material. Consuma-se, pois, quando o consumidor for efetivamente enganado pelas indicações ou afirmações falsas do fornecedor, o que pode ser comprovado, a depender do caso concreto, quando efetivada a contratação de determinado serviço ou a aquisição de um produto.

Como se trata de crime plurissubsistente, é cabível a tentativa. De fato, iniciada a indução do consumidor a erro através de afirmações falsas ou enganosas acerca da qualidade do produto ou do serviço, é possível que a execução do delito seja interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente, em momento anterior à efetivação da relação de consumo, o que, em tese, teria o condão de tipificar a tentativa do crime sob comento – art. 7º, VII, da Lei n. 8.137/90, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal. Ocorre que, a depender das circunstâncias do caso concreto, esta *tentativa de indução de consumidor a erro* pode caracterizar um dos crimes dos arts. 66, 67 e 68 do CDC, cuja aplicação tem preponderância sobre a figura delituosa da Lei n. 8.137/90 em virtude do princípio da especialidade.[181]

39.6. Classificação doutrinária.

O crime do inciso VII do art. 7º pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio;** b) **crime material**: a consumação do delito depende da produção do resultado naturalístico consubstanciado na indução do consumidor ou usuário

181. Nessa linha: BITENCOURT. Op. cit. p. 645.

a erro; c) **crime de dano**: o consumidor tem seus interesses econômicos lesados em virtude de ter sido induzido a erro; d) **crime unissubjetivo;** e) **crime plurissubsistente.**

> **Art. 7º (...)**
> (...)
> **VIII** - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;
> (...)

40. PROVOCAÇÃO DE ALTA FRAUDULENTA DE PREÇOS.

O crime do inciso VIII do art. 7º tutela os interesses econômicos dos consumidores, coibindo a prática abusiva de destruir, inutilizar ou danificar matérias-primas ou mercadorias, com o fim de provocar alta de preço.

40.1. Bem jurídico tutelado.

Consultar comentários ao art. 7º, *caput*, da Lei n. 8.137/90.

40.2. Sujeitos do delito.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao *caput* do art. 7º.

40.3. Tipo objetivo.

O art. 7º, inciso VIII, da Lei n. 8.137/90, regulamentou integralmente a matéria prevista no art. 3º, inciso I, da Lei n. 1.521/51 ("Destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo"). Logo, é de se concluir que acarretou sua revogação tácita, *ex vi* do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42).

O tipo penal sob comento faz uso dos seguintes verbos: a) **destruir:** consiste em fazer desaparecer, extinguir, aniquilar; b) **inutilizar:** significa tornar algo imprestável à finalidade a que se destina; c) **danificar:** significa estragar, prejudicar, deteriorar.

Os objetos materiais dessas três condutas são: a) **matéria-prima:** é o produto natural ou semi-faturado que deve ser submetido a um processo produtivo até se tornar um produto acabado; b) **mercadoria:** todo bem móvel que possa ser objeto de um contrato de compra e venda.

Há um conflito aparente de normas entre os crimes previstos nos incisos VI e VIII do art. 7º da Lei n. 8.137/90. Conquanto ambas as condutas tenham como objetivo precípuo a alteração artificiosa do preço, naquele o legislador descreve a conduta de *sonegar ou reter insumos ou bens* para o fim de especulação, ao passo que neste a conduta incriminada consiste em *destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria*, com o fim de provocar a alta de preço.

40.4. Tipo subjetivo.

Para além do dolo genérico, consubstanciado na vontade e consciência de destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, o legislador também impõe a presença de um especial fim de agir (dolo específico), qual seja, a finalidade de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros. É dizer, o agente produz a destruição da matéria-prima ou da mercadoria de modo a diminuir a oferta, objetivando, assim, o aumento artificial dos preços. Ausente esse especial fim de agir, o delito não restará configurado. Por consequência, a destruição de bens deteriorados, avariados ou com o prazo de validade vencido, sem a intenção de provocar o aumento dos preços, não tipifica o delito do inciso VIII do art. 7º, haja vista a ausência de potencialidade lesiva aos interesses econômicos dos contribuintes.

Não se admite a punição desse delito na modalidade culposa.

40.5. Classificação doutrinária.

O delito do art. 7º, inciso VIII, pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio;** b) **crime de perigo abstrato**: conquanto o tipo penal do inciso VIII do art. 7º descreva a produção de um resultado naturalístico – destruição, inutilização ou danificação de matéria-prima ou de mercadoria –, este resultado, isoladamente considerado, não produz nenhum tipo de lesão ao bem jurídico tutelado, representando, na verdade, um comportamento potencialmente ofensivo aos interesses econômicos dos consumidores, daí por que o delito sob comento deve ser classificado como crime de perigo abstrato, e não de dano; c) **crime unissubjetivo;** d) **crime plurissubsistente.**

> **Art. 7º (...)**
> (...)

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

41. MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA CONSUMO.

Originariamente, esta figura delituosa estava prevista no art. 62 do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos: "Art. 62. Colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. §1º Se o crime é culposo: Pena – Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. §2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte". Ocorre que este tipo penal acabou sendo vetado pelo então Presidente da República, sob o argumento de que a norma não era precisa, nem tampouco determinada, violando, assim, o princípio da legalidade.

41.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança dos crimes anteriores do art. 7º da Lei n. 8.137/90, o inciso IX visa proteger as relações de consumo, em especial a segurança e a saúde dos consumidores, objetivando evitar que produtos em condições impróprias ao consumo sejam introduzidos no mercado consumerista. A imprestabilidade de determinado produto também pode causar prejuízos aos interesses econômicos dos consumidores, a exemplo do que ocorre quando se dá a compra de um produto falsificado, corrompido, adulterado, etc.

41.2. Sujeitos do crime.

Consultar comentários ao *caput* do art. 7º.

41.3. Tipo objetivo.

A conduta típica é descrita por meio das seguintes condutas:

a) **vender:** significa alienar mediante contraprestação. Essa contraprestação não necessariamente precisa ser dinheiro, podendo restar caracterizada pela entrega de outro objeto de valor econômico. A consumação dessa conduta independe da tradição da matéria-prima ou da mercadoria. Basta, na verdade, o acordo de vontades;

b) **ter em depósito:** consiste em manter em reservatório ou armazém, conservando a coisa. Caracteriza-se pela mobilidade e transitoriedade, no sentido de ser possível um rápido deslocamento da matéria-prima ou da mercadoria de um lugar para outro;

c) **expor à venda:** deve ser compreendido como exibir, mostrar ou apresentar algo com a finalidade de comercializá-lo;

d) **entregar:** significa dar, trasladar, passar de uma pessoa para outra.

Essas condutas devem recair sobre: a) **matéria-prima:** produto natural ou semifaturado que deve ser submetido a um processo produtivo até que se transforme em um produto acabado; b) **mercadoria:** consiste em um bem móvel que possa ser objeto de um contrato de compra e venda.

Para que o crime reste caracterizado, essa matéria-prima ou mercadoria deve estar em *condições impróprias para o consumo*. Como a Lei n. 8.137/90 não define expressamente o que são *condições impróprias ao consumo*, parece-nos possível a utilização do Código de Defesa do Consumidor, que preceitua em seu art. 18, §6º, que são impróprios ao uso e consumo: I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam. Cuida-se, pois, de verdadeira norma penal em branco.

Na visão da 1ª Turma do Supremo, a comprovação desse delito do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, demanda a comprovação da impropriedade do produto para uso, pelo que imprescindível a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos, comprovando que a mercadoria era, de fato, inadequada ao consumo.[182]

Há um conflito aparente de normas entre o art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, e o delito de

182. STF, 1ª Turma, HC 90.779/PR, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 202 23/10/2008. No mesmo sentido: STJ, 5ª Turma, REsp 1.113.330/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 01/03/2010; STJ, 5ª Turma, REsp 1.154.774, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/04/2010, DJe 28/06/2010; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.111.736/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/12/2013. Na visão da 5ª Turma do STJ, a caracterização do crime do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, demanda a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estão em condições impróprias para o consumo, não sendo suficiente, para a comprovação da materialidade delitiva, auto de infração informando a inexistência de registro do Serviço de Inspeção Estadual (SIE) nas mercadorias expostas à venda (art. 18, §6º, II, do CDC): STJ, 5ª Turma, RHC 49.752/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/04/2015, DJe 22/04/2015. Em julgados mais antigos, a 1ª Turma do Supremo e a 6ª Turma do STJ manifestaram-se em sentido contrário, sustentando que não haveria necessidade de exame pericial, na medida em que o produto com prazo de validade vencido já traria ínsita uma presunção de perigo: STF, 1ª Turma, RHC 80.090/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 16/06/2000; STJ, 6ª Turma, RHC 15.087/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05/02/2007 p. 379.

fraude no comércio, previsto no art. 175 do Código Penal ("Art. 175. Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II – entregando uma mercadoria por outra"). São pelo menos 3 (três) as correntes acerca do assunto:

a) **revogação tácita do art. 175 do CP**: de um lado, há quem entenda que a integralidade do art. 175 do Código Penal teria sido tacitamente revogada pelo art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90;

b) **revogação tácita do inciso I do art. 175 do CP:** outra corrente sustenta que apenas o inciso I do art. 175 do CP teria sido revogado, já que a ação de entregar mercadoria em *condições impróprias ao consumo* engloba aquelas que foram *falsificadas ou deterioradas*;

c) **não revogação do art. 175 do CP:** a nosso juízo, o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, não regulamentou integralmente a matéria prevista no art. 175 do Código Penal. Portanto, à luz do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não há falar em revogação tácita do crime de fraude no comércio. Por consequência, o conflito aparente de normas deve ser solucionado diante das circunstâncias do caso concreto. Como observa Bitencourt, "o art. 175 do CP tem como sujeito passivo o *adquirente* e o *consumidor* de mercadoria, sendo, por isso, mais amplo que o crime do art. 7º, IX, que em relação às fraudes envolvendo mercadorias tem como sujeito passivo somente o consumidor. Desse modo, será aplicável o art. 175 quando a fraude na venda ou na entrega de mercadoria for praticada, por exemplo, pelo fabricante em detrimento do distribuidor ou revendedor. Ademais, o §1º do art. 175 do CP tipifica comportamento específico que tem como objeto metal ou pedra, sendo sua aplicação preferente em face do princípio da especialidade".[183]

Também se pode vislumbrar um conflito aparente de normas no tocante aos crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios (CP, art. 272) e falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP, art. 273). Nesse caso, o conflito deve ser dirimido com base no princípio da especialidade, nos seguintes termos: cuidando-se de produto alimentício, aplica-se o art. 272 do CP; se a mercadoria for produto destinado a fins terapêuticos e medicinais, aplica-se o art. 273 do CP.

Pelo menos em relação às *mercadorias nocivas à saúde,* o crime do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, também funciona como norma especial em relação ao crime do art. 278 do CP ("Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal").

41.4. Tipo subjetivo.

O crime do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, é punido não apenas a título de dolo, mas também na modalidade culposa. Logo, quando o agente deixar de observar seu dever objetivo de cuidado, vendendo, mantendo em depósito, expondo a venda, ou entregando matérias-primas e mercadorias em condições impróprias para o consumo, deverá responder pelo referido delito a título culposo, nos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei n. 8.137/90.

41.5. Consumação e tentativa.

Trata-se de crime de perigo abstrato. Logo, a consumação do crime do inciso IX do art. 7º ocorre com a mera realização dos comportamentos descritos no tipo penal, sem que haja necessidade de efetivo prejuízo para consumidores determinados, ou qualquer outro tipo de resultado lesivo ou perigo concreto. Concretizada a venda, a exposição à venda, a manutenção em depósito ou a efetiva entrega da matéria-prima ou da mercadoria imprópria para o consumo, impõe-se o reconhecimento da modalidade consumada do delito.

Os verbos *vender, ter em depósito* e *entregar* denotam a existência de um crime plurissubsistente, do que se conclui que a tentativa seria possível. A *exposição à venda,* porém, é crime unissubsistente, não admitindo, pois, o *conatus.* De todo modo, quanto aos verbos *vender* e *entregar,* é de todo importante aferir se não houve prévia *exposição à venda.* Em caso afirmativo, o crime já terá se consumado na modalidade *exposição à venda.*

41.6. Classificação doutrinária.

O delito do inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.137/90, pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime próprio**; b) **crime de mera conduta**; c) **crime de perigo abstrato**; d) **crime unissubjetivo;** e) **crime plurissubsistente,** quanto aos verbos *vender, ter*

183. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Econômico.* Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 655.

em depósito e *entregar*, e **unissubsistente,** quanto ao verbo *expor à venda*.

CAPÍTULO III
Das Multas

Art. 8° Nos crimes definidos nos arts. 1° a 3° desta lei, a pena de multa será fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Parágrafo único. O dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a 14 (quatorze) nem superior a 200 (duzentos) Bônus do Tesouro Nacional BTN.

Art. 9° A pena de detenção ou reclusão poderá ser convertida em multa de valor equivalente a:

I - 200.000 (duzentos mil) até 5.000.000 (cinco milhões) de BTN, nos crimes definidos no art. 4°;

II - 5.000 (cinco mil) até 200.000 (duzentos mil) BTN, nos crimes definidos nos arts. 5° e 6°;

III - 50.000 (cinquenta mil) até 1.000.000 (um milhão de BTN), nos crimes definidos no art. 7°.

Art. 10. Caso o juiz, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas nesta lei, poderá diminuí-las até a décima parte ou elevá-las ao décuplo.

42. MULTA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

Pelo menos em relação aos crimes previstos nos arts. 1º a 3º da Lei n. 8.137/90, a pena de multa deve ser aplicada em consonância com o disposto no art. 8º do referido diploma normativo.

O art. 9º autoriza a substituição das penas de detenção ou reclusão por multas, obviamente de valores mais elevados. Atente-se, todavia, para o fato de os incisos I e III do art. 9º ressalvarem a aplicação desse benefício exclusivamente aos crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, previstos, respectivamente, nos arts. 4º e 7º, da Lei n. 8.137/90, jamais aos crimes tributários dos arts. 1º a 3º.[184] Logo, a despeito de o preceito secundário do art. 4º da Lei n. 8.137/90 fazer uso da conjunção aditiva "e" – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos *e* multa –, do que se poderia concluir que a sanção pecuniária deve ser aplicada de maneira cumulativa, o art. 9º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, autoriza a substituição da pena privativa de liberdade exclusivamente por uma pena de multa. Em outras palavras, a pena cominada ao referido delito deve ser lida nos seguintes termos: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos *ou* multa. Nesse caso, como há norma específica em lei especial autorizando a substituição da pena privativa de liberdade por multa, não se aplica a súmula n. 171 do STJ ("Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa").

A grande controvérsia acerca dos arts. 8º e 9º da Lei n. 8.137/90 diz respeito ao fato de o valor do dia-multa ter sido fixado em Bônus do Tesouro Nacional (BTN), que foi extinto pela Lei n. 8.177/91, e não em salários mínimos, como se dá no âmbito do Código Penal. O que fazer, então, diante da extinção do BTN? A doutrina aponta 3 (três) possíveis soluções:

a) aplicação regular do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), porém com a devida atualização monetária: como o BTN foi extinto, toma-se seu valor histórico e passa-se a corrigi-lo pela UFIR e/ou demais critérios oficiais de correção, conforme especifica a Lei n. 8.383/91;

b) aplicação do Código Penal, calculando-se o valor do dia-multa em salários mínimos, já que o parágrafo único do art. 8º e o art. 9º teriam sido tacitamente revogados a partir do momento em que o BTN foi extinto. Logo, ante o silêncio da norma especial acerca do assunto, aplicam-se as regras gerais do Código Penal, nos termos do art. 12 do CP. Como já se pronunciou o STJ, "(...) a extinção da BTN, a que faz referência o artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90, não conduz à inaplicabilidade da pena de multa, pois, tratando-se dos crimes contra a ordem tributária, aplica-se, subsidiariamente, a regra geral contida no artigo 49, § 1º do Código Penal";[185]

c) a pena de multa não deve ser aplicada aos crimes dos arts. 1º a 3º da Lei n. 8.137/90, já que não há critério legal para tanto.

Quanto à majoração do valor da multa, a Lei n. 8.137/90 diferencia-se mais uma vez do Código Penal. Enquanto o art. 60, §1º, do CP, estabelece que a multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação

184. Deixamos de fazer menção aos crimes dos arts. 5º e 6º, mencionados no inciso II do art. 9º, pelo fato de os dois dispositivos legais terem sido revogados pela Lei n. 12.529/11.

185. STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.531.334/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01/10/2015, DJe 23/10/2015). E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 144.299/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13/09/2011, DJe 26/09/2011.

econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo, o art. 10 da Lei n. 8.137/90 dispõe que, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, poderá o o juiz diminuir seu valor até a décima parte ou elevá-la ao décuplo.

Em conclusão, convém lembrar que o art. 51 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 9.269/96, estabelece que "transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição". Portanto, uma vez operado o trânsito em julgado da sentença condenatória, e desde que não haja depósito a título de fiança em valor suficiente para a condenação, compete ao juízo da execução penal proceder à intimação do condenado para que efetue o pagamento da pena de multa no prazo de 10 (dez) dias (CP, art. 50).

Quanto à legitimidade para a execução dessa pena de multa, sem embargo do quanto disposto na súmula n. 521 do STJ ("A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública"), em recente decisão proferida no julgamento da **ADI 3.150**, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, por ter natureza de *sanção penal*, o *Ministério Público* é o principal legitimado para executar a cobrança das multas pecuniárias fixadas em sentenças penais condenatórias perante o *Juízo das Execuções Penais*, limitando-se a atribuição da Fazenda Pública para executar essas multas tão somente aos casos de inércia ministerial. Na dicção do Relator, Min. Roberto Barroso, o fato de a nova redação do art. 51 do CP ter transformado a multa em dívida de valor não retira a atribuição do *Parquet* para efetuar sua cobrança, já que se trata de espécie de sanção penal prevista na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLVI, alínea "c"), do que se conclui que sua natureza jurídica jamais poderia ser alterada por uma lei ordinária. Ressaltou, ademais, que o art. 164 da LEP reconhece a atribuição do Ministério Público para executar a dívida. Se a condenação criminal é um título executivo judicial, seria incongruente sua inscrição em dívida ativa, que é um título executivo extrajudicial.[186] Enfim, concluiu que, caso o órgão ministerial não proponha a execução da multa no prazo de 90 dias após o trânsito em julgado da sentença, aí sim o juízo da vara criminal deverá comunicar ao órgão competente da Fazenda Pública para efetuar a cobrança na vara de execução fiscal com base na Lei n. 6.830/80.

186. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular (CTN, art. 201). Na linguagem da Ciência das Finanças Públicas, e da contabilidade pública, dívida ativa significa crédito da entidade pública, da Fazenda Pública, não pago no respectivo vencimento e por isto inscrito no órgão estatal competente para viabilizar a execução fiscal cuja propositura é instruída com a certidão da respectiva inscrição.

CAPÍTULO IV
Das Disposições Gerais

Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Parágrafo único. Quando a venda ao consumidor for efetuada por sistema de entrega ao consumo ou por intermédio de outro em que o preço ao consumidor é estabelecido ou sugerido pelo fabricante ou concedente, o ato por este praticado não alcança o distribuidor ou revendedor.

43. CONCURSO DE AGENTES.

O art. 11, *caput*, da Lei n. 8.137/90, limita-se a reproduzir, em linhas gerais, a regra geral do art. 29 do Código Penal ("Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade"), apenas fazendo menção à intermediação de pessoa jurídica, o que não tem maiores consequências práticas, já que inexiste a possibilidade de responsabilização penal do ente fictício em matéria de crimes contra a ordem tributária.

Na verdade, quando o art. 11 faz referência à pessoa jurídica, pretende deixar claro que, conquanto o ente fictício assuma a posição de sujeito passivo da relação tributária, figurando como contribuinte ou responsável pelo adimplemento da obrigação tributária, essa circunstância, *de per si*, não pode funcionar como obstáculo para a persecução penal das pessoas físicas que a integram, caso venham a praticar um crime contra a ordem tributária valendo-se do *manto protetor* da pessoa jurídica.

44. (IM) POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA PELA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

De acordo com o art. 173, §5º, da Constituição Federal, "a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às

punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular".

Parte da doutrina extrai desse dispositivo uma espécie de autorização constitucional para que a pessoa jurídica seja responsabilizada pela prática de crimes contra a ordem tributária, à semelhança do que ocorre em relação aos crimes ambientais (CF, art. 225, §3º). No entanto, ao contrário da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), que previu expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 3º), sujeitando-a às penas restritivas de direitos de suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, ou proibição de contratar com o Poder Público, bem como de obter subsídios, subvenções ou doações (art. 22, I, II e III), a Lei n. 8.137/90 não dispôs expressamente sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica. Destarte, vigora em relação aos crimes contra a ordem tributária o dogma da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica (*societas delinquere non potest).*

Isso, todavia, não afasta eventual responsabilidade extrapenal da pessoa jurídica. Com efeito, constatada a sonegação por parte do ente fictício, o crédito tributário deverá ser inscrito em dívida ativa, com subsequente ajuizamento de execução fiscal, quando, então, poderão ser pleiteadas medidas de constrição patrimonial, como, por exemplo, o bloqueio das contas bancárias, a penhora e indisponibilidade de bens, assim como medidas de natureza diversa, tais como a proibição de contratar com o poder público, a impossibilidade de obtenção de certidão negativa, etc. E tudo isso sem prejuízo da responsabilização da pessoa física, *ex vi* do art. 135 do CTN.[187]

Portanto, o ente fictício está sujeito exclusivamente à responsabilização extrapenal, já que o Direito Penal Tributário tem aplicação restrita às pessoas físicas que agiram em nome ou benefício da pessoa jurídica. Como já se manifestou o STJ em relação aos crimes contra a ordem tributária, "(...) desprovida de vontade real, nos casos de crimes em que figure como sujeito ativo da conduta típica, a responsabilidade penal somente pode ser atribuída ao homem, pessoa física, que, como órgão da pessoa jurídica, a presentifique na ação qualificada como criminosa ou concorra para a sua prática".[188]

187. Nesse contexto: ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação Criminal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos.* Salvador: Juspodivm, 2016. p. 210.

188. STJ, 6ª Turma, HC 15.051/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 06/03/2001, DJ 13/08/2001 p. 287.

45. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NOS CRIMES SOCIETÁRIOS (OU DE GABINETE).

Como observa Ferrajoli, por força do axioma *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nula iniuria sine culpa,* "nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; consequentemente, não pode ser castigado nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer".[189]

O Direito Penal atribui à culpabilidade um triplo sentido:

a) **culpabilidade como fundamento da pena**: diz respeito ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e ilícito. Para tanto, devem estar presentes os seguintes requisitos: capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa;

b) **culpabilidade como elemento de determinação da pena**: nessa acepção, a culpabilidade impede que a pena seja imposta além da medida prevista pelo juízo de reprovabilidade que recai sobre o agente por ter agido contrariamente ao Direito quando lhe era possível exigir comportamento diverso;

c) **culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva**: ninguém pode ser responsabilizado por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado com dolo ou com culpa. O disposto no art. 19 do CP afasta a possibilidade de responsabilidade penal objetiva.

Vedada que é a responsabilidade penal objetiva, há de se ter extrema cautela com a imputação de crimes contra a ordem tributária, notadamente quando tais delitos são praticados sob o *manto protetor* de uma pessoa jurídica.

Se é verdade que a análise de contratos ou estatutos sociais pode se revelar útil para fins de identificação dos possíveis responsáveis pela sonegação fiscal, não se pode admitir que o simples fato de alguém constar de um contrato social como sócio-administrador seja suficiente para se comprovar de maneira cabal, além de qualquer dúvida razoável, que tal agente tinha consciência e vontade de praticar tais delitos. Não é de todo incomum, sobretudo em empresas familiares, que determinada pessoa figure como administrador de

189. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 447.

uma empresa, cabendo a outro sócio, todavia, a gerência e comando da sociedade.

Na dicção do Min. Celso de Mello, "(...) o simples ingresso formal de alguém em determinada sociedade civil ou mercantil - que nesta não exerça função gerencial e nem tenha participação efetiva na regência das atividades empresariais - não basta, só por si, especialmente quando ostente a condição de quotista minoritário, para fundamentar qualquer juízo de culpabilidade penal. A mera invocação da condição de quotista, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que vincule o sócio ao resultado criminoso, não constitui, nos delitos societários, fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. A circunstância objetiva de alguém meramente ostentar a condição de sócio de uma empresa não se revela suficiente para autorizar qualquer presunção de culpa e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a decretação de uma condenação penal".[190]

Por consequência, de modo a se afastar a responsabilidade objetiva, é mister demonstrar que o agente efetivamente detinha poderes de gerência, que administrava a empresa, enfim, que tinha domínio sobre o fato delituoso. Caso contrário, impõe-se o trancamento do processo.[191]

Essa discussão ganha ainda mais relevo se levarmos em consideração que é relativamente comum que o sujeito passivo da obrigação tributária, seja ele contribuinte, seja ele responsável tributário, delegue a um terceiro, geralmente um empregado, por meio de acordo ou convenção particular, a responsabilidade de fato pelo pagamento dos tributos devidos. Nesses casos, não se pode presumir a responsabilidade penal do empregado, sob pena de evidente violação ao princípio da culpabilidade. Se o art. 123 do CTN dispõe que os acordos e convenções particulares, relativos à responsabilidade pelo pagamento tributário, não são oponíveis à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das respectivas obrigações tributárias, há de se ter em mente que esse dispositivo é válido apenas para fins tributários. Para fins de responsabilização penal, é imprescindível demonstrar que o agente teria sido o executor material da conduta incriminada, e que possuía um vínculo subjetivo com ela, é dizer, que agira de maneira dolosa.[192]

Enfim, deve ser traçada, com precisão, a distinção entre a responsabilidade no âmbito do Direito Tributário e aquela própria do Direito Penal. Quando o art. 135 do CTN dispõe que mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, refere-se exclusivamente aos créditos correspondentes às obrigações tributárias. Não se pode, portanto, estender a aplicação desse dispositivo para o Direito Penal, submetido que está ao princípio da culpabilidade.

46. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.

Os crimes do colarinho azul[193] (ou crimes de rua), assim compreendidos como aqueles praticados pelas pessoas de classes sociais menos favorecidas, como, por exemplo, furtos e roubos, geralmente são cometidos aos olhos da sociedade em locais supervisionados pelo próprio Estado (v.g., avenidas, estabelecimentos comerciais, etc.). Diferem, portanto, dos crimes de colarinho branco (*white collar crimes*),[194] usualmente praticados no interior de um gabinete, com o emprego de inúmeras artimanhas e com uma engenharia profissionalizada típica das organizações criminosas, sempre com o escopo de dificultar a atuação dos órgãos responsáveis pela persecução penal.

Por conta disso, à semelhança do que ocorre com outros crimes de colarinho branco, revela-se extremamente complicado, no campo probatório,

190. STF, 1ª Turma, HC 73.590/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06/08/1996, DJ 13/12/1996.

191. Determinando o trancamento de processo criminal instaurado pela prática de crime tributário pelo fato de o acusado ter demonstrado que, ao tempo da assinatura do contrato tido por irregular, não mais possuía poder de direção na empresa: STF, 1ª Turma, HC 88.600/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/12/2006, DJ 09/03/2007.

192. No mesmo contexto: BITENCOURT. Op. cit. p. 260.

193. São aqueles praticados por pessoas economicamente desabastadas. "Colarinho azul" é uma alusão aos macacões azuis utilizados nas fábricas dos Estados Unidos, servindo como "identificador" dos autores mais recorrentes, evidenciando a oposição à criminalidade econômica inerente aos crimes de colarinho branco. A expressão foi usada pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do caso "Mensalão" (Ação penal n. 470), nos seguintes termos: "O desafio na seara dos crimes do colarinho branco é alcançar a plena efetividade da tutela penal dos bens jurídicos não individuais. Tendo em conta que se trata de delitos cometidos sem violência, incruentos, não atraem para si a mesma repulsa dos *crimes de colarinho azul*".

194. Expressão cunhada pela doutrina penalista a partir dos estudos do sociólogo norte americano Edwin Sutherland, a expressão se refere aos delitos essencialmente praticados por indivíduos que gozam de elevado *status* social e/ou ocupam posição de destaque na iniciativa privada ou no serviço público. A título de exemplo, podemos citar os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492/86), os crimes de lavagem de capitais (Lei n. 9.613/98), e os crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica e contra as relações de consumo (Lei n. 8.137/90). A terminologia utilizada, naturalmente, se deu com o evidente fito de identificar a parcela da população que mais frequentemente comete tais delitos, amiúde vestes sociais, gravatas, ternos e colarinho branco.

apontar o verdadeiro autor desses delitos contra a ordem tributária. Isso porque, de regra, o agente que sonega tributos costuma fazer uso de expedientes sofisticados, como a criação de pessoas jurídicas, interposição de pessoas físicas, sejam elas fantasmas, testas-de-ferro, ou pseudoproprietários, sempre com o escopo de se eximir de eventual responsabilidade penal. Assim, de maneira parecida com o que ocorre nos velhos filmes em que o mordomo era sempre o culpado, os gerentes e proprietários costumam atribuir ao contador ou a um mero empregado a responsabilidade pela prática dos crimes de sonegação fiscal.[195]

Por conta disso, não se pode proceder à análise da *autoria* nos crimes contra a ordem tributária valendo-se dos mesmos critérios geralmente utilizados para a apreciação dos crimes de colarinho azul, em relação aos quais *autor* é aquele que executa o verbo núcleo do tipo (teoria objetivo-formal). Revela-se extremamente útil, portanto, o estudo da teoria do domínio do fato.

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, "possui o domínio do fato quem detém em suas mãos o curso, o 'se' e o 'como' do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato. Este critério exige sempre uma valoração que deve ser concretizada frente a cada tipo e a cada forma concreta de materializar uma conduta típica. Não pode ter fundamento em critérios puramente objetivos nem puramente subjetivos, mas abarca ambos os aspectos e requer uma concretização no caso efetivamente dado".[196]

A teoria do domínio do fato amplia o conceito de autor, definindo-o como aquele que tem o controle final do fato, mesmo que não realize o núcleo do tipo penal. Portanto, será considerado autor do delito:[197]

a) **autor propriamente dito**: é aquele que pratica o núcleo do tipo penal;

b) **autor intelectual:** é aquele que planeja mentalmente o fato delituoso. Por mais que ele não execute materialmente o delito, será considerado autor, e não partícipe, pois tem poderes para decidir acerca de sua prática, suspensão, interrupção e condições;

c) **autor mediato:** é aquele que se vale de uma pessoa inculpável ou desprovida de dolo ou culpa como instrumento para a prática delituosa;

d) **coautores:** ocorre nas hipóteses em que o núcleo do tipo penal é realizado por dois ou mais agentes (domínio funcional do fato). A coautoria se baseia no princípio do atuar em divisão de trabalho e na distribuição funcional dos papeis. Há uma distribuição funcional de tarefas, sendo que a ação de um se completa com a ação do outro.

Autor, portanto, é quem domina a realização do fato, quem tem poder sobre ele (de controlar, de fazer cessar, etc.), ao passo que o partícipe é aquele que não domina a realização do fato, mas contribui de qualquer modo para a sua consecução.

A utilização dessa teoria tem sido frequente quando se trata de crimes contra a ordem tributária. E isso por uma razão bem simples: valendo-se do exemplo do crime do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, é relativamente comum que o ato, em si, de prestar uma informação falsa às autoridades fazendárias para produzir o resultado supressão ou redução de tributo, seja praticado por um empregado. Daí, todavia, não se pode concluir que tal empregado seria o autor do delito. Isso porque ele não detém o poder de decisão quanto à realização do crime tributário. De regra, quem detém o domínio final da ação é o administrador, que pode ser um sócio-gerente, um diretor, um administrador de fato que se utilize de um *laranja* figurando formalmente como administrador, mas que não detenha nenhuma relação com a empresa, etc. Logo, à luz da teoria do domínio do fato, é este administrador que deve ser considerado *autor* do delito.[198]

Na visão do TRF/4ª Região, "(...) em se tratando de crimes contra a ordem tributária, aplica-se a teoria do domínio do fato. É autor do delito aquele que detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio final da ação, aquele que decide se o fato delituoso vai acontecer ou não. Tratando-se de tributo devido pela pessoa jurídica, autor será aquele que efetivamente exerce o comando administrativo da empresa, podendo ser o administrador, o sócio-gerente, diretor, administrador por procuração de sócio ou mesmo um administrador de fato que se valha de interposta pessoa, esta figurando apenas formalmente como administrador (...)".[199]

195. A comparação com os velhos filmes é feita por Alecio Adão Lovatto: *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 42.

196. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 668.

197. É nesse sentido a lição de Cleber Masson: *Direito Penal esquematizado. Vol. 1. Parte geral*. 10ª ed. São Paulo: Método, 2016. p. 571.

198. Admitindo a imputação de crime contra a ordem tributária a membro do Conselho de Administração da sociedade que praticava atos de natureza gerencial da empresa, falsificando notas fiscais e cometendo outras irregularidades contábeis: STF, 2ª Turma, HC 75.263/MA, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 05/08/1997, DJ 25/02/2000 p. 52.

199. TRF4, ACR 0000352-04.2004.404.7005, OITAVA TURMA, Relator para Acórdão JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, D.E. 19/07/2016.

Isso, no entanto, não autoriza a conclusão no sentido de que o *empregado, o contador* ou *profissionais diversos* seriam dotados de espécie de *imunidade* em relação aos crimes contra a ordem tributária. Conquanto tais agentes não tenham o domínio sobre a realização do fato, pelo menos em regra, não há como negar que materialmente podem concorrer para a realização do delito, motivo pelo qual podem ser considerados *partícipes* do fato delituoso, à luz do art. 11 da Lei n. 8.137/90.

Logicamente, para que sejam condenados pela prática dos crimes contra a ordem tributária, há necessidade de aferir se efetivamente tinham consciência de que concorriam para a referida prática delituosa, já que não se admite responsabilidade penal objetiva. Deveras, quando se trata de um empregado leigo, que não é suficientemente capacitado tecnicamente para entender o significado de sua conduta, por flagrante desconhecimento das normas tributárias, limitando-se, assim, ao estrito cumprimento das ordens recebidas, não se pode considerar sua conduta típica, pois há, *in casu*, verdadeiro *erro de tipo*. Em uma hipótese como esta, o empregado deve ser tratado como verdadeiro instrumento impunível nas mãos de seu empregador, o qual deve ser responsabilizado pelos crimes contra a ordem tributária na condição de *autor mediato*.[200]

Ainda em relação aos empregados, também se faz necessário analisar se não estaria presente, *in casu*, alguma causa excludente da culpabilidade, como, por exemplo, obediência hierárquica, inexigibilidade de conduta diversa, coação moral irresistível (v.g., ameaça de perda do emprego), etc.[201]

Sobre o assunto, vejamos alguns exemplos:

a) **contador**: até prova em sentido contrário, o contador, como empregado ou prestador de serviços, elabora as declarações de acordo com as orientações e com base na documentação fornecidas pelo administrador da pessoa jurídica, competindo a este o poder de decidir se haverá ou não supressão de tributo, ou seja, a decisão quanto à prática ou não do crime. Logo, se o contador não tinha consciência e vontade de concorrer para a prática delituosa, não pode ser responsabilizado pelo crime contra a ordem tributária.[202] Não por outro motivo, em caso concreto envolvendo o oferecimento de denúncia contra um *contador* em virtude da prática do crime de sonegação fiscal do art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/90, concluiu o STJ que o simples fato de ser ele o responsável pela abertura da firma utilizada pelos corréus para a prática criminosa, sem qualquer indício de que tinha ciência da finalidade para a qual a empresa havia sido criada, não seria suficiente para a deflagração da persecução penal, sob pena de evidente responsabilidade penal objetiva;[203]

b) **profissional de saúde**: na eventualidade de um médico, dentista, ou outro profissional de saúde, emitir recibos falsos para fins de dedução do valor devido a título de imposto de renda, o fornecedor do documento deve ser tratado como verdadeiro partícipe do crime do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90. A uma porque concorreu para a prática do fato delituoso, agindo de maneira consciente e voluntária. A duas porque, sem embargo de ter concorrido materialmente para a prática do crime, não mais detinha o domínio do fato após entregar o falso documento ao contribuinte, daí por que deve ser tratado como partícipe, e não como autor do delito;

c) **advogado:** suponha-se que um advogado seja consultado para fins de planejamento tributário de uma empresa e emita um parecer aconselhando ou recomendando determinada conduta que, posteriormente, se apure como crime contra a ordem tributária. Nesse caso, é possível que o profissional da advocacia seja responsabilizado criminalmente como coautor ou partícipe? Na visão da doutrina,[204] somente se demonstrado o dolo e a fraude, como ocorre, por exemplo, em esquemas de *blindagem patrimonial* desenvolvidos por advogados com o fim de ludibriar o fisco quanto à aquisição de rendas e proventos. Logo, se não restar evidenciada a fraude, a exemplo do que pode ocorrer com uma interpretação da lei material em sentido diverso daquela dada pelo Fisco, não se pode admitir a responsabilização criminal do advogado.[205]

200. No mesmo contexto: BITENCOURT. Op. cit. p. 261.

201. Como observa Hugo de Brito Machado (Op. cit. p. 81), "em face do elevado nível de desemprego, é razoável admitir-se que a ordem do empregador, ainda quando se possa questionar se é ou não manifesta a sua ilegalidade, em regra configura coação irresistível. O medo de perder o emprego geralmente leva o empregado a submeter-se às ordens do empregador. Assim, se pratica um crime contra a ordem tributária, não é razoável admitir-se que seja penalmente responsável".

202. TRF4, ACR 5007028-72.2012.404.7110, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 08/05/2015.

203. STJ, 6ª Turma, RRHC 64.817/MA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 08/03/2016, DJe 17/03/2016.

204. STOCO. Op. cit. p. 86.

205. Como adverte Maurício Zanoide de Morais, "criminalizar o exercício de qualquer advogado que tenha entendimento jurídico diverso da fiscalização é deixar ao desamparo o cidadão, pois, como preceituado em lei, somente ao advogado cabe a atividade de consultoria e assessoria jurídica. Logo, incluí-lo, por divergência de opiniões, no polo passivo da ação penal ou de qualquer investigação criminal, é descumprir o preceito constitucional que garante ao cidadão a proteção contra abusos e desmandos do Poder Público, em qualquer de suas esferas". (Responsabilidade penal do administrador consulente e limite de atuação do advogado consultivo

Em síntese, admite-se a responsabilização criminal tão somente daquele que, à luz da teoria do domínio do fato, tinha o domínio da própria ação, ou agia em divisão de trabalho, ou tinha o domínio da vontade do agente, ou, finalmente, por auxílio ou instigação, sem ter o domínio do fato, concorreu para a prática do crime contra a ordem tributária. Do contrário, ter-se-á evidente afronta ao princípio da culpabilidade, admitindo-se verdadeira responsabilidade penal objetiva pelo simples fato de o agente estar vinculado à determinada pessoa jurídica por meio de um contrato social.[206] Por isso, a 2ª Turma do STF deliberou pelo trancamento de processo penal envolvendo ex-diretores de empresa de telefonia por crimes contra a Fazenda Pública (Lei n. 8.137/90, art. 1º, II, c/c. art. 71 do CP). De acordo com a denúncia, os impetrantes, com *domínio dos fatos* na administração da sociedade anônima, teriam fraudado a Fazenda Pública de Pernambuco por meio da inserção de elementos inexatos em livros fiscais. O ministro Ricardo Lewandowski (relator) asseverou que não se pode invocar a teoria do domínio do fato, pura e simplesmente, sem nenhuma outra prova, citando de forma genérica os diretores estatutários da empresa, espalhados pelo Brasil, para lhes imputar um crime fiscal que teria sido supostamente praticado no Estado-membro. Em matéria de crimes societários, a denúncia deve apresentar, suficiente e adequadamente, a conduta atribuível a cada um dos agentes, de modo a possibilitar a identificação do papel desempenhado pelos denunciados na estrutura jurídico-administrativa da empresa. No caso concreto, a acusação feita aos acusados teria derivado exclusivamente dos cargos por eles ocupados na empresa de telefonia, estando ausente descrição mínima dos supostos atos ilícitos por eles praticados.[207]

47. DENÚNCIA GENÉRICA E CRIMES SOCIETÁRIOS.

Na hipótese de infrações penais cometidas por mais de um agente, há necessidade de a peça acusatória descrever o quanto possível a conduta delituosa de cada um dos agentes. Ou seja, há necessidade de se individualizar o máximo possível as ações delituosas atribuídas a coautores e partícipes, evitando-se acusações genéricas ou afirmações como, por exemplo, que "os dois acusados, de comum acordo, praticaram o crime", sob pena de evidente violação à ampla defesa.

Dizemos que essa individualização deve ser feita *o quanto possível* porquanto há situações em que é inviável exigir-se do órgão acusador a narrativa da conduta de cada um dos concorrentes. Basta supor, a título de exemplo, um crime de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo praticado contra uma agência bancária em que todos os agentes tenham permanecido encapuzados durante toda a trama delituosa, sendo presos em flagrante após o crime. Ora, em uma tal situação, seria inviável exigir que o Ministério Público descrevesse, individualizadamente, a conduta de cada um dos denunciados. Raciocínio semelhante deve ser aplicado aos crimes multitudinários, assim compreendidos aqueles cometidos por influência de uma multidão em tumulto (v.g., saque de caminhão de cerveja tombado em rodovia).[208]

Especificamente quanto aos chamados **crimes societários (ou de gabinete)**, assim entendidos aqueles praticados por sócios, mandatários, administradores ou responsáveis por uma pessoa jurídica, a jurisprudência entendia, num primeiro momento, ser válido o oferecimento de denúncia genérica, ou seja, uma denúncia que não descrevesse, individualizadamente, a conduta de cada um dos denunciados. A denúncia poderia, então, narrar genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica seria apurada no curso do processo, desde que se permitisse o direito de defesa. Assim é que o Supremo já concluiu que "tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. [...] No caso concreto, a denúncia é apta porque comprovou, de plano, que todos os denunciados eram, em igualdade de condições, solidariamente responsáveis pela representação legal da sociedade comercial envolvida".[209]

Mais recentemente, no entanto, nota-se que a jurisprudência passou a se inclinar no sentido

nos crimes fiscais. Direito tributário. Tributação empresarial. *Revista Direito GV*, vol. 1, p. 24-26, 2009).

206. No mesmo contexto: LOVATTO. Op. cit. p. 57.

207. STF, 2ª Turma, HC 136.250/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/05/2017.

208. Nos casos de autoria coletiva, embora a jurisprudência do STJ não exija a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado, é imprescindível que o órgão acusatório estabeleça a mínima relação entre o denunciado e o delito que lhe é imputado, sob pena de inépcia formal da peça acusatória: STJ, 6ª Turma, HC 187.043/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 22/3/2011.

209. STF, 2ª Turma, HC 85.579/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24/06/2005 p. 73.

da impossibilidade de oferecimento de denúncia genérica. De fato, em julgados mais recentes dos Tribunais Superiores, tem-se entendido que, quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão do acusado. Do contrário, ofende os requisitos do art. 41 do CPP, os Tratados Internacionais sobre o assunto, além dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjetivo). Portanto, a autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar. Outra é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado.[210]

Portanto, reputa-se inepta a denúncia que, ao imputar a sócio a prática dos crimes contra a ordem tributária, limita-se a transcrever trechos dos referidos tipos penais e a mencionar a condição do denunciado de administrador da sociedade empresária que, em tese, teria suprimido tributos, sem descrever qual conduta ilícita supostamente cometida pelo acusado haveria contribuído para a consecução do resultado danoso. O simples fato de o acusado ser sócio e administrador da empresa constante da denúncia não pode levar a crer, necessariamente, que ele tivesse participação nos fatos delituosos, a ponto de se ter dispensado ao menos uma sinalização de sua conduta, ainda que breve, sob pena de restar configurada a repudiada responsabilidade criminal objetiva. Não se pode admitir que a narrativa criminosa seja resumida à simples condição de acionista, sócio, ou representante legal de uma pessoa jurídica ligada a eventual prática criminosa. Vale dizer, admitir a chamada denúncia genérica nos crimes societários e de autoria coletiva não implica aceitar que a acusação deixe de correlacionar, com o mínimo de concretude, os fatos considerados delituosos com a atividade do acusado. Não se deve admitir que o processo penal se inicie com uma imputação que não pode ser rebatida pelo acusado, em face da indeterminação dos fatos que lhe foram atribuídos, o que, a toda evidência, contraria as bases do sistema acusatório, de cunho constitucional, mormente a garantia insculpida no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.[211]

47.1. Acusação geral e acusação genérica.

Devido à controvérsia em torno da denúncia genérica em crimes societários, Eugênio Pacelli de Oliveira entende ser possível diferenciar a acusação geral da acusação genérica.

Segundo o autor, a acusação geral ocorre quando o órgão da acusação imputa a todos, indistintamente, o mesmo fato delituoso, independentemente das funções exercidas por eles na empresa ou sociedade (e, assim, do poder de gerenciamento ou de decisão sobre a matéria). Em tal hipótese, a peça acusatória não deve ser considerada inepta, desde que seja certo e induvidoso o fato a eles atribuído. A questão relativa à efetiva comprovação da conduta de cada um dos agentes é matéria de prova, e não pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo. Portanto, cuidando-se de crimes de autoria coletiva, admite-se uma imputação geral aos acusados, reservando-se à fase instrutória a delimitação precisa da conduta de cada um deles.[212]

Logo, segundo o autor, "quando se diz que todos os sócios de determinada sociedade, no exercício da sua gerência e administração, com poderes de mando e decisão, em data certa, teriam deixado de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, está perfeitamente delimitado o objeto da questão penal, bem como a respectiva autoria. Não há, em tais situações, qualquer dificuldade para o exercício da defesa ou para a correta capitulação do fato imputado aos agentes".[213]

Assim, se for provado que um dos acusados jamais exerceu qualquer função de gerência ou

210. Nessa linha: STF, 2ª Turma, HC 80.549/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 24/08/2001. Na visão do STJ, nos crimes que envolvem sociedades empresárias (nos quais a autoria nem sempre se mostra bem definida), a acusação tem que estabelecer, mesmo que minimamente, a ligação entre a empreitada criminosa e o denunciado. O simples fato de ser sócio, gerente ou administrador não permite a instauração da persecução penal pelos crimes praticados no âmbito da sociedade, se não se comprovar, ainda que mediante elemento a ser aprofundado no decorrer da ação penal, a relação de causa e efeito entre as imputações e a função do denunciado na sociedade, sob pena de acolher indevida responsabilidade penal objetiva. (STJ, 6ª Turma, HC 24.239/ES, Rel. Min. Og Fernandes, j. 10/06/2010, DJe 01/07/2010"). E também: STF, 2ª Turma, HC 85.327/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/08/2006, DJ 20/10/2006; STJ, 6ª Turma, HC 31.629/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, Desembargador convocado do TJ/CE, j. 11/12/2009, DJe 02/08/2010; STJ, 6ª Turma, HC 58.372/PA, Rel. Min. Paulo Medina, DJU 18/12/2006 p. 522; STJ, 5ª Turma, HC 171.976/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 02/12/2010, DJe 13/12/2010; STJ, 6ª Turma, HC 218.594/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11/12/2012, DJe 07/08/2013; STF, 2ª Turma, Inq. 3.644/AC, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/09/2014.

211. STJ, 6ª Turma, HC 224.728/PE, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 10/6/2014, DJe 27/06/2014.

212. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 22.265/BA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17/12/2002, DJ 17/02/2003 p. 313.

213. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 158.

administração na sociedade, ou que desempenhavam funções desprovidas de poder de gerência, o caminho natural será a absolvição, mas não inépcia da peça acusatória.

Por outro lado, a acusação genérica ocorre quando a acusação imputa a existência de vários fatos típicos, genericamente, a todos os integrantes da sociedade, sem que se possa saber, efetivamente, quem teria agido de tal ou qual maneira. Para Pacelli, "nesse caso, e porque na própria peça acusatória estaria declinada a existência de várias condutas diferentes na realização do crime (ou crimes), praticadas por vários agentes, sem especificação da correspondência concreta entre uma (conduta) e outro (agente), seria possível constatar a dificuldade tanto para o exercício amplo da defesa quanto para a individualização das penas. A hipótese seria de inépcia da inicial, por ausência de especificação da medida de autoria ou participação, por incerteza quanto à realização dos fatos".[214]

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1°, 2° e 4° a 7°:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções;

III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.

48. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA PREVISTAS NA LEI N. 8.137/90.

As causas de aumento de pena não se confundem com as circunstâncias agravantes:

a) devido a sua localização topográfica no Código Penal: enquanto as agravantes estão localizadas apenas na Parte Geral do Código Penal, as majorantes estão previstas tanto na Parte Geral (causas gerais) quanto na Especial (causas especiais);

b) enquanto não há um *quantum* de aumento expressamente previsto em lei para agravantes – no dia-a-dia, costuma-se utilizar o critério jurisprudencial de 1/6 (um sexto) –, as majorantes dispõem de critério de variação da pena fixados em abstrato pelo legislador, em quantidades fixas ou variáveis;

c) a jurisprudência majoritária entende que a incidência de agravantes não pode acarretar o aumento da pena a patamar superior ao limites cominados em abstrato pelo tipo penal, o que não acontece na hipótese de majorantes, em que a pena pode ser fixada acima do máximo abstratamente cominado ao delito.

Portanto, a despeito do verbo *agravar* utilizado pelo legislador no art. 12 da Lei n. 8.137/90, cuida-se, na verdade, de verdadeira causa de aumento de pena – majoração da pena de 1/3 (um terço) até a ½ (metade) –, a ser aplicada na terceira fase do cálculo da pena.[215]

O *caput* do art. 12 da Lei n. 8.137/90 deixa claro que a majorante sob comento é aplicável exclusivamente aos crimes tributários dos arts. 1° e 2°, e aos crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, previstos, respectivamente, nos arts. 4° e 7°. Destarte, não se admite a incidência da causa de aumento de pena do art. 12 aos crimes funcionais fazendários do art. 3° da Lei n. 8.137/90, sob pena de evidente violação ao princípio da legalidade.

48.1. Gravidade do dano à coletividade.

À luz da regra da taxatividade que deriva do princípio da legalidade, poder-se-ia questionar a constitucionalidade do inciso I do art. 12 da Lei n. 8.137/90, porquanto sua redação absolutamente abstrata e lacônica confere perigosa discricionariedade ao magistrado para atestar a gravidade do dano causado à coletividade.

Sem embargo da crítica de boa parte da doutrina a essa majorante, sua aplicação vem sendo considerada válida pelos Tribunais Superiores, desde que reconhecida a gravidade do dano causado à coletividade. Não basta, pois, a simples existência de dano à coletividade. Afinal, este dano à coletividade é praticamente uma elementar dos crimes contra a ordem tributária. Há de ser reconhecida, portanto, a efetiva gravidade do prejuízo causado à sociedade, consubstanciada no não recolhimento de vultoso montante de tributos. Tal majorante justifica-se pelo fato de a quantia vultosa suprimida repercutir sobre a coletividade, destinatária da receita pública decorrente do pagamento de tributos.[216]

214. Op. cit. p. 159.

215. Portanto, laborou em equívoco a 6ª Turma do STJ no julgamento do REsp 1.131.680/RJ (6ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 20/06/2013, DJe 04/08/2014) ao se referir ao art. 12 da Lei n. 8.137/90 como agravantes, a serem apreciadas por ocasião da segunda fase da dosimetria da pena.

216. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que o expressivo valor do tributo sonegado pode ser considerado fundamento idôneo para amparar a majoração da pena prevista no inciso I do art. 12 da Lei n. 8.137/90. A propósito, confira-se: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 221.023/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 08/11/2016, DJe 21/11/2016; STJ, 5ª Turma,

Ante o caráter abstrato da expressão *grave dano à coletividade*, há quem entenda que deveria ser utilizado como parâmetro para fins de aplicação da majorante do inciso I do art. 12 da Lei n. 8.137/90 o valor de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), porquanto é este o valor fixado pela Portaria n. 320/PGFN para que o devedor inscrito em dívida ativa da União seja considerado *grande devedor*. Com a devida vênia, esse valor não nos parece razoável para fins de definição de *quantia vultosa*, notadamente se considerarmos que a própria Fazenda Nacional confere acompanhamento especializado e tratamento prioritário aos processos judiciais de contribuintes - também denominados "grandes devedores" - que tenham em discussão valor igual ou superior a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), *quantum* este que pode, assim, ser utilizado como parâmetro para fins de aplicação da majorante do inciso I do art. 12 da Lei n. 8.137/90.[217]

Reconhecida a gravidade do dano causado à sociedade, este fato deve ser sopesado pelo magistrado como causa de aumento de pena, e não como circunstância judicial (consequências do crime). De todo modo, na eventualidade de a gravidade do prejuízo ser levada em consideração pelo magistrado como circunstância judicial por ocasião da fixação da pena-base, não se admite a aplicação da majorante sob comento, sob pena de evidente violação ao princípio do *ne bis in idem*.[218]

Firmada a premissa de que o acusado defende-se da imputação que lhe é feita, partilhamos do entendimento de que esta majorante deve constar da peça acusatória, sob pena de evidente violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença. A jurisprudência, todavia, caminha em sentido diverso. De fato, aos olhos dos Tribunais Superiores, se o Ministério Público oferecer denúncia contra alguém, por exemplo, imputando-lhe a prática de crimes contra a ordem tributária, dos quais tenha resultado um prejuízo superior a R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), sem que haja qualquer referência expressa à majorante do art. 12, I, da Lei n. 8.137/90, é perfeitamente possível que a pena seja majorada de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade). Isso porque o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados na denúncia e não da classificação jurídica nela estabelecida. Assim, a despeito de a causa de aumento de pena não ter sido expressamente mencionada por ocasião da classificação constante da peça acusatória, como ela foi descrita na denúncia – não se pode negar a eloquência da quantia sonegada de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), indubitavelmente capaz de provocar grave dano à coletividade –, é perfeitamente possível a aplicação da referida majorante pelo magistrado sentenciante, sem que se possa objetar eventual violação ao princípio da congruência. Enfim, admite-se que o magistrado, por ocasião da sentença, proceda à *emendatio libelli*, majorando a pena em razão da causa de aumento prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/90, quando houver na denúncia expressa indicação do montante do valor sonegado. [219]

48.2. Crime cometido por servidor público no exercício de suas funções.

Ante o silêncio do art. 12, II, da Lei n. 8.137/90, e sem embargo de o legislador fazer uso da expressão "servidor público", e não "funcionário público", como o faz, por exemplo, no art. 3º, inciso III, da Lei n. 8.137/90, parece-nos que esse conceito também deve ser extraído do art. 327 do Código Penal ("Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública").

O art. 12, II, da Lei n. 8.137/90, deixa evidente que a aplicação desta majorante será possível tão somente quando o crime for praticado pelo servidor público no exercício de suas funções (*propter officium*). Logo, ausente o vínculo funcional, revela-se inviável a aplicação da presente majorante.

48.3. Crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.

A Lei n. 8.137/90 não define expressamente quais seriam o serviços ou bens essenciais à

AgRg nos EDcl no AREsp 465.222/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23/08/2016, DJe 29/08/2016.

217. No sentido de que o valor de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) não pode ser usado como parâmetro para fins de aplicação da majorante do art. 12, I, da Lei n. 8.137/90, aplicando-a em caso concreto em que se apurava a sonegação do valor de R$ R$ 4.974.981,07 (quatro milhões, novecentos e setenta e quatro reais e sete centavos), que, acrescido dos consectários legais, alcançava o montante de R$ 8.194.355,88 (oito milhões, cento e noventa e quatro reais e oitenta e oito centavos): STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.282.542/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19/08/2014, DJe 28/08/2014. No sentido de que a quantia não recolhida de R$ 790.456,71 (setecentos e noventa mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e setenta e um centavos), sem contar o montante devido a título de juros de mora e de multa, justifica a aplicação da causa de aumento do art. 12, inciso I, da Lei n. 8.137/90, pois impõe grave dano à coletividade: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.412.501/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 01/04/2014, DJe 10/04/2014.

218. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 70.058/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 08/05/2007, DJ 25/06/2007 p. 268.

219. Nesse contexto: STF, 1ª Turma, HC 120.587/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/05/2014; .STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 171.371/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16/03/2017, DJe 23/03/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.368.120/AL, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 10/06/2014, DJe 17/06/2014.

vida ou à saúde. Por isso, a doutrina[220] sugere a possibilidade de se utilizar o quanto disposto no art. 10 da Lei n. 7.783/89, que elenca os serviços ou atividades essenciais para fins do exercício do direito de greve: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária.

Art. 13. (Vetado).

Art. 14. ~~Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.~~ (Revogado pela Lei n. 8.383, de 30.12.1991).

49. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM VIRTUDE DO PAGAMENTO OU DO PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Não temos o menor pudor em afirmar que, no Brasil, o Direito Penal Tributário é utilizado como mero instrumento de coerção estatal para a arrecadação fazendária. São tantos os benefícios alcançados com o parcelamento e o pagamento do débito tributário que não há dúvida de que o Direito Penal é utilizado única e exclusivamente para promover a arrecadação dos valores devidos pelo contribuinte. Em outras palavras, o que motiva o legislador ordinário a prever a extinção da punibilidade do crime contra a ordem tributária, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, é sempre o mote arrecadador, ou seja, para o Estado, em se tratando de delito fiscal, afigura-se vantajoso receber o montante pecuniário relativo ao tributo com a *ameaça* do processo criminal, ainda que a ordem tributária tenha sido, em tese, malferida com a ação de sonegar. Como bem disse o Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do HC 81.929/RJ, referindo-se ao art. 9º da Lei n. 10.684/03, "a nova Lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos crimes contra a ordem tributária é apenas uma forma reforçada de execução fiscal".[221]

Ao longo dos anos, foram inúmeras as mudanças legislativas no tocante às consequências decorrentes do pagamento e do parcelamento do débito tributário. Atualmente, parece-nos que tão somente o pagamento integral *antes do recebimento da denúncia* tem o condão de acarretar a extinção da punibilidade (Lei n. 9.430/96, art. 83, §6º, com redação dada pela Lei n. 12.383/11). Igualmente haverá extinção da punibilidade se houver concessão de parcelamento com ulterior quitação total das parcelas, mas desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado *antes do recebimento da denúncia* (Lei n. 9.430/96, art. 83, §§2º, 3º e 4º, com redação dada pela Lei n. 12.383/11).[222]

Sem embargo do cenário atual, é de todo importante proceder à análise dos diversos dispositivos legais que trataram do assunto ao longo dos anos, com especial atenção não apenas para o momento adequado para que o pagamento e/ou parcelamento acarretasse a extinção da punibilidade, mas também para a aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (ou da ultratividade da *lex mellius*), sem se olvidar que aos crimes tributários também são aplicáveis as demais causas extintivas da punibilidade previstas no art. 107 do CP.

Para os Tribunais Superiores, só há falar em extinção da punibilidade quando se tratar de crime contra a ordem tributária. Por isso, o pagamento do débito oriundo, por exemplo, de um crime de furto de energia elétrica antes do recebimento da denúncia não configura causa extintiva da punibilidade, mas sim causa de diminuição de pena relativa ao arrependimento posterior (CP, art. 16), sobretudo se considerarmos que a natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público, no caso de fornecimento de energia elétrica, prestado

220. BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 839.

221. Para André Nabarrete Neto, "há profunda antinomia entre o poder de punir e a possibilidade de afastá-lo mediante a reparação do dano, concreto ou projetivo, decorrente de crime fiscal, através do pagamento do tributo ou contribuição social. O poder punitivo não é bem comerciável e torná-lo significa mercantilizar atividade essencial do Estado. Assim, no futuro, seria aconselhável que se retornasse à regra do art. 16 do CP, premiando o infrator que satisfaz a ordem tributária com o recolhimento do tributo ou contribuição, por intermédio da diminuição da pena" (Extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 5. Vol. 17. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1997).

222. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a garantia aceita na execução fiscal não possui natureza jurídica de pagamento da exação, razão pela qual não fulmina a justa causa para a persecução penal. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 389.315/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 19/09/2017, DJe 27/09/2017; STJ, 5ª Turma, HC 394.746/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17/08/2017, DJe 24/08/2017; STJ, 5ª Turma, HC 341.173/PE, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 28/03/2017, DJe 07/04/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 831.642/PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16/06/2016, DJe 28/06/2016; STJ, RHC 67.209/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/04/2016, DJe 29/04/2016.

por concessionária, é de tarifa ou preço público, não possuindo caráter tributário. Portanto, não há como se atribuir o efeito pretendido aos diversos institutos legais, considerando que os dispostos no art. 34 da Lei n. 9.249/1995 e no art. 9º da Lei n. 10.684/2003 fazem referência expressa e, por isso, taxativa, aos tributos e contribuições sociais, não dizendo respeito às tarifas ou preços públicos.[223]

Ao fim e ao cabo, é bom lembrar que os efeitos dessa *regularização fiscal* projetam-se não apenas sobre o contribuinte ou responsável tributário que efetuar o pagamento dos tributos devidos ou formalizar o pedido de parcelamento, mas sobre todos os demais coautores e partícipes do fato delituoso. Cuida-se de circunstância comunicável, já que tem natureza objetiva. Deve ser observado, assim, o disposto no art. 30 do CP, segundo o qual não se comunicam as circunstâncias e condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

49.1. Revogado art. 2º da Lei n. 4.729/65.

A Lei n. 4.729/65, que tipificava os crimes de sonegação fiscal, foi o primeiro diploma normativo a cuidar expressamente da extinção da punibilidade dos crimes tributários em virtude do pagamento. A propósito, eis o teor de seu art. 2º: "Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria". Apesar de, à época, os crimes tributários não serem de natureza material, a punibilidade era extinta pelo pagamento do tributo devido antes do início do procedimento fiscal de lançamento tributário.

Para além dessa hipótese, também se extinguia a punibilidade dos crimes de sonegação fiscal previstos na Lei n. 4.729/65 se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promovesse, até 31 de janeiro de 1967, o recolhimento dos tributos e multas ou, não estando ainda julgado o respectivo processo, depositasse na repartição competente, em dinheiro ou em obrigações do tesouro, a importância nele considerada devida (Decreto-Lei n. 94, de 30 de dezembro de 1966, art. 8º). Na mesma linha, o art. 1º da Lei n. 5.498/68 também passou a dispor que seria extinta a punibilidade dos crimes previstos na Lei n. 4.729/65 para os contribuintes do imposto de renda que, dentro de 30 (trinta) dias da publicação da Lei n. 5.498/68, satisfizessem o pagamento de seus débitos na totalidade, ou efetuassem o pagamento de 1º quota do parcelamento que lhes tivesse sido concedido.

À época, o limite temporal para que o pagamento acarretasse a extinção da punibilidade dos então denominados crimes de sonegação fiscal era o início da ação fiscal.[224] Ocorre que o art. 2º da Lei n. 4.729/65 acabou sendo revogado pela Lei n. 8.383/91. Logicamente, pelo menos em relação aos crimes cometidos antes de sua revogação, o pagamento efetuado antes do início da ação fiscal continuaria tendo o condão de acarretar a extinção da punibilidade, ainda que efetuado após a vigência da Lei n. 8.383/91 (31/12/1991), sob pena de evidente violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL).

49.2. Revogado art. 14 da Lei n. 8.137/90.

Com o advento da Lei n. 8.137/90, que revogou tacitamente os crimes de sonegação fiscal da Lei n. 4.729/65, era necessário que o tema *extinção da punibilidade em virtude do pagamento* fosse regulamentado pelo novel diploma normativo. Daí a previsão legal do art. 14 da Lei n. 8.137/90: "Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia".

Comparando-se a redação do art. 14 da Lei n. 8.137/90 com o antigo dispositivo legal, fica evidente que se trata de *novatio legis in mellius*. Isso porque o dispositivo legal permite que o pagamento do débito tributário extintivo da punibilidade seja feito até o recebimento da denúncia, marco temporal este que é claramente mais elástico que o anterior – início da ação fiscal. Por consequência, cuidando-se de norma penal mais benéfica, é de se concluir que seus dizeres também foram aplicáveis para os crimes de sonegação fiscal cometidos sob a vigência da revogada Lei n. 4.729/65.

No entanto, a causa extintiva da punibilidade do art. 14 da Lei n. 8.137/90 não teve uma vida útil muito longa. Com efeito, no dia 31 de dezembro de 1991, data da vigência da Lei n. 8.383, referido

223. STJ, 5ª Turma, HC 412.208/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 20/03/2018, DJe 23/03/2018. No mesmo contexto: STJ, 3ª Seção, RHC 101.299/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 13/03/2019. No sentido de que o pagamento da diferença do imposto devido, antes do recebimento da denúncia, não extingue a punibilidade por eventual crime de corrupção ativa atrelado ao de sonegação fiscal: STJ, 6ª Turma, RHC 95.557/GO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/06/2018, DJe 01/08/2018.

224. A expressão "ação fiscal" não tem o sentido de uma ação como meio de solução de uma lide, mas sim de ação no sentido de procedimento administrativo que envolve a fiscalização seguida de lançamento tributário, se for o caso. De regra, a ação fiscal tem início com a lavratura de um termo, denominado de "Termo de Início de Fiscalização", mas pode ter início com outros atos, como, por exemplo, a apreensão de mercadorias, livros ou documentos. O principal efeito do início da fiscalização é a exclusão da espontaneidade da denúncia apresentada pelo sujeito passivo para os fins do art. 138 do CTN.

dispositivo legal acabou sendo revogado. Ou seja, pelo menos em relação aos crimes cometidos após a vigência do art. 98 da Lei n. 8.383/91 (31/12/1991), o pagamento do débito tributário efetuado após o recebimento da denúncia não mais teria o condão de acarretar a extinção da punibilidade.

49.3. Art. 34 da Lei n. 9.249/95.

Quatro anos após a revogação do art. 14 da Lei n. 8.137/90, o art. 34 da Lei n. 9.249/95 voltou a prever a mesma causa extintiva da punibilidade: "Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia". Como o próprio texto indica, o pagamento deverá abranger a totalidade do débito, incluindo juros e correção monetária, sob pena de não ser alcançado o efeito aludido. A falta de cobertura da correção monetária, acessório do principal, não equivale a pagamento integral do débito e, portanto, não acarreta a extinção da punibilidade.

Por se tratar de *novatio legis in mellius*, o dispositivo sob comento produziu efeitos não apenas em relação aos crimes tributários cometidos após a vigência da Lei n. 9.249/95, mas também em relação àqueles praticados em momento anterior, ou seja, no hiato temporal entre a revogação do art. 14 da Lei n. 8.137/90 (31/12/1991) e a vigência da Lei n. 9.249/95 (27/12/1995). Em outras palavras, de nada adiantou a revogação do art. 14 da Lei n. 8.137/90 pelo art. 98 da Lei n. 8.383/91, porquanto a mesma causa extintiva da punibilidade voltou a existir menos de quatro anos depois.

De se notar que o art. 34 da Lei n. 9.249/95 faz referência exclusivamente aos crimes definidos na Lei n. 8.137/90 e na Lei n. 4.729/65, silenciando quanto à possibilidade de aplicação da referida causa extintiva da punibilidade aos crimes contra a previdência social, outrora previstos no revogado art. 95 da Lei n. 8.212/91, e hoje previstos nos arts. 168-A (apropriação indébita previdenciária) e 337-A (sonegação de contribuição previdenciária) do Código Penal.

Não obstante o silêncio do art. 34, acabou prevalecendo a orientação no sentido de que seus dizeres também seriam aplicáveis aos crimes contra a previdência social. Isso porque não há diferença ontológica entre tais delitos. Nesse sentido, basta comparar o crime previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90 ("Deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos") com o crime de apropriação indébita previdenciária ("Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional"). Não bastassem as semelhanças entre tais delitos, seria no mínimo estranho que se concedesse a extinção da punibilidade em virtude do pagamento do débito tributário a todos os crimes previstos na Lei n. 8.137/90, muitos dos quais cometidos mediante fraude (v.g., art. 1º, I), e não se estendesse, por analogia, tal benefício ao agente responsável pela mera omissão no recolhimento de contribuições descontadas dos empregados. Destarte, firmada a premissa de que é possível o emprego da analogia *in bonam partem*, doutrina e Tribunais passaram a admitir a aplicação da causa extintiva da punibilidade do art. 34 da Lei n. 9.249/95 aos crimes previstos na Lei n. 8.137/90, e aos *crimes tributários* previstos no Código Penal, como, por exemplo, a apropriação indébita previdenciária, sonegação de contribuição previdenciária, descaminho, etc.

Nesse sentido, confira-se o entendimento da 2ª Turma do STF: "(...) Não recolhimento de contribuições previdenciárias. Pagamento do débito antes do recebimento da denúncia. Aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/95. Extinção da punibilidade. Trancamento da ação penal. Habeas corpus: concessão de ofício. Leis 8.137/90, 8.212/91, 8.383/91 e 9.249/95. Aplicação do art. 34 da Lei 9.249/95, que determina a extinção da punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137/90, quando o agente promover o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia. HC concedido de ofício".[225]

Ressalte-se que, aos olhos da jurisprudência, a causa extintiva da punibilidade prevista no art. 34 da Lei n. 9.249/95 é aplicável apenas aos crimes tributários, estejam eles previstos na Lei n. 8.137/90, estejam eles previstos no Código Penal. Portanto, não se admite sua aplicação a delitos de natureza diversa, como, por exemplo, crimes contra o patrimônio. Como já se pronunciou o STJ, "(...) a reparação integral do dano, antes do recebimento da denúncia, no crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), autoriza, tão somente, o reconhecimento da causa de redução da pena prevista no art. 16 do Código Penal. Na linha dos precedentes desta Corte, a reparação do dano, anteriormente ao recebimento da denúncia, não exclui o crime de

225. STF, 2ª Turma, HC 73.418/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 05/03/1996, DJ 26/04/1996.

estelionato em sua forma básica, uma vez que o disposto na Súmula n. 554 do STF só tem aplicação para o crime de estelionato na modalidade emissão de cheques sem fundos, prevista no art. 171, §2º, inciso VI, do Código Penal. Inviável a aplicação do disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/95 ao crime de estelionato. Ordem denegada".[226]

Na medida em que o art. 34 da Lei n. 9.249/95 fazia menção apenas ao *pagamento*, sempre houve controvérsia quanto aos efeitos decorrentes do **parcelamento do débito tributário**. Grosso modo, podemos apontar o surgimento de 3 (três) correntes acerca do assunto:

a) o parcelamento do débito tributário não tem o condão de acarretar a extinção da punibilidade, sendo indispensável a quitação integral do tributo antes do recebimento da denúncia. Como se trata, o art. 34 da Lei n. 9.249/95, de causa extintiva da punibilidade, sua interpretação há de ser restritiva, sendo vedado o emprego da analogia, ainda que *in bonam partem;*

b) o parcelamento do débito tributário acarreta a suspensão do recebimento da denúncia, ficando a extinção da punibilidade condicionada à quitação integral da dívida;

c) o art. 34 da Lei n. 9.249/95 dispõe que haverá a extinção da punibilidade quando o agente efetuar o pagamento do débito tributário, sem dispor expressamente se tal quitação deve ser feita à vista ou não. Considerando-se que o parcelamento é uma forma de pagamento, ainda que fracionado, há de se conferir a ele o mesmo efeito decorrente do pagamento integral imediato, conquanto o acordo seja formalizado antes do recebimento da denúncia. Enfim, precisamente por consistir em uma das hipóteses de pagamento, o parcelamento do débito, desde que anterior ao recebimento da denúncia, determina a extinção da punibilidade do respectivo delito.

Esta última corrente acabou prevalecendo no âmbito dos Tribunais Superiores, seja pelo fato de o parcelamento equiparar-se ao pagamento, seja pelo fato de o parcelamento implicar novação. Logo, formalizado o acordo com a subscrição do respectivo termo e o pagamento da primeira parcela antes do recebimento da denúncia, dever-se-ia declarar a extinção da punibilidade, ainda que não se desse o pagamento das demais parcelas, porquanto teria ocorrido a novação da dívida, detendo o fisco um título executivo em mãos para promover o pagamento do débito tributário.[227] Aliás, até mesmo para evitar que houvesse o inadimplemento do parcelamento após a declaração da extinção da punibilidade, era relativamente comum que os juízes determinassem o sobrestamento da persecução penal pelo menos até o pagamento integral do objeto do parcelamento, quando, então, seria declarada extinta a punibilidade.

49.4. Parcelamentos especiais e Programas de Recuperação Fiscal (Refis): Leis 9.964/00, 10.684/03 e 11.941/09.

A partir do ano 2000, surgiram diversas leis versando sobre programas de recuperação fiscal (REFIS), destinados a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos.

O primeiro diploma legal a cuidar do assunto foi a Lei n. 9.964, que entrou em vigor no dia 11 de abril de 2000: "Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90, e no art. 95 da Lei n. 8.212/91, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no *Refis*, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. §1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. §2º O disposto neste artigo aplica-se, também: I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei; II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13. §3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de

226. STJ, 5ª Turma, HC 61.928/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04/09/2007, DJ 19/11/2007 p. 250.

227. No sentido de que o parcelamento da dívida tributária antes do recebimento da denúncia equivale ao pagamento, acarretando a extinção da punibilidade do sujeito ativo da infração, nos termos do art. 34 da Lei n. 9.429/95: STJ, 5ª Turma, REsp 252.648/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 21/09/2000, DJ 30/10/2000 p. 181. E ainda: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.026.214/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 29/04/2008, DJe 04/08/2008. Na mesma linha, aplicando, todavia, o revogado art. 14 da Lei n. 8.137/90: STJ, 5ª Turma, HC 2.538/RS, Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 27/04/1994, DJ 09/05/1994.

concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal".

Pouco tempo depois entra em vigor a Lei n. 10.684/03 (PAES), passando a tratar da matéria nos seguintes termos: "Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. §1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. §2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios".

Comparando-se o art. 15 da Lei n. 9.964/00 com o disposto no art. 9º da Lei n. 10.684/03, dúvidas não restam quanto ao caráter mais benigno deste último. Com efeito, ao tratar da suspensão da pretensão punitiva em virtude do parcelamento do débito tributário, o art. 9º da Lei n. 10.684/03 nada dispõe acerca da necessidade de o acordo ser formalizado antes do recebimento da denúncia. Daí o motivo pelo qual a doutrina e os Tribunais passaram a entender que o parcelamento teria o condão de acarretar a suspensão da pretensão punitiva ainda que formalizado após o recebimento da denúncia, independentemente do tipo de programa ou de regime utilizado. Por se tratar de *novatio legis in mellius*, o novo regramento foi aplicado inclusive em relação àqueles delitos cometidos antes da vigência da Lei n. 10.684/03, nos exatos termos do parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

A propósito, eis o entendimento da 1ª Turma do STF: "(...) As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária. Se esta defere a faculdade de parcelar e quitar as contribuições descontadas dos empregados, e não repassadas ao INSS, e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o artigo 9º, § 2º, da citada Lei n. 10.684/03. Este preceito, que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade referente aos crimes ali relacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado artigo 9º. O paciente obteve o parcelamento e cumpriu a obrigação. Podia fazê-lo, à época, antes do recebimento da denúncia, mas assim não procedeu. A lei nova permite que o faça depois, sendo portanto, lex mitior, cuja retroação deve operar-se por força do artigo 5º, XL da Constituição do Brasil. Ordem deferida. Extensão a paciente que se encontra em situação idêntica".[228]

Ao contrário de todos os dispositivos legais anteriormente citados atinentes à extinção da punibilidade em virtude do pagamento ou parcelamento do débito tributário, que sempre estabeleciam algum limite temporal para a obtenção de tal benefício – antes do início da ação fiscal, ou antes do recebimento da denúncia –, o art. 9º, *caput*, da Lei n. 10.684/03, silenciava acerca do assunto. Logo, todo e qualquer parcelamento de dívidas tributárias, ainda que formalizados após o recebimento da denúncia, ou mesmo se o processo estivesse em grau recursal, teria o condão de acarretar a extinção da punibilidade, desde que houvesse a quitação integral da dívida (Lei n. 10.684/03, art. 9º, §2º).[229]

Daí, todavia, não se pode concluir que o parcelamento e subsequente pagamento pudessem ser formalizados após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ao não estabelecer prazo para o pagamento total do tributo devido, o art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03, não permitia que essa quitação fosse feita após a condenação, inclusive. Afinal, o *caput* do art. 9º, dentro do qual está inserida a causa extintiva da punibilidade do §2º, faz referência expressa à *pretensão punitiva*,[230] e

228. STF, 1ª Turma, HC 85.452/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 17/05/2005, DJ 03/06/2005. Ainda no sentido da aplicação retroativa do art. 9º da Lei n. 10.684/03: STF, 1ª Turma, HC 85.048/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 30/05/2006, DJ 01/09/2006.

229. No sentido de que o pagamento do tributo, ainda que efetuado após o recebimento da denúncia, teria o condão de acarretar a extinção da punibilidade, *ex vi* do art. 9º da Lei n. 10.684/03: STF, 1ª Turma, HC 81.929/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16/12/2003, DJ 27/02/2004. No mesmo contexto: STJ, Corte Especial, APn 367/AP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 05/04/2006, DJ 21/08/2006 p. 215; STJ, 5ª Turma, REsp 453.776/ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06/12/2005, DJ 03/04/2006 p. 388. No julgamento do HC 96.681/SP (STF, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/04/2010, DJe 27 09/02/2011), o Min. Marco Aurélio concluiu que a suspensão da pretensão punitiva prevista no art. 9º, *caput*, da Lei n. 10.684/03, pode se dar ainda que o processo criminal estivesse em curso, e pouco importando se já existisse sentença condenatória, desde que não tivesse havido a preclusão, no campo da recorribilidade, do decreto condenatório. O objetivo maior do dispositivo legal seria impedir a ocorrência de glosa penal, o prosseguimento do feito criminal, esteja em que fase estiver, quando verificado o parcelamento e, portanto, o acerto de contas entre os integrantes da relação jurídica reveladora do débito fiscal.

230. Segundo Gustavo Henrique Badaró, "pretensão punitiva seria o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Através da pretensão punitiva o Estado-Administração procura tornar efetivo o *ius puniendi*, com o exigir do autor do crime, que está obrigado a sujeitar-se à sanção penal, o cumprimento dessa obrigação, que consiste em sofrer o delinquente as consequências do crime e se concretiza no dever de abster-se ele de qualquer resistência contra os órgãos estatais a que cumpre executar a pena. Porém, tal pretensão não poderá ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator submeter-se à pena. Assim sendo, tal pretensão já nasce insatisfeita". (*Correlação entre acusação e sentença*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 68).

não à executória. Assim, o pagamento autorizador da extinção da punibilidade seria aquele realizado até a data da condenação. Esgotada essa fase jurisdicional, ter-se-ia o exercício da pretensão executória, em que o parcelamento e subsequente pagamento não mais teriam o condão de acarretar a extinção da punibilidade. Na dicção da 6ª Turma do STJ, "(...) o art. 9º da Lei n. 10.684/03 trata da extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida previdenciária, antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que faz menção expressa à pretensão punitiva do Estado. Não há que se falar em extinção da punibilidade pelo pagamento, quando se trata de pretensão executória, que é o caso do autos".[231]

Perceba-se que o parcelamento, isoladamente considerado, não acarretava a extinção da punibilidade. Produzia tão somente a suspensão da pretensão punitiva, tal qual disposto no art. 9º, *caput*, da Lei n. 10.684/03. Só se podia falar em extinção da punibilidade quando houvesse o pagamento integral do montante objeto do parcelamento, o que significa dizer que eventual inadimplemento ou exclusão da empresa do programa de recuperação fiscal devolveria ao Estado a pretensão punitiva. Portanto, diversamente do regramento vigente à época do art. 34 da Lei n. 9.249/95, em que o parcelamento formalizado antes do recebimento da denúncia acarretava a extinção da punibilidade, ainda que não houvesse o pagamento integral da dívida objeto do parcelamento, o art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03, autorizava a extinção da punibilidade tão somente quando houvesse o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.[232]

Eis, portanto, a correta exegese do art. 9º da Lei n. 10.684/03:

a) independentemente do tipo de programa ou de regime utilizado, o parcelamento do débito tributário deferido pela Administração Tributária, que não pode ser questionado no juízo criminal, efetuado até o trânsito em julgado da sentença condenatória acarreta a suspensão da pretensão punitiva (fase investigatória ou processual), nos termos do art. 9º, *caput*, da Lei n. 10.684/03. *A contrario sensu*, se o parcelamento e o pagamento forem formalizados após a formação da coisa julgada, revela-se inviável a extinção da punibilidade ou a suspensão da pretensão punitiva, que, aliás, nem existe mais, vez que transformada em pretensão executória com a formação do título executivo;[233]

b) a despeito de o art. 9º da Lei n. 10.684/03 fazer referência tão somente às pessoas jurídicas, o art. 1º, III, do referido diploma normativo, admite a adesão de pessoas físicas ao parcelamento nele previsto, caso em que tal agente fará jus ao benefício da suspensão da pretensão punitiva. De se notar que a Lei n. 11.941/09 faz menção expressa à aplicabilidade das regras do parcelamento a pessoas físicas;

c) a extinção da punibilidade nos casos de anterior parcelamento está condicionada ao pagamento integral do débito tributário, consoante disposto no art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03. Por consequência, se houver o inadimplemento do parcelamento, retoma-se a persecução penal. Referindo-se ao art. 9º da Lei n. 10.684/03, a 1ª Turma do STF concluiu que "(...) o simples parcelamento de débito tributário não é procedimento apto a extinguir a punibilidade por crimes decorrentes de ofensa à Lei n. 8.137/90. Necessidade de quitação integral perante as autoridades fazendárias. Ordem concedida de ofício para suspender a punibilidade do agente, bem como da prescrição punitiva";[234]

d) considerando que, ao cuidar da extinção da punibilidade em virtude do pagamento integral do débito tributário, o art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03, nada dispunha quanto à necessidade de que tivesse havido prévia adesão ao regime de parcelamento, a extinção da punibilidade deve ser reconhecida quando houvesse o pagamento integral da dívida atinente aos crimes relacionados nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, independentemente de parcelamento anterior;

e) a Lei n. 10.684/03 não limitou os benefícios a débitos da União, mas indistintamente previu

231. STJ, 6ª Turma, HC 302.059/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/02/2015, DJe 11/02/2015. Em sentido semelhante: STF, 1ª Turma, HC 85.661/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03/08/2007, DJe 165 18/12/2007; STJ, 6ª Turma, RHC 56.665/PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/03/2015, DJe 27/03/2015. Em sentido diverso, concluindo que o pagamento do débito tributário, a qualquer tempo, *até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, é causa de extinção da punibilidade do acusado, nos termos do art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03: STJ, 5ª Turma, HC 362.478/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/09/2017, DJe 20/09/2017.

232. Como já se pronunciou o STJ, "(...) o eventual parcelamento do débito previdenciário não extingue a punibilidade, que depende da total satisfação da obrigação assumida, que só ocorre após o pagamento da última parcela acordada (Lei n. 10.684/03, art. 9º, §§1º e 2º). A exclusão da empresa do Programa de Recuperação Fiscal devolve ao Estado a pretensão punitiva. Ordem denegada". (STJ, 5ª Turma, HC 39.672/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17/11/2005, DJ 10/04/2006 p. 237).

233. No sentido de que o parcelamento integral dos débitos tributários decorrentes dos crimes previstos na Lei n. 8.137/90, em data posterior à sentença condenatória, mas antes do seu trânsito em julgado, suspende a pretensão punitiva estatal até o integral pagamento da dívida (art. 9º da Lei n. 10.684/03 e art. 68 da Lei n. 11.941/09): STJ, 6ª Turma, HC 370.612/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/03/2017, DJe 17/03/2017; STJ, 5ª Turma, HC 353.827/PI, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/08/2016, DJe 25/08/2016.

234. STF, 1ª Turma, RHC 89.152/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29/08/2006, DJ 22/09/2006.

efeitos sobre a punibilidade dos crimes referidos, ainda que se tratassem de débitos tributários com os Estados ou Municípios;[235]

f) quando o art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03, alude ao pagamento, não faz qualquer menção ao marco temporal para que a quitação integral do débito tributário possa viabilizar a extinção da punibilidade. Por isso, os Tribunais Superiores passaram a entender que o pagamento do tributo *a qualquer momento, mas desde que antes do trânsito em julgado,* acarretaria a extinção da punibilidade;[236]

g) apesar de o art. 9º, *caput,* da Lei n. 10.684/03, mencionar apenas os crimes dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90, e os delitos dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, há precedentes do STJ admitindo a aplicação desse regramento ao crime de descaminho (CP, art. 334), sob o argumento de que se trata de um delito intrinsecamente tributário, pois tutela o direito que o Estado tem de instituir e cobrar impostos e contribuições. Não por outro motivo, em caso concreto envolvendo a compra de roupas íntimas avaliadas em oito mil e cinquenta e seis dólares americanos adquiridas numa das tradicionais queimas de estoque em Miami, a 6º Turma do STJ admitiu a extinção da punibilidade em relação ao crime do art. 334 do CP porquanto teria havido o pagamento integral do débito tributário;[237]

h) essas causas de suspensão da pretensão punitiva e extinção da punibilidade têm natureza objetiva, aplicando-se a todos os coautores e partícipes, ainda que não tenham sido os responsáveis pelo pagamento;[238]

i) nos casos em que eventual conduta-meio (v.g., falsidade ideológica) tiver sido praticada com o fim exclusivo de proporcionar a realização do crime contra a ordem tributária, a extinção da punibilidade quanto a este — diante do pagamento do tributo devido — impede que, em razão daquela primeira conduta, considerada de forma autônoma, proceda-se à persecução penal do agente. Isso porque, nesse contexto, exaurindo-se a conduta-meio na prática do crime-fim, cuja punibilidade não mais persista, faltará justa causa para a persecução pela conduta-meio, porquanto carente de autonomia.[239] *A contrario sensu,* quando não for possível a aplicação do princípio da consunção, por exemplo, pelo fato de a potencialidade lesiva do *falsum* não ter se esgotado no suposto crime-fim, o pagamento do débito tributário não terá o condão de acarretar a extinção da punibilidade de outros crimes, senão aqueles cometidos em detrimento da ordem tributária;[240]

j) a suspensão da pretensão punitiva atinente ao crime de sonegação fiscal, em consequência da adesão ao REFIS e do parcelamento do débito, não implica ausência de justa causa para a persecução penal quanto ao crime de associação criminosa (CP, art. 288, com redação dada pela Lei n. 12.850/13), quer porque tal delito não consta do rol taxativo do art. 9º da Lei n. 10.684/03, quer porque tem natureza formal, consumando-se no exato momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.[241]

Por fim, entrou em vigor a Lei n. 11.941/09, conhecida como *Lei do Refis 4*, tratando do parcelamento e pagamento do débito tributário nos seguintes termos: "Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei. Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa

235. Na mesma linha: STOCO. Op. cit. p. 213.

236. No sentido de que o pagamento do tributo, *a qualquer momento*, extingue a punibilidade do crime tributário: STF, 2ª Turma, AP 450/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 18/11/2014, DJe 28 10/02/2015. No sentido de que o parcelamento efetuado em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarreta a suspensão da pretensão punitiva, e que o pagamento do débito tributário incluído no programa de parcelamento tem o condão de extinguir a punibilidade: STF, Pleno, AP 613 QO/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15/05/2014, DJe 107 03/06/2014.

237. STJ, 6ª Turma, HC 48.805/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26/06/2007.

238. No sentido de que a suspensão da pretensão punitiva em face do parcelamento formulado em benefício de pessoa jurídica favorece todos os sócios denunciados e condenados: STF, 2ª Turma, HC 84.700/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11/10/2005, DJ 04/11/2005.

239. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, RHC 31.321/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16/05/2013, DJe 24/05/2013.

240. Em caso concreto apreciado pela 5ª Turma do STJ (REsp 996.711/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/11/2010, DJe 05/04/2011), determinado contribuinte havia feito deduções em sua declaração de imposto de renda de despesas médico-odontológicas e, quando exigidos os comprovantes do efetivo pagamento das referidas despesas, o acusado utilizou recibos falsos para tentar dar aparência de veracidade às informações prestadas ao Fisco, praticando, assim, o delito de falsidade ideológica (CP, art. 299). Ante o pagamento do débito tributário, pleiteou a extinção da punibilidade não apenas do crime do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, mas também do suposto crime-meio de falsidade ideológica. Na visão daquele colegiado, seria inviável a extinção da punibilidade em relação ao crime de *falsum*, haja vista que não teria havido o nexo de dependência entre as condutas delituosas. Isso porque a falsidade ideológica fora praticada após a consumação do crime contra a ordem tributária, no intuito de ocultar o crime praticado, o que, em se tratando de condutas diversas, evidencia a autonomia entre os delitos.

241. Nessa linha: STF, 1ª Turma, HC 84.223/RS, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/08/2004, DJ 27/08/2004 p. 71.

jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal".[242]

Este novo diploma diverge do anterior quanto ao tratamento das contribuições previdenciárias, porquanto permite o parcelamento de débitos delas decorrentes. De fato, pelo menos até ó advento da Lei n. 11.941/09, o art. 7º da Lei n. 10.666/03[243] vedava o parcelamento de tais contribuições,[244] valendo ressaltar que o §2º do art. 5º da Lei n. 10.684/03 fora objeto de veto presidencial. Assim, as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados foram naquele momento excluídas do rol dos débitos tributários passíveis de parcelamento, salvo para algumas pessoas jurídicas – entidades desportivas, Santas Casas de Misericórdia, entidades hospitalares sem fins econômicos, entidades de saúde de reabilitação física de deficientes sem fins econômicos, e outras entidades filantrópicas portadoras de Certificado de Entidade Beneficente da Assistência Social –, que foram beneficiadas com a entrada em vigor da Lei n. 11.345/06 (Timemania). Em sentido diverso, a Lei n. 11.941/09 permitiu o parcelamento de diversos tributos, inclusive das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Destarte, havendo adesão ao novo parcelamento, suspender-se-á a pretensão punitiva dos crimes previstos nos art. 168-A e 337-A do Código Penal, ou daqueles previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90.

49.5. Art. 6º da Lei n. 12.382/11 e a nova redação do art. 83 da Lei n. 9.430/96.

Para a surpresa de todos, com vigência em 1º de março de 2011, a Lei n. 12.383/11, que alterou o valor do salário mínimo (art. 1º), também introduziu importantes mudanças quanto à extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária, ao conferir nova redação ao art. 83 da Lei n. 9.430/96, nos seguintes termos: "Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei n. 12.350/10). §1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. §2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. §3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. §4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. §5º O disposto nos §§1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. §6º As disposições contidas no *caput* do art. 34 da Lei n. 9.249/95 aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz".

Da leitura da nova redação conferida ao art. 83 da Lei n. 9.430/96, podemos extrair diversas conclusões:

a) se o art. 9º, *caput*, da Lei n. 10.684/03, e os arts. 68 e 69 da Lei n. 11.941/09, previam que o parcelamento do débito tributário seria capaz de acarretar a suspensão da pretensão punitiva ainda que formalizado após o recebimento da peça acusatória, o art. 83, §2º, da Lei n. 9.430/96, dispõe expressamente que, doravante, para a produção de efeito semelhante, o pedido de parcelamento deve ser formalizado *antes do recebimento da denúncia*. Cuida-se, portanto, de evidente hipótese de *novatio legis in pejus*, a ser aplicada exclusivamente aos crimes tributários cometidos após a vigência

242. Atente o leitor para a ADI 4.273/DF, ora em tramitação no Supremo Tribunal Federal, que questiona a constitucionalidade dos arts. 67, 68 e 69 da Lei n. 11.941/09, e do art. 9º da Lei n. 10.684/03.

243. Eis o teor do art. 7º da Lei n. 10.666/03: "Não poderão ser objeto de parcelamento as contribuições descontadas dos empregados, inclusive dos domésticos, dos trabalhadores avulsos, dos contribuintes individuais, as decorrentes da sub-rogação e as demais importâncias descontadas na forma da legislação previdenciária".

244. Apesar de o art. 7º da Lei n. 10.666/03 vedar o parcelamento de débitos decorrentes das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, o art. 9º da Lei n. 10.684/03 autorizava a suspensão da pretensão punitiva do crime previsto no art. 168-A do Código Penal. Por isso, no âmbito dos Tribunais, acabou prevalecendo a orientação no sentido de que, não obstante a vedação contida no art. 7º da Lei n. 10.666/03, o parcelamento dos débitos relativos às contribuições previdenciárias descontadas dos empregados funcionava como causa de suspensão da pretensão punitiva. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp 884.057/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10/05/2007, DJ 29/06/2007.

da Lei n. 12.382/11, que se deu em data de 1º de março de 2011;[245]

b) antes de proceder ao juízo de admissibilidade da peça acusatória, incumbe ao juiz determinar a intimação do acusado para que proceda ao parcelamento e/ou pagamento do débito tributário de modo a obter a extinção da punibilidade. Sobre o assunto, é importante entender que os crimes materiais do art. 1º da Lei n. 8.137/90 estão sujeitos ao procedimento comum ordinário, porquanto a pena a eles cominada é superior a 4 (quatro) anos. Esse *iter* procedimental não contempla a denominada defesa preliminar, como o fazem outros procedimentos legais (v.g., Lei de Drogas, procedimento originário dos Tribunais, etc.). Sem embargo, grande parte da doutrina entende que, *de lege ferenda*, há de se determinar a intimação do denunciado antes do recebimento da peça acusatória, exatamente para que possa se beneficiar da causa extintiva da punibilidade sob comento. Somente assim não haveria uma surpresa indevida ao acusado, assegurando-se um contraditório real e a mais ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;[246]

c) conquanto o §4º do art. 83 da Lei n. 9.430/96 não faça referência expressa ao momento adequado para que o pagamento acarrete a extinção da punibilidade, não se pode perder de vista que tal dispositivo dispõe explicitamente que, para fins de extinção da punibilidade, o pagamento em questão deve abranger a integralidade dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, *que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.* Ora, considerando-se que, desde o advento da Lei n. 12.382/11, o parcelamento capaz de suspender a pretensão punitiva deve ser formalizado *antes do recebimento da denúncia*, é de se concluir que, por consequência, o pagamento também deverá ser efetuado *antes do juízo positivo de admissibilidade da peça acusatória.* Estão revogados tacitamente, portanto, o art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03, e o art. 69 da Lei n. 11.941/09, que autorizavam que o pagamento extintivo da punibilidade fosse efetuado a qualquer momento da persecução penal, desde que antes do trânsito em julgado. Logo, em relação aos crimes cometidos após a vigência do art. 6º da Lei n. 12.382/11 (1º/03/2011), se o pagamento for efetuado após o recebimento da denúncia, passa a funcionar tão somente como circunstância atenuante (CP, art. 65, III, alínea "b").

Prova desse raciocínio é o quanto disposto no art. 83, §6º, da Lei n. 9.430/96, incluído pela Lei n. 12.382/11. Referindo-se expressamente ao art. 34 da Lei n. 9.249/95, que autoriza a extinção da punibilidade dos crimes tributários quando o agente promover o pagamento antes do recebimento da denúncia, fica evidente que o pagamento do débito tributário efetuado após o recebimento da denúncia não mais terá o condão de acarretar a extinção da punibilidade. Tanto é verdade que o §6º do art. 83 prevê que as disposições contidas no *caput* do art. 34 da Lei n. 9.249/95 serão aplicáveis aos inquéritos e processos em curso, *desde que não recebida a denúncia pelo juiz.*

É bem verdade que o art. 9º da LC 95/98, com redação dada pela LC n. 107/01, determina que a cláusula de revogação de lei nova deve enumerar, expressamente, as leis e disposições revogadas, o que não ocorreu na hipótese sob comento. No entanto, a falta de técnica por parte do legislador – que, aliás, tem se tornado uma rotina –, não pode justificar a convivência de normas jurídicas incompatíveis entre si, tratando do conceito de extinção da punibilidade do crime tributário em virtude do pagamento de maneira conflitante. Por consequência, como se trata de norma posterior que tratou da matéria em sentido diverso, parece-nos que a nova redação do art. 83, §§2º e 4º, da Lei n. 9.430/96, conferida pela Lei n. 12.382/11, revogou tacitamente não apenas o art. 9º, *caput*, e §2º, da Lei n. 10.684/03, mas também os arts. 68 e 69 da Lei n. 11.941/09, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.[247]

245. Nesse contexto, eis o entendimento do TRF/4ª Região: "(...) A concessão de parcelamento dos débitos tributários, na forma do artigo 68, e parágrafo único da Lei 11.941/2009, enseja a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, e artigos 168-A e 337-A do Código Penal, enquanto não for rescindido, não correndo a prescrição criminal durante esse período. O artigo 83, §2º, da Lei 9.430/96, incluído pela Lei 12.382/2011, porque restringiu os efeitos penais da opção do contribuinte pelo parcelamento, na esfera administrativa, à formalização antes do recebimento da denúncia, não alcança os fatos criminosos que se consumaram anteriormente à sua vigência, na medida em que o parcelamento do débito constitui hipótese de suspensão da pretensão punitiva que, uma vez integralmente adimplido, leva à extinção da punibilidade. Caso em que, ademais, o recebimento da denúncia é anterior à vigência do novel diploma legal. (...)". (TRF4, ACR 5012702-32.2010.404.7100, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 09/10/2015).

246. Com esse entendimento: STOCO. Op. cit. p. 273-275.

247. Em sentido diverso, em voto externado no exame da AP 516 ED/DF, o Min. Dias Toffoli concluiu que a Lei n. 12.382/11, que trata da extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03, que prevê a extinção da punibilidade em virtude do pagamento do débito a qualquer momento. Ainda no sentido de que a Lei n. 12.382/11 não afetou o disposto no art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03, que prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito a qualquer tempo: STF, 1ª Turma, HC 116.828/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 13/08/2013, DJe 206 16/10/2013. Para Baltazar Jr. (op. cit. p. 865), como a Lei n. 12.382/11 faz menção expressa apenas ao parcelamento, nada dispondo sobre o pagamento, segue em vigor, para o pagamento, a regra anterior, da Lei n. 11.941/09, admitindo efeitos penais independentemente de ter o pagamento ocorrido antes ou depois do recebimento da denúncia. Ainda no sentido de que a entrada em vigor da Lei n. 12.382/11 não acarretou a revogação do art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03: HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO,

É nesse sentido a orientação do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos: "ARTIGO 9º DA LEI 10.684/2003. DESNECESSIDADE DE REVOGAÇÃO EXPRESSA PELA LEI 12.382/2011. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRÁRIA NO NOVO DISPOSITIVO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL SE A ADESÃO AO PROGRAMA DE PARCELAMENTO OCORRE APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. COAÇÃO INEXISTENTE. 1. Tendo a Lei 12.382/2011 previsto, no artigo seu 6º, que a suspensão da pretensão punitiva estatal ocorre apenas quando há o ingresso no programa de parcelamento antes do recebimento da denúncia, consideram-se revogadas as disposições em sentido contrário, notadamente o artigo 9º da Lei 10.684/2003. 2. Na própria exposição de motivos da Lei 12.382/2011, esclareceu- se que a suspensão da pretensão punitiva estatal fica suspensa "durante o período em que o agente enquadrado nos crimes a que se refere o art. 83 estiver incluído no parcelamento, desde que o requerimento desta transação tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal". 3. Por conseguinte, revela-se ilegítima a pretensão da defesa, no sentido de que a persecução penal em tela seja suspensa em decorrência do parcelamento dos tributos devidos após o acolhimento da inicial".[248]

50. LEI DE REPATRIAÇÃO DE VALORES E NOVA CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO A CRIMES TRIBUTÁRIOS.

Seguindo uma tendência mundial de *voluntary disclosure* ("revelação voluntária"), entrou em vigor no dia 14 de janeiro de 2016 a Lei n. 13.254, que dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no país. Para além de facilitar o retorno do contribuinte à legalidade, essa regularização fiscal também permite que o Estado proceda à arrecadação de ingresso de fontes impositivas ocultas, que, de outro modo, dificilmente seriam descobertas.

Consoante disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 13.254/16, com redação alterada pela Lei n. 13.428/17, a adesão ao referido programa, associada ao pagamento integral dos impostos pertinentes e das multas devidas, *desde que antes do trânsito em julgado da decisão criminal condenatória*, extinguirá, em relação a recursos, bens e direitos a serem regularizados nos termos desta Lei, a punibilidade dos crimes a seguir previstos, praticados até a data de adesão ao RERCT: a) crimes tributários previstos nos arts. 1º e 2º, I, II e V, ambos da Lei nº 8.137/90; b) crimes de sonegação fiscal previstos na Lei nº 4.729/65; c) sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. Art. 337-A); d) falsificação de documento público, falsificação de documento particular, falsidade ideológica e uso de documento falso (CP, arts. 297, 298, 299 e 304, respectivamente), desde que exaurida sua potencialidade lesiva com a prática dos crimes citados nas alíneas "a", "b" e "c"; e) evasão de divisas (Lei nº 7.492/86, art. 22, *caput*, e parágrafo único); f) lavagem de capitais, mas apenas quando o objeto do crime for bem, direito ou valor, proveniente, direta ou indiretamente, dos crimes acima citados. A Lei nº 13.254/16 também prevê que a regularização de ativos mantidos em nome de interposta pessoa estenderá a ela esta novel causa extintiva da punibilidade (art. 4º, § 5º).

Não poderão ser beneficiados por esta novel causa extintiva da punibilidade os sujeitos que tiverem sido condenados em ação penal por um dos crimes acima listados, ainda que se refira aos recursos, bens ou direitos a serem regularizados pelo RERCT (Lei n. 13.254/16, art. 1º, §5º, II). Noutro giro, a Lei n. 13.254/16 também prevê que a regularização de ativos mantidos em nome de interposta pessoa estenderá a ela esta novel causa extintiva da punibilidade (art. 4º, §5º).

51. DEMAIS CAUSAS DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Consoante disposto no art. 156 do Código Tributário Nacional, para além do pagamento, também extinguem o crédito tributário: a) a compensação; b) a transação; c) a remissão; d) a prescrição e a decadência; e) a conversão de depósito em renda; f) o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§1º e 4º, do CTN; g) a consignação em pagamento, nos termos do diposto no §2º do art. 164 do CTN; h) a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; i) a decisão judicial passada em julgado; j) a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. A lei também disporá quanto aos efeitos da extinção total

Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. *Crimes contra a ordem tributária.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 180.

248. STJ, 5ª Turma, HC 278.248/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12/08/2014, DJe 12/09/2014.

ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos arts. 144 e 149 do CTN (CTN, art. 156, parágrafo único).

Firmada a premissa de que a analogia vedada no âmbito penal é aquela em prejuízo do acusado (analogia *in malam partem*), porquanto incompatível com o princípio da legalidade, parte da doutrina sustenta que o pagamento não é a única causa de extinção do crédito tributário capaz de acarretar a extinção da punibilidade. É nesse sentido a lição de Hugo de Brito Machado,[249] para quem todas as formas de extinção do crédito tributário, que implicam extinção da obrigação tributária correspondente, também têm o condão de extinguir a punibilidade nos crimes contra a ordem tributária.

Referindo-se especificamente à decadência do direito de constituir o crédito tributário, a 5ª Turma do STJ já teve a oportunidade de se pronunciar no seguinte sentido: "(...) A consumação dos crimes previstos no art. 1.º da Lei n.º 8.137/1990, que são considerados materiais ou de resultado, depende do lançamento definitivo do crédito tributário. Como consectário lógico, a ausência do lançamento do crédito fiscal pela Administração Pública, em virtude da fluência do prazo decadencial, verificado pelo transcurso de mais de cinco anos do fato gerador do tributo (art. 150, § 4.º, do CTN), obsta a condenação pela prática do delito de sonegação fiscal. Ordem concedida".[250]

O tema, porém, não é pacífico. Recentemente, por exemplo, a 6ª Turma do STJ pronunciou-se no sentido de que o reconhecimento de prescrição tributária em execução fiscal não é capaz de justificar o trancamento de ação penal referente aos crimes contra a ordem tributária previstos nos incisos II e IV do art. 1° da Lei n. 8.137/1990. Isso porque a constituição regular e definitiva do crédito tributário é suficiente para tipificar as condutas previstas no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/1990, não influindo o eventual reconhecimento da prescrição tributária. De fato, são independentes as esferas penal e tributária. Assim, o fato de ter escoado o prazo para a cobrança do crédito tributário, em razão da prescrição - fato jurídico extintivo do crédito tributário -, não significa que o crime tributário não se consumou, pois a consumação dos delitos de sonegação fiscal se dá por ocasião do trânsito em julgado na esfera administrativa. É dizer, uma vez regular e definitivamente constituído o crédito tributário, sua eventual extinção na esfera tributária, pela prescrição (art. 156 do CTN), em nada afeta o jus puniendi estatal, que também resta ileso diante da prescrição para a ação de cobrança do referido crédito (art. 174 do CTN).[251]

Enfim, há precedentes de ambas as Turmas Criminais do STJ no sentido de que a constituição regular e definitiva do crédito tributário é suficiente à tipificação das condutas previstas no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/90, de forma que o eventual reconhecimento da prescrição tributária não afeta a persecução penal, diante da independência entre as esferas administrativo-tributária e penal.[252]

> **Art. 15.** Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

52. AÇÃO PENAL NOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 8.137/90.

Os crimes contra a ordem tributária são de ação penal pública incondicionada. Por isso, revela-se absolutamente inútil a regra do art. 15 da Lei n. 8.137/90. A uma porque o art. 12 do Código Penal dispõe expressamente que as regras gerais daquele *Codex* aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. A duas porque a ação penal é, de regra, pública incondicionada, salvo quando a lei exige, expressamente, a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça (CP, art. 100, §1º), ou quando a declara privativa do ofendido (CP, art.

249. Op. cit. p. 89. Referindo-se ao depósito em juízo do valor do tributo sonegado como verdadeiro pagamento sob condição resolutiva, STOCO adverte: "com o depósito em dinheiro do valor integral do tributo e seus acessórios (como se sabe, a prestação da garantia é condição obrigatória para a oposição de embargos à execução fiscal, por disposição expressa do art. 16, §1º, da Lei n. 6.830/80), sequer se mostra necessário aguardar a decisão final do juízo cível para o trancamento da ação penal ou do inquérito policial" (op. cit. p. 195).

250. STJ, 5ª Turma, HC 77.986/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13/09/2007, DJe 07/04/2008. Com raciocínio semelhante: "(...) O prazo para constituição do crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao do ano em que deveria ter sido lançado. No caso, em que a dívida refere-se à declaração de imposto de renda de pessoa jurídica, ano-base 2001, o lançamento deveria ter ocorrido, portanto, em 2002. Assim, o dies a quo para a contagem do prazo decadencial é 01/01/2003. E, constituído o crédito em junho de 2007, conforme documentação dos autos, não ocorreu a alegada decadência, razão pela qual não prospera a alegação de falta de justa causa, no ponto. Habeas corpus denegado". (STJ, 5ª Turma, HC 151.137/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/12/2012, DJe 13/12/2012).

251. STJ, 6ª Turma, RHC 67.771/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 10/03/2016, DJe 17/03/2016. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, RHC 81.446/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13/06/2017, DJe 30/06/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 202.617/DF, Rel. Min. Campos Marques – Desembargador convocado do TJ/PR –, j. 11/04/2013, DJe 16/04/2013.

252. STJ, 6ª Turma, RHC 081.446/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13/06/2017, DJe 30/06/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 202.617/DF, Rel. Min. Campos Marques – Desembargador convocado do TJ/PR –, j. 11/04/2013, DJe 16/04/2013.

100, *caput*). Logo, se o art. 15 da Lei n. 8.137/90 fosse suprimido, não haveria qualquer prejuízo, visto que tais crimes estariam sujeitos à regra, qual seja, à ação penal pública incondicionada.

A propósito, a súmula n. 609 do STF preceitua que "é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal".

53. DECISÃO FINAL DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LANÇAMENTO E NÃO MODIFICAÇÃO DA NATUREZA INCONDICIONADA DA AÇÃO PENAL PÚBLICA DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

Tema que sempre provocou – e continua a provocar – acirrada discussão na doutrina e na jurisprudência diz respeito à relação existente entre a persecução criminal pela prática de crimes contra a ordem tributária e a decisão final do procedimento administrativo de lançamento.

A interligação entre as esferas administrativa-fiscal e penal é evidente, haja vista que a expressão *tributo* é verdadeira elementar do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90, relativizando sobremaneira o dogma da independência das instâncias. Deveras, se há uma decisão no âmbito cível, com trânsito em julgado, ou o acolhimento de um recurso administrativo pelo Fisco, concluindo pela inexistência de *tributo*, resta inviável tipificar a conduta do contribuinte como crime.

Essa polêmica ganhou reforço com a entrada em vigor do art. 83 da Lei n. 9.430/96. Em sua redação original, este dispositivo dispunha que a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 seria encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.[253] Por conta desse dispositivo legal, houve quem sustentasse que referido dispositivo teria criado uma condição específica da ação penal em relação a tais delitos. Logo, a atuação do Ministério Público estaria condicionada à decisão final do fisco.

Em virtude da controvérsia, foi ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo (ADI n. 1.571), de cujo julgamento podem ser extraídas as seguintes conclusões:

a) o art. 83 da Lei n. 9.430/96 não criou condição de procedibilidade da ação penal por delito tributário, o que significa dizer que tais delitos são de ação penal pública incondicionada;

b) o art. 83 da Lei n. 9.430/96 rege atos da administração fazendária, prevendo o momento em que as autoridades competentes da área da administração federal devem encaminhar ao Ministério Público expedientes contendo *notitia criminis* acerca de delitos contra a ordem tributária descritos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90. Essa representação fiscal deve ser compreendida, portanto, como um simples instrumento pelo qual o servidor fazendário leva ao conhecimento do Ministério Público fatos suspeitos de que teve conhecimento no exercício de sua atividade funcional. Considerando-se que os crimes tributários dificilmente são investigados de maneira regular pela Polícia e pelo Ministério Público, esta representação acaba funcionando como importante instrumento de conhecimento acerca da prática desses delitos;

c) o Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita "representação tributária", se, por outros meios, tiver conhecimento do lançamento definitivo, já que se trata de crime de ação penal pública incondicionada.[254]

54. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO FINAL DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LANÇAMENTO NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

Tributo é um elemento normativo do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90. E é tarefa da Administração Tributária decidir sobre a existência, exigibilidade e liquidez do crédito tributário por meio do lançamento (CTN, art. 142). Logo, não se pode admitir que a tese da autonomia das instâncias nos leve ao absurdo de admitir que alguém possa ser condenado por um crime que tem como elementar a supressão ou redução de tributo sem que o próprio fisco tenha constituído o crédito tributário através do lançamento definitivo.[255]

253. O art. 83 da Lei n. 9.430/96 foi alterado pela Lei n. 12.350/10, tendo, atualmente, a seguinte redação: "A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente".

254. STF, Tribunal Pleno, ADI 1.571/UF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/12/2003, DJ 30/04/2004. Com raciocínio semelhante: "(...) Se o Ministério Público, no entanto, independentemente da 'representação fiscal para fins penais' a que se refere o art. 83 da Lei nº 9.430/96, dispuser, por outros meios, de elementos que lhe permitam comprovar a definitividade da constituição do crédito tributário, poderá, então, de modo legítimo, fazer instaurar os pertinentes atos de persecução penal por delitos contra a ordem tributária. (...)". (STF, 2ª Turma, HC 85.329/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21/11/2006, DJ 15/12/2006).

255. Lançamento definitivo não é o que se dá com a notificação do sujeito passivo do ato do lançamento (CTN, arts. 142 e 145). É preciso que o crédito tributário constituído pelo lançamento fique acobertado pela *coisa julgada administrativa*, isto é, não mais esteja sujeito à modificação

Como observa a doutrina,[256] a necessidade do encerramento prévio do procedimento administrativo-fiscal tem 2 (duas) justificativas principais:

a) definição de existência do crédito tributário: a redução ou supressão de tributo depende de decisão prévia da Administração sobre a constituição do crédito tributário, pois é a Administração que ostenta a qualidade de sujeito competente para afirmar ou negar a existência, exigibilidade e liquidez do crédito tributário;

b) fixação do valor devido à Fazenda: com a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário, permite-se que o contribuinte ou responsável tributário efetue o pagamento ou proceda ao parcelamento, antes do recebimento da denúncia, obtendo, em contrapartida, a suspensão da pretensão punitiva e/ou extinção da punibidade.

Firmada a premissa de que a decisão final do procedimento administrativo de lançamento não é condição de procedibilidade em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária, há pelo menos 3 (três) correntes acerca da sua verdadeira natureza jurídica:

a) **questão prejudicial heterogênea não relativa ao estado civil das pessoas:** uma corrente minoritária entende que o Ministério Público não está obrigado a aguardar o prévio exaurimento da via administrativa para oferecer a denúncia. Todavia, a apuração da existência do tributo em processo administrativo constitui questão prejudicial heterogênea (CPP, art. 93), levando à suspensão do processo. Assim, uma vez oferecida a denúncia, poderá o juiz suspender o curso do processo penal, bem como o curso do prazo prescricional com base no art. 93 do CPP, a fim de que, no procedimento administrativo fiscal, se apure a existência de tributos reduzidos ou suprimidos;[257]

b) **elementar dos crimes materiais contra a ordem tributária:** uma segunda corrente entende que, tratando-se de crime material contra a ordem tributária, ou seja, crime tributário que depende da produção de um resultado (supressão ou redução de tributo ou contribuições sociais), a decisão final no procedimento administrativo de lançamento funciona como elementar do referido delito. Em outras palavras, a existência ou não de supressão ou redução de tributos ou contribuições, a ser decidida no procedimento fiscal, é elementar do tipo, estando ligada à própria tipicidade da conduta delituosa. Nessa linha, Bitencourt[258] sustenta que eventuais questionamentos acerca da existência da relação jurídico-tributária, e a consequente existência de dívida, *condicionam a tipicidade do comportamento na seara penal*, pois sem a existência de uma obrigação principal de pagar e o seu inadimplemento, não há que se falar na infração penal tipificada no art. 1º, ante a falta de seu pressuposto fático e normativo;

c) **condição objetiva de punibilidade:** uma terceira corrente (majoritária) sustenta que a decisão final do procedimento administrativo de lançamento funciona como condição objetiva de punibilidade[259] nos crimes materiais contra a ordem tributária.[260]

De modo a por fim à controvérsia, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante n. 24, segundo a qual "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos

total ou parcial. Nesse sentido: HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. *Crimes contra a ordem tributária.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 221.

256. BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

257. É nesse sentido a posição de Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de processo penal.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 104. No mesmo sentido: MACHADO. Op. cit. p. 375.

258. BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108.

259. As condições objetivas de punibilidade funcionam como fatos externos ao tipo penal, que devem ocorrer para a formação de um injusto culpável punível, sendo chamadas de objetivas porquanto independem do dolo ou da culpa do agente. Trata-se de acontecimento futuro e incerto, localizado entre o preceito primário e secundário da norma penal incriminadora, condicionando a existência da pretensão punitiva do Estado. São condições exigidas pelo legislador para que o fato se torne punível e que estão fora do injusto penal. Exemplos de condições objetivas de punibilidade: a) sentença declaratória da falência (Lei n. 11.101/05, art. 180); b) circunstância do fato ser punível no país em que foi praticado e estar incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição nos crimes praticados fora do território nacional (CP, art. 7º, §2º, "b" e "c"). As condições objetivas de punibilidade não se confundem com as escusas absolutórias. Apesar de também funcionarem como condições de punibilidade do delito, as escusas absolutórias são condições de punibilidade negativamente formuladas, excluindo a punibilidade do crime em relação a determinadas pessoas, como, por exemplo, nas hipóteses de isenção de pena previstas nos arts. 181, incisos I e II, e 348, §2º, ambos do CP, imunidades referentes a crimes contra o patrimônio e de favorecimento real, respectivamente. A despeito da presença de todos os elementos constitutivos da infração penal – tipicidade, ilicitude e culpabilidade –, isenta-se o acusado de pena por razões de política criminal. Grosso modo, há várias diferenças entre as escusas absolutórias e as condições objetivas de punibilidade: a) as primeiras antecipam-se ao momento consumativo da infração, ou seja, excluem a imposição da pena desde o começo, enquanto as últimas são eventos futuros e incertos; b) as primeiras são formuladas de maneira negativa, representando condições negativas de punibilidade do delito, visto que sua presença afasta a punibilidade do ilícito; as segundas se apresentam de modo positivo, ou seja, sua presença autoriza a punibilidade do crime; c) as escusas absolutórias não se comunicam aos eventuais coautores e partícipes, não detentores das características personalíssimas fixadas em lei, já que são causas pessoais de isenção de pena, ao passo que as condições objetivas de punibilidade, quando ausentes, impossibilitam a punição dos coautores e partícipes. Nesse contexto: FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas absolutórias no Direito Penal: doutrina e jurisprudência.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 24; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 92. Para Bitencourt (*Crimes contra a ordem tributária.* 69), toda condição objetiva de punibilidade gera, sob o ponto de vista do direito processual penal, uma condição objetiva de procedibilidade, já que não se poderia dar início ao processo penal sem o implemento dessa condição.

260. STJ, 6ª Turma, HC 54.248/PB, Rel. Min. Nilson Naves, j. 21/11/2006, DJ 25/06/2007 p. 303.

I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".[261]

À primeira vista, ao dizer "não se tipifica", a súmula vinculante deixa a impressão de que a decisão final do procedimento administrativo de lançamento funcionaria como *elementar* do referido delito. Não se trata, todavia, da posição prevalente no Supremo. Antes da edição da referida súmula, e mesmo depois, os Tribunais Superiores mantêm o entendimento de que o prévio exaurimento da via administrativa é *condição objetiva de punibilidade*, não havendo que se falar, antes dele, em possibilidade de deflagração da *persecutio criminis* contra o suposto autor do fato delituoso, haja vista que, somente após a decisão final do procedimento administrativo fiscal é que será considerado lançado, definitivamente, o referido crédito.[262]

Portanto, embora a denúncia do Ministério Público não esteja condicionada à representação da autoridade fiscal (ADI 1.571), já que se trata de crime de ação penal pública incondicionada, enquanto não houver o lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo, o Estado não pode dar início à persecução penal em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária. De fato, as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal conferem ao contribuinte o direito de impugnar o ato administrativo, podendo ser a autuação fiscal e o lançamento anulados, afastando-se, assim, o ilícito tributário. Esta impugnação administrativa suspende a exigibilidade do crédito, que não pode ser inscrito em dívida ativa, nem tampouco objeto de execução fiscal, valendo ressaltar que somente a autoridade administrativa detém a competência para atestar a exigência do tributo (CTN, art. 142). Logo, pelo menos enquanto não houver o "trânsito em julgado" no âmbito administrativo e a inscrição do débito na dívida pública, não se pode admitir a deflagração da persecução penal.

De todo modo, enquanto durar, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.[263]

Se a consumação dos crimes materiais contra a ordem tributária depende do lançamento definitivo do crédito tributário, é de se concluir que a ausência do lançamento do crédito fiscal pela Administração Pública, em virtude da fluência do prazo decadencial, verificado pelo transcurso de mais de cinco anos do fato gerador do tributo (art. 150, § 4.º, do CTN), obsta a condenação pela prática do delito de sonegação fiscal.[264]

A exigência de conclusão do procedimento administrativo de lançamento diz respeito apenas ao crédito tributário, e não a cada um dos acusados. Logo, diante da conclusão do procedimento administrativo fiscal em relação ao crédito tributário que, por meio de pessoa jurídica, teria ocorrido o delito de sonegação, há lastro para a promoção da ação penal. Portanto, não é necessário que se promova, em relação a cada um dos corréus, na qualidade de pessoas físicas, procedimento administrativo.[265]

Para o início da ação penal, basta a prova da constituição definitiva do crédito tributário (Súmula Vinculante 24), sendo desnecessária a juntada integral do Procedimento Administrativo Fiscal – PAF correspondente. No mais, eventuais ilegalidades ocorridas no decorrer do procedimento administrativo fiscal não podem ser questionadas no âmbito do processo penal, seja porque o juízo criminal não tem competência para o lançamento tributário, seja porque a Fazenda Pública não pode exercer o contraditório em tal feito, haja vista não figurar como parte. Enfim, a validade do crédito fiscal deve ser examinada no juízo cível, não cabendo à esfera penal qualquer tentativa de sua desconstituição.[266]

261. De acordo com a 3ª Seção do STJ (EREsp 1.318.662/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28/11/2018, DJe 04/12/2018), a **Súmula Vinculante n. 24** tem aplicação aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição, tendo em vista que não se está diante de norma mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial. Assim, o crime do art. 1º da Lei n. 8.137/90 somente restará consumado com o lançamento definitivo do crédito tributário, momento em que nasce a justa causa para a ação penal. Desse modo, é inevitável concluir que o curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva somente pode ter início com a própria constituição definitiva do crédito, após o encerramento do processo administrativo de lançamento previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional, conforme inclusive prevê o art. 111, I, do Código Penal.

262. No sentido de que o lançamento definitivo do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária: STJ, Corte Especial, Apn 449/AM, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 21/11/2007, DJ 06/12/2007, p. 286; STJ, 5ª Turma, HC 77.424/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21/08/2008, DJe 22/09/2008; STF, 2ª Turma, HC 86.032/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/09/2007, DJe 107 12/06/2008. Para a 5ª Turma do STJ, também não há justa causa para o processo penal pelo crime de descaminho (CP, art. 334) quando o crédito tributário ainda não estiver devidamente constituído: STJ, 5ª Turma, RHC 31.368/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08/05/2012. Em sentido contrário, referindo-se ao lançamento definitivo como *elementar do tipo* e, portanto, produzindo a atipicidade da conduta delituosa quando não implementada a decisão definitiva: STF, 2ª Turma, HC 101.900/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21/09/2010, Informativo n. 601 do Supremo.

263. Com esse raciocínio: STF, Tribunal Pleno, HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10/12/2003, DJ 13/05/2005. No sentido de que o não encerramento do processo administrativo fiscal atua como causa impeditiva do curso prescricional penal: STF, 2ª Turma, HC 92.484/AM, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02/06/2009, DJe 157 20/08/2009.

264. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 77.986/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13/09/2007, DJe 07/04/2008.

265. STJ, 6ª Turma, HC 86.309/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08/02/2011, DJe 28/02/2011.

266. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, RHC 94.288/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22/05/2018, DJe 30/05/2018; STJ, 5ª Turma, RHC 95.940/PB, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11/09/2018, DJe 19/09/2018. No sentido

De se notar que o que funciona como condição objetiva de punibilidade (ou elementar do delito) é apenas a existência do lançamento definitivo, e não a afirmação da autoridade administrativa de que teria havido o emprego de fraude por ocasião do inadimplemento da obrigação tributária. Não é papel da autoridade administrativa atestar se houve (ou não) o emprego de fraude. Na verdade, esta análise deve ser feita no âmbito do processo criminal pelo juízo competente. Logo, desde que tenha havido a conclusão do procedimento administrativo-fiscal, é perfeitamente possível o reconhecimento do crime, pouco importando o fato de a autoridade administrativa não ter atestado a ocorrência de fraude ou aplicado a respectiva multa.[267]

Se a decisão definitiva do procedimento administrativo de lançamento é *condição objetiva de punibilidade*, ou mesmo que se queira tratá-la como *elementar*, é certo que, enquanto não se concluir, perante o órgão competente da administração tributária, o procedimento fiscal tendente a constituir, de modo definitivo, o crédito tributário, será inviável a instauração de persecução penal contra o suposto autor do delito, seja na fase pré-processual (investigação preliminar),[268] seja na fase processual (*persecutio criminis in judicio*).

Havendo a instauração de inquérito policial, e desde que ao delito investigado seja cominada pena privativa de liberdade, entendem os Tribunais que haverá manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, já que estaria sendo instaurado procedimento investigatório para a apuração de fato que pressupõe, para a punibilidade, o lançamento definitivo na esfera administrativa, sendo cabível, portanto, seu trancamento por meio de *habeas corpus*. Na mesma ordem, se instaurado processo penal sem que tenha havido o lançamento definitivo, também será possível o trancamento do feito por meio de *habeas corpus*.[269]

No entanto, se, a despeito da ausência de constituição definitiva do crédito tributário à época em que recebida a denúncia, por estar pendente de conclusão o procedimento administrativo-fiscal, houver a constituição definitiva do crédito tributário no curso do processo, com posterior prolação de sentença condenatória, não é mais possível o trancamento do processo.[270]

Esse trancamento do inquérito policial por ausência de lançamento definitivo abrange não só o crime material contra a ordem tributária, como também eventual delito que tenha funcionado como meio para sua prática. Em caso concreto apreciado pelo Supremo, em que cidadão domiciliado no Estado de São Paulo teria obtido o licenciamento de seu veículo no Estado do Paraná de modo supostamente fraudulento — indicação de endereço falso —, com o fim de pagar menos tributo, haja vista que a alíquota do IPVA seria menor, entendeu-se que o crime de *falsum* teria constituído meio para o cometimento do delito-fim (Lei n. 8.137/90, art. 1º), resolvendo-se o conflito aparente de normas pela aplicação do postulado da consunção, de tal modo que a vinculação entre a falsidade ideológica e a sonegação fiscal permitiria reconhecer, em referido contexto, a preponderância do delito contra a ordem tributária. Logo, afastada

de que o processo criminal não é a via adequada para a impugnação de eventuais nulidades ocorridas no procedimento administrativo-fiscal: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 469.137/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 05/12/2017, DJe 13/12/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.058.190/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21/11/2017, DJe 28/11/2017; STJ, 6ª Turma, RHC 37.028/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 09/08/2016, DJe 23/08/2016; STJ, 6ª Turma, EDcl no AREsp 771.666/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/12/2015, DJe 02/02/2016. Em sentido semelhante, reconhecendo que eventuais vícios no procedimento administrativo-fiscal, enquanto não reconhecidos na esfera cível, são irrelevantes para o processo penal em que se apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária: STJ, 5ª Turma, EDcl no RHC 14.459/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16/09/2004, DJ 03/11/2004; STJ, 5ª Turma, HC 432.403/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/01/2018, DJe 02/02/2018; STJ, 6ª Turma, AREsp 1.020.610/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 06/12/2016, DJe 09/12/2016.

267. De acordo com a 5ª Turma do STJ, "(...) tendo em vista que as esferas administrativa e penal são, em regra, independentes, a aplicação por parte da autoridade fiscal de multa relativa a falta de recolhimento ou recolhimento a menor do tributo devido em percentual diverso daquele reservado para os casos de fraude, conluio e sonegação, não obsta que na esfera penal se conclua pela ocorrência de fraude". (STJ, 5ª Turma, HC 49.470/PB, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/08/2006, DJ 11/09/2006 p. 319).

268. No sentido de não ser possível a instauração de inquérito policial para apurar a prática do crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90 enquanto não houver lançamento definitivo do tributo: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 717.291/PR, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, j. 14/09/2010, DJe 25/10/2010. No mesmo sentido: STF, 2ª Turma, HC 90.957/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11/09/2007, DJe 126 18/10/2007. Em sentido diverso, concluindo que a inexistência do lançamento tributário definitivo não é óbice à deflagração das investigações preliminares: STF, 1ª Turma, HC 106.152/MS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 29/03/2016, DJe 106 23/05/2016.

269. Nessa linha: STF, 1ª Turma, HC 88.994/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 28/11/2006, DJ 19/12/2006. E também: STF, 1ª Turma, HC 88.657 AgR/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13/06/2006, DJ 10/08/2006. No sentido do trancamento de processo penal em curso pela prática de crime material contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90, art. 1º), porquanto ausente o lançamento definitivo do crédito tributário, sem o qual é inviável a execução de qualquer ato investigatório ou persecutório judicial: STF, 1ª Turma, HC 97.118/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/03/2010, DJe 71 22/04/2010.

270. Nessa linha: STF, 1ª Turma, HC 108.037/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, 29/11/2011. Em sentido diverso, a 2ª Turma do Supremo entende que tal vício não é passível de convalidação. Por isso, deferiu habeas corpus para determinar, por ausência de justa causa, o trancamento de processo penal deflagrado durante pendência de recurso administrativo fiscal do contribuinte. Entendeu-se que, conquanto a denúncia tenha sido aditada após a inclusão do tributo na dívida ativa, inclusive com nova citação dos acusados, o vício processual não seria passível de convalidação, visto que a inicial acusatória fundara-se em fato destituído, à época, de tipicidade penal: STF, 2ª Turma, HC 100.333/SP, Rel. Min. Ayres Britto, 21/06/2011. Em outro precedente, a 2ª Turma concluiu que o posterior encerramento da instância administrativa e a constituição definitiva do crédito tributário não convalidam o inquérito policial aberto anteriormente: STF, 2ª Turma, HC 89.902/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/09/2007, DJe 121 10/10/2007. De acordo com a 5ª Turma do STJ (REsp 1.100.959/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/10/2011, DJe 27/10/2011), o lançamento definitivo do tributo no curso da *persecutio criminis* não convalida os atos processuais até então praticados, eis que a inobservância da condição objetiva de punibilidade constitui nulidade de natureza absoluta.

a caracterização da falsidade ideológica, concluiu-se que, enquanto não encerrada, na instância fiscal, o respectivo procedimento administrativo, não se mostraria possível a instauração da persecução penal nos delitos contra a ordem tributária tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90.[271]

Como dito acima, esse trancamento do inquérito policial ou do processo penal por meio de *habeas corpus* por falta de condição objetiva de punibilidade (lançamento definitivo) será possível apenas em relação ao crime material contra a ordem tributária (ou de eventual conduta-meio), do que se conclui que a persecução criminal em relação a crimes autônomos será preservada. Aliás, em precedente do Supremo, entendeu-se que, a depender das peculiaridades do caso concreto, é viável a instauração de inquérito policial mesmo antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal, quando a investigação se mostrar imprescindível para viabilizar a fiscalização. No caso concreto, diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual, tornou-se necessária a instauração de inquérito policial para formalizar e instrumentalizar o pedido de quebra do sigilo bancário, diligência imprescindível para a conclusão da fiscalização e, consequentemente, para a apuração de eventual débito tributário.[272]

Convém ressaltar que a decisão final do procedimento administrativo de lançamento funciona como condição objetiva de punibilidade nos crimes *materiais* contra a ordem tributária, ou seja, crimes cuja consumação está condicionada à produção de um resultado, tal como ocorre em relação àqueles definidos no art. 1º da Lei n. 8.137/90,[273] já que o *caput* do referido dispositivo é bem claro ao dizer que constitui crime contra a ordem tributária *suprimir ou reduzir tributo, contribuição social e qualquer acessório*, mediante as condutas ali descritas. Logo, se os delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são de natureza material, exigem, para a sua tipificação, a constituição definitiva do crédito tributário para o desencadeamento da ação penal.[274]

Todavia, na hipótese de crime formal contra a ordem tributária, a conclusão do procedimento administrativo é desnecessária para a persecução penal. É o que acontece, por exemplo, com o crime do art. 2º, inc. I, da Lei 8.137/90, o qual é formal, e, portanto, independe da consumação do resultado naturalístico correspondente à auferição de vantagem ilícita em desfavor do Fisco, bastando a omissão de informações ou a prestação de declaração falsa, não demandando a efetiva percepção material do ardil aplicado. Portanto, nesse caso, a conclusão do procedimento administrativo é dispensável para configurar a justa causa legitimadora da persecução.[275]

A constituição definitiva do crédito tributário por processo administrativo-fiscal também não funciona como condição objetiva de punibilidade para o delito de descaminho, também conhecido como contrabando impróprio (art. 334, *caput*, do CP, com redação determinada pela Lei n. 13.008/14). Isso porque se trata de crime formal que se perfaz com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país, razão pela qual o resultado da conduta delituosa

271. STF, 2ª Turma, HC 101.900/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21/09/2010, Informativo n. 601 do Supremo. Por força do princípio da consunção, o STJ também entende que o crime de sonegação fiscal absorve o de falsidade ideológica e o de uso de documento falso praticados posteriormente àquele unicamente para assegurar a evasão fiscal: STJ, 3ª Seção, EREsp 1.154.361/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/2/2014. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 94.452/SP, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 12/08/2008, DJe 08/09/2008.

272. STF, 2ª Turma, HC 95.443/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02/02/2010, DJe 30 18/02/2010. No sentido da possibilidade de continuidade da persecução penal em relação aos crimes autônomos de lavagem de capitais e de evasão de divisas: STJ, 6ª Turma, HC 133.274/RJ, Rel. Min. Celso Limongi, j. 15/04/2010, DJe 31/05/2010. Com o entendimento de que, na hipótese de a imputação versar não apenas sobre sonegação de tributos, mas também sobre outros delitos, tais como falsidade ideológica, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, com frustração de direitos trabalhistas, haverá justa causa para a deflagração da persecução penal independentemente do suposto crédito tributário ainda pender de lançamento definitivo: STF, 1ª Turma, HC 96.324/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14/06/2011, DJe 157 16/08/2011. No sentido de que não há nulidade na decretação de medidas investigatórias para apurar crimes autônomos conexos (v.g., formação de quadrilha e falsidade ideológica) ao crime de sonegação fiscal quando o crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo: STJ, 5ª Turma, HC 148.829/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/08/2012.

273. Em sentido diverso, concluindo que apenas os delitos tipificados nos incisos I a IV do art. 1º da Lei n. 8.137/90 são materiais: STJ, 6ª Turma, RHC 083.103/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01/06/2017, DJe 09/06/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 765.951/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/09/2016, DJe 26/09/2016.

274. O STJ já firmou o entendimento de que o delito de supressão ou redução de tributo é material (art. 1º da Lei n. 8.137/1990), consumando-se, portanto, no momento da efetiva supressão ou redução consubstanciadas na vantagem auferida ou no prejuízo causado com a evasão tributária. Por sua vez, o delito previsto no parágrafo único do referido dispositivo (de descumprir exigência da autoridade fazendária) também tem essa natureza. Portanto, para sua configuração, é necessário que haja a redução ou supressão de tributo tal qual definido no caput daquele artigo: STJ, 6ª Turma, REsp 1.113.460/SP, Rel. Min.Celso Limongi - Desembargador convocado do TJ-SP -, j. 24/11/2009, DJe 14/12/2009. Para os Tribunais Superiores, o crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) também tem natureza material, cuja consumação pressupõe, portanto, a realização do lançamento tributário definitivo. Logo, como a decisão cível acerca da exigibilidade do crédito tributário repercute diretamente no reconhecimento da própria existência do tipo penal, é de se concluir que a prescrição da pretensão punitiva em relação a tal delito permanecerá suspensa enquanto a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa em razão de eventual decisão de antecipação dos efeitos da tutela no juízo cível. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, RHC 51.596/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 3/2/2015, DJe 24/2/2015.

275. Com esse entendimento: STF, Tribunal Pleno, RHC 90.532/ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/09/2009, DJe 208 05/11/2009. Também é dispensável a constituição definitiva do crédito tributário para que esteja consumado o crime previsto no art. 293, § 1º, III, "b", do CP, porquanto o referido delito possui natureza formal, sendo inaplicável, portanto, o disposto na Súmula Vinculante n. 24 do STF: STJ, 6ª Turma, REsp 1.332.401/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/8/2014.

relacionada ao *quantum* do imposto devido não integra o tipo legal.[276] O bem jurídico protegido pelo art. 334 do CP é mais do que o mero valor do imposto, engloba a própria estabilidade das atividades comerciais dentro do país, refletindo na balança comercial entre o Brasil e outros países. O produto inserido no mercado brasileiro fruto de descaminho, além de lesar o fisco, enseja o comércio ilegal, concorrendo, de forma desleal, com os produzidos no país, gerando uma série de prejuízos para a atividade empresarial brasileira. Além do mais, diversamente do que ocorre com os crimes de sonegação fiscal propriamente ditos, havendo indícios de descaminho, cabe à fiscalização, efetivada pela Secretaria da Receita Federal, apreender, quando possível, os produtos ou mercadorias importadas/exportadas (art. 15 do Decreto 7.482/2011). A apreensão de bens enseja a lavratura de representação fiscal ou auto de infração, a desaguar em duplo procedimento: a) envio ao Ministério Público e b) instauração de procedimento de perdimento, conforme dispõe o art. 1º, § 4º, III, do Decreto-Lei 37/1966. Uma vez efetivada a pena de perdimento, inexistirá a possibilidade de constituição de crédito tributário. Daí a conclusão de absoluta incongruência no argumento de que é imprescindível o esgotamento da via administrativa, com a constituição definitiva de crédito tributário, para se proceder à *persecutio criminis* no descaminho, porquanto, na imensa maioria dos casos, sequer existirá crédito a ser constituído.[277]

Por fim, é importante destacar que, por força da Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, o art. 83 da Lei n. 9.430/96 ganhou nova redação. Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento (Lei n. 9.430/96, art. 83, §1º).

55. PREJUDICIALIDADE FACULTATIVA EM VIRTUDE DE AÇÃO NO ÂMBITO CÍVEL DISCUTINDO A EXISTÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Como exposto no tópico anterior, a súmula vinculante n. 24 estabelece que a decisão final do procedimento administrativo de lançamento funciona como condição objetiva de punibilidade em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária. Nada dispõe, todavia, quanto à hipótese em que a existência do crédito tributário seja objeto de questionamento no âmbito cível, por meio, por exemplo, de uma ação anulatória de débito fiscal. Discute-se, então, se o ajuizamento de demanda no cível questionando a exigibilidade do crédito tributário teria o condão de acarretar a suspensão do processo penal. Sobre o assunto, há, fundamentalmente, duas correntes:

a) **Questão prejudicial heterogênea não relativa ao estado civil das pessoas:** uma primeira corrente sustenta que, sem embargo de prévio lançamento definitivo pela autoridade administrativa, é possível tratar a exigibilidade do crédito tributário como verdadeira questão prejudicial devolutiva relativa, nos termos do art. 93 do CPP. Afinal de contas, o reconhecimento da existência dos crimes materiais contra a ordem tributária depende de decisão definitiva sobre a exigibilidade do crédito tributário, quer no âmbito administrativo, quer no âmbito judicial. Para que a suspensão do processo penal seja determinada, o art. 93 do CPP impõe a observância de alguns requisitos: a) a ação já deve ter sido proposta no âmbito cível; b) a questão deve ser de difícil solução e não versar sobre direito cuja prova a lei civil limite; c) antes de determinar a suspensão do feito deve ser determinada a inquirição das testemunhas e a realização de outras provas de natureza urgente. O reconhecimento dessa prejudicialidade não é obrigatório, nem tampouco automático. Trata-se de poder discricionário que o juiz criminal detém.[278] De todo modo, uma vez reconhecida a prejudicialidade facultativa, o processo e a prescrição permanecerão suspensos (CP, art. 116, I). Porém, se, na prejudicial obrigatória, esta suspensão é obrigatória e perdura até que, no juízo cível, seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado (CPP, art. 92, *caput*), na prejudicial facultativa o juiz marcará um prazo de suspensão (v.g., 1 ano, 2 anos), que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa (CPP, art. 93, §1º). Há precedentes do STJ nesse sentido: "(...) orienta-se

276. No sentido de que é dispensável a existência de procedimento administrativo fiscal com a posterior constituição do crédito tributário para a configuração do crime de descaminho, tendo em conta sua natureza formal: STF, 1ª Turma, HC 121.798/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/05/2018.

277. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 218.961/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/10/2013, DJe 25/10/2013; STJ, 6ª Turma, REsp 1.343.463/BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/3/2014, DJe 23/09/2014.

278. No sentido de que a prejudicial heterogênea do art. 93 do CPP não obriga a suspensão da ação penal, vale dizer, não obsta automaticamente a *persecutio criminis*: STJ, 5ª Turma, RHC 26.231/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/03/2010, DJe 13/09/2010. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 159.111/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/06/2010, DJe 08/11/2010.

a jurisprudência desta Corte no sentido de que a pendência de discussão acerca da extinção do crédito tributário, perante o Judiciário, ainda que por compensação, não impossibilita a instauração da ação penal cabível, dada a independência das esferas cível e criminal. O mero ajuizamento de ação de compensação não é causa de extinção da punibilidade, trancamento ou suspensão da ação penal. Nos termos do que dispõe o art. 93 do CPP, a suspensão do curso da ação penal constitui faculdade do magistrado, para aqueles casos em que a solução depende do deslinde no cível para a sua conclusão. Habeas corpus não conhecido";[279]

b) **Independência das esferas cível e criminal**: uma segunda corrente sustenta que o ajuizamento de demanda perante o juízo cível após a conclusão do procedimento administrativo-fiscal não tem o condão de acarretar o sobrestamento do processo penal. À luz do art. 142 do CTN, "compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível". Ora, considerando-se que a competência para efetivar o lançamento é da autoridade administrativa, e levando-se em conta a presunção de legalidade do ato, é de se concluir o esgotamento da via administrativa faz implementar a condição objetiva de punibilidade necessária para que se possa deflagrar a persecução penal. Logo, ainda que o sujeito passivo da obrigação tributária delibere pelo ingresso de demanda no âmbito cível com o objetivo de questionar o referido ato administrativo, não há por que se determinar o sobrestamento do processo penal, porquanto a exigibilidade do crédito tributário pode ser apreciada de maneira incidental pelo próprio juízo criminal.

Revela-se desnecessário, portanto, aguardar a conclusão de eventual ação judicial anulatória[280] ou mandado de segurança questionando a legalidade do lançamento,[281] pouco importando, ademais, que o crédito tributário definitivamente constituído tenha tido sua exigibilidade suspensa por conta de depósito judicial, ou que eventual medida liminar tenha impedido a sua inscrição como dívida ativa.[282]

Há inúmeros precedentes do STF e do STJ nesse sentido:[283]

b.1) "(...) o oferecimento de garantia em embargos à execução fiscal, ainda que potencialmente capaz de saldar, ao final daquele feito, o débito fiscal questionado, não é causa extintiva de punibilidade penal prevista como tal em nosso ordenamento, sendo descabida, por razões óbvias, sua equiparação à quitação integral do débito a que se refere o art. 9.º, §2.º, da Lei n.º 10.684/2003. (HC 235.164/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, rel. p/ acórdão Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Sexta Turma, julgado em 19/11/2012, DJe 17/12/2012). *In casu*, não é incontroverso que o valor garantido em juízo cobriria toda a dívida e, conforme asseverado pelo acórdão vergastado, o Recorrente não comprova nos autos efetivamente sua alegação. Recurso ordinário desprovido";[284]

b.2) "(...) a existência de mandado de segurança impetrado em favor dos pacientes não impede o prosseguimento da ação penal, porquanto a impugnação do débito na seara cível, não obstante possa ter consequências sobre o julgamento da lide penal, não obsta, automaticamente, a *persecutio criminis*, haja vista a consabida independência entre as esferas cível e criminal. Precedentes. Habeas corpus denegado";[285]

279. STJ, 6ª Turma, HC 43.724/MT, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 09/12/2014, DJe 19/12/2014.

280. Como já se pronunciou a 5ª Turma do STJ, "(...) o fato de ter sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, a qual se encontra ainda em curso, não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. Isso porque o art. 83 da Lei n. 9.430/96 somente exige decisão final na esfera administrativa sobre a existência fiscal do crédito tributário, o que já ocorreu na espécie. A pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Judiciário constitui óbice, tão somente, à prática de atos tendentes à cobrança do crédito, não impossibilitando a instauração da ação penal cabível, dada a independência das esferas cível e criminal. Precedentes. Ordem denegada". (STJ, 5ª Turma, HC 137.494/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/10/2011, DJe 03/11/2011).

281. De acordo com a 5ª Turma do STJ (REsp 1.071.166/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 29/09/2009, DJe 13/10/2009), "concluído o processo administrativo, o fato de ter sido impetrado mandado de segurança contra o ato de intimação do acórdão proferido pelo Conselho de Contribuintes, que se alegou irregular, não tem o condão de obstar o prosseguimento da ação penal calcada no lançamento a que se refere aquele PAF, principalmente se o *mandamus* foi julgado e a segurança denegada em primeiro e segundo graus de jurisdição (...)".

282. No sentido de que a ação anulatória de crédito tributário não pode ser considerada condição de procedibilidade para o processo criminal, haja vista a independência das esferas cível e criminal: STJ, 5ª Turma, HC 70.447/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 06/02/2007, DJ 12/03/2007 p. 303.

283. No sentido de que a pendência de ação judicial ou de requerimento administrativo em que se discuta eventual direito de compensação de créditos fiscais com débitos tributários decorrentes da prática de crimes tipificados na Lei n. 8.137/90 não tem o condão, por si só, de suspender o curso da ação penal, dada a independência das esferas cível, administrativo-tributária e criminal: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.320.191/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 28/03/2017, DJe 18/04/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 672.509/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/06/2015, DJe 10/06/2015; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 180.328/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 24/03/2015, DJe 31/03/2015.

284. STJ, 6ª Turma, RHC 48.687/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 09/12/2014, DJe 19/12/2014.

285. STJ, 5ª Turma, HC 103.424/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 28/02/2012, DJe 16/03/2012.

b.3) "(...) a superveniente tramitação de ação cível para rediscutir a existência da dívida tributária não autoriza o encerramento prematuro do processo-crime. O fato novo suscitado na impetração (julgamento de apelação cível que teria declarado a inexistência da dívida) não pode ser conhecido por esta Corte: seja porque acarretaria uma indevida supressão de instâncias; seja porque a decisão que em tese beneficiaria o paciente ainda não transitou em julgado. Agravo regimental desprovido";[286]

b.4) "(...) a conclusão do processo tributário administrativo instaurado contra os agentes, o qual culminou com o lançamento do tributo por eles devido, viabiliza o ajuizamento da ação penal por crime contra a ordem tributária, nos termos da recente orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal. A existência de ação cível anulatória do crédito tributário não impede a persecução penal dos agentes em juízo, em respeito à independência das esferas cível e criminal. Precedentes. Ainda que obtido êxito no pedido de antecipação de tutela na seara cível, a fim de impedir a inscrição dos agentes em dívida ativa, condição de procedibilidade da execução fiscal, inadmissível o trancamento da ação penal, notadamente quando a decisão a eles favorável não afetou diretamente o lançamento do tributo devido, que, até decisão definitiva em contrário, não pode ser considerado nulo ou por qualquer outro modo maculado (...)";[287]

b.5) "(...) A circunstância de, posteriormente, ter sido extinta a execução fiscal ajuizada, diante da caracterização da prescrição intercorrente do crédito tributário, não afeta a persecução penal. A uma, porque, embora constitua a prescrição uma causa de extinção do crédito tributário (CTN, art. 156, V), tal circunstância não implica que a obrigação tributária não tenha nascido regularmente, gerando, a seu tempo, o dever de pagamento do tributo e, consequentemente, a consumação do delito. A duas, diante da impossibilidade de aplicação analógica da norma do artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003 - que prevê a extinção da punibilidade dos crimes tributários em caso de pagamento integral do quantum debeatur -, dada a inexistência de semelhança relevante entre o pagamento e a prescrição, à luz da *ratio legis* que informa o dispositivo. Recurso especial provido";[288]

b.6). A pendência de ação judicial ou de requerimento administrativo em que se discute eventual direito de compensação de créditos fiscais com débitos tributários decorrentes da prática de crimes tipificados na Lei n. 8.137/90 não tem o condão, por si só, de suspender o curso da ação penal, dada a independência das esferas cível, administrativo-tributária e criminal.[289]

Independentemente da posição a ser adotada, fato é que, sobrevindo decisão judicial definitiva do juízo cível extinguindo o crédito tributário, seus efeitos hão de se irradiar no âmbito criminal, pelo menos em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária, quer pela ausência de uma elementar desses crimes, quer pela ausência de condição objetiva de punibilidade.[290]

Explica-se: mesmo nas hipóteses em que o juiz penal aprecia uma questão prejudicial heterogênea – por exemplo, quando deixa de reconhecer a existência de prejudicial facultativa, por reputar que a solução de tal controvérsia não é de difícil solução –, é certo dizer que sua apreciação é feita apenas de maneira incidental, daí por que não está protegida pelos limites objetivos da coisa julgada. Lado outro, tem força vinculante na seara penal a decisão cível que apreciar a questão prejudicial heterogênea. Assim, se o juízo cível concluir pela extinção do crédito tributário, tal decisão repercute, obrigatoriamente, no âmbito criminal. E isso, independentemente da suspensão (ou não) do processo penal. Nesse contexto, como já se pronunciou o Supremo, a eficácia no processo penal de sentença civil transitada em julgado, que haja decidido questão prejudicial heterogênea, não depende de que, para aguardá-la, tenha havido suspensão do procedimento criminal.[291]

286. STF, 1ª Turma, HC 130.510 AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 14/06/2016, DJe 135 28/06/2016.

287. STJ, 5ª Turma, RHC 21.929/PR, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG – j. 20/11/2007, DJ 10/12/2007 p. 399. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 159.111/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/06/2010, DJe 08/11/2010. Em outro precedente, a 5ª Turma do STJ (RHC 22.534/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/04/2008, DJ 23/06/2008) concluiu que não se pode tomar o fato de existir ação anulatória de ato declarativo de dívida, ainda que com decisão de antecipação de tutela favorável à sociedade empresária relacionada, como questão prejudicial heterogênea facultativa da questão penal (CPP, art. 93), porquanto, até aqui, o lançamento do tributo não foi atingido.

288. STJ, 6ª Turma, REsp 1.597.580/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/06/2016, DJe 30/06/2016.

289. STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.320.191/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 28/03/2017, DJe 18/04/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 672.509/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/06/2015, DJe 10/06/2015.

290. Como já se pronunciou o STJ, "(...) diante das peculiaridades do caso concreto em que foram oferecidas garantias integrais sobre os valores devidos, garantias estas aceitas pelo Juízo e pela Fazenda Pública, não se justifica a manutenção do processo criminal, pois em qualquer das soluções a que se chegue no juízo cível ocorrerá a extinção da ação penal. Habeas corpus concedido". (STJ, 6ª Turma, HC 155.117/ES, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, j. 09/02/2010, DJe 03/05/2010).

291. STF, 1ª Turma, HC 75.169/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24/06/1997, DJ 22/08/1997.

Portanto, "não se tipificando crime tributário sem o lançamento fiscal definitivo, não se justifica pendência de ação penal, quando foi cancelada por decisão judicial em mandado de segurança a inscrição do suposto débito exigido".[292] Na mesma linha, se a própria autoridade administrativa reconhecer a impossibilidade jurídica de se levar adiante o lançamento do crédito tributário em virtude da consumação da decadência, revela-se inviável o prosseguimento da persecução penal.[293]

Há precedentes do STJ nesse sentido: "(...) O Impetrante, absolvido em primeiro grau, restou condenado pelo Tribunal como incurso no art. 168-A, § 1º, I, combinado com o art. 71, caput, ambos do Código Penal, não logrando demonstrar, como lhe incumbia, a existência de impugnação administrativa em curso em face do crédito tributário tido por definitivamente constituído. Superveniência de prolação de sentença, no Juízo Cível, desconstituindo, em decorrência de pagamento, a Notificação de Lançamento de Débito Fiscal (NLDF) que amparou a denúncia e a condenação, bem como concedendo a antecipação da tutela para suspender a exigibilidade do crédito nela estampado até final julgamento da ação. A conclusão alcançada na sentença cível diz com a insubsistência do lançamento do tributo e consequente existência do respectivo crédito ou débito tributário, com repercussão na própria materialidade do delito previsto no art. 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal. Embora a sentença proferida contra a União, nos termos do art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil, não produza efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, não se pode ignorar, na espécie, a potencial implicação da decisão cível na esfera penal, até porque também foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário em questão, peculiaridades, que problematizam, por ora, a continuidade da persecução penal. Não se desconhece o entendimento assente nesta Corte, segundo o qual, havendo lançamento definitivo, a propositura de ação cível discutindo a exigibilidade do crédito tributário não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, tendo em vista a independência das esferas cível e penal, entretanto, no caso sob exame, há dúvida razoável sobre a existência ou exigibilidade do crédito tributário, consubstanciado na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que ampara a denúncia e a condenação em sede de apelação. Não há que se falar em trancamento da ação penal, uma vez que o crédito tributário não foi definitivamente desconstituído, entretanto, verificada a presença de questão prejudicial heterogênea facultativa, consistente na pendência de decisão judicial definitiva de questão cível, com interferência direta na existência da própria infração penal, recomendável, na espécie, a aplicação do disposto no art. 93 do Código de Processo Penal, determinando-se a suspensão do processo criminal até o deslinde final da questão cível. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem de ofício para suspender o processo criminal, nos termos do art. 93 do Código de Processo Penal, até o trânsito em julgado da ação cível, não correndo o prazo prescricional no período, nos termos do art. 116, I, do Código Penal".[294]

> **Art. 16.** Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.
>
> **Parágrafo único.** Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.080, de 19.7.1995).

56. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.

O inquérito policial é uma peça meramente informativa, funcionando como importante instrumento na apuração de infrações penais e de sua respectiva autoria, possibilitando que o titular da ação penal possa exercer o *jus persequendi in judicio*, ou seja, que possa dar início ao processo penal. Se a finalidade do inquérito policial é a colheita de elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria, é forçoso concluir que, desde que o titular da ação penal disponha desse substrato mínimo necessário para o oferecimento da peça acusatória ministrado por peça de informação diversa (v.g., procedimento investigatório criminal

292. STF, 1ª Turma, HC 81.321/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 04/12/2007, DJe 26 14/02/2008. Na mesma linha, referindo-se, todavia, à decisão definitiva do Conselho de Contribuintes que determinou o cancelamento do suposto crédito tributário: STF, 2ª Turma, HC 86.281/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 09/09/2008, DJe 211 06/11/2008.

293. Nesse contexto: STF, 2ª Turma, HC 84.555/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 07/08/2007, DJe 101 13/09/2007.

294. STJ, 5ª Turma, HC 266.462/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25/02/2014, DJe 30/04/2014.

presidido pelo Ministério Público), o inquérito policial será perfeitamente dispensável.[295]

O próprio Código de Processo Penal, em diversos dispositivos, deixa claro o caráter dispensável do inquérito policial. De acordo com o art. 12 do CPP, "o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, *sempre que servir de base a uma ou outra*". *A contrario sensu*, se o inquérito policial não servir de base à denúncia ou queixa, não há necessidade de a peça acusatória ser acompanhada dos autos do procedimento investigatório.

56.1. Provocação da iniciativa do Ministério Público.

Os crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica e contra as relações de consumo previstos na Lei n. 8.137/90 são de ação penal pública incondicionada. Nesses casos, a investigação preliminar pode ser instaurado das seguintes formas:

a) **de ofício**: por força do princípio da obrigatoriedade, que também se estende à fase investigatória,[296] caso a autoridade policial ou o órgão ministerial tomem conhecimento do fato delituoso a partir de suas atividades rotineiras (v.g., notícia veiculada na imprensa, registro de ocorrência, etc.), devem instaurar o respectivo procedimento investigatório de ofício, ou seja, independentemente da provocação de qualquer pessoa;

b) **requisição ministerial:** diz o art. 5º, inciso II, do CPP, que o inquérito será iniciado, nos crimes de ação pública, mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público. Apesar de o CPP fazer menção à possibilidade de a autoridade judiciária requisitar a instauração de inquérito policial, tal permissivo não se coaduna com a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal. Num sistema acusatório, onde há nítida separação das funções de acusar, defender e julgar (CF, art. 129, I), não se pode permitir que o juiz requisite a instauração de inquérito policial, sob pena de evidente prejuízo a sua imparcialidade. Portanto, deparando-se com informações acerca da prática de ilícito penal, deve o magistrado encaminhá-las ao órgão do Ministério Público, nos exatos termos do art. 40 do CPP;

c) **requerimento do ofendido ou de seu representante legal**: também é possível a instauração de inquérito policial a partir de requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Esse requerimento conterá, sempre que possível: a) a narração do fato, com todas as suas circunstâncias; b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de fazê-lo; c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência (CPP, art. 5º, §1º);

d) **notícia oferecida por qualquer do povo**: de acordo com o art. 16, *caput*, da Lei n. 8.137/90, qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta Lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. O dispositivo é absolutamente redundante e desnecessário porque não representa nenhuma exceção à regra geral do art. 27 do CPP. De todo modo, daí se pode concluir que na hipótese de os elementos de informação fornecidos já serem suficientes para a formação da convicção do *Parquet* no tocante à autoria e materialidade do crime tributário, a denúncia poderá ser oferecida de imediato. Caso contrário, incumbe ao Ministério Público deliberar pela requisição de inquérito policial ou pela instauração de procedimento investigatório criminal, a ser presidido pelo próprio órgão ministerial;

e) **auto de prisão em flagrante delito**: conquanto de difícil ocorrência, não se pode descartar a possibilidade de deflagração das investigações de crimes tributários a partir da prisão em flagrante de determinado agente (v.g, prisão em flagrante no crime de descaminho).

56.2. Denúncia anônima.

Não se pode negar a grande importância da denúncia anônima no combate à criminalidade. Porém, não se pode olvidar que a própria Constituição Federal estabelece que é vedado o anonimato (CF, art. 5º, IV). Como, então, conciliar-se a denúncia anônima com a vedação do anonimato?

Diante de uma denúncia anônima, deve a autoridade policial, antes de instaurar o inquérito policial, verificar a procedência e veracidade das informações por ela veiculadas. Recomenda-se, pois, que a autoridade policial, antes de proceder

295. No sentido de que o inquérito policial não é condição de procedibilidade para a persecução penal em relação a crimes contra a ordem tributária: STF, 2ª Turma, HC 79.399/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 26/10/1999, DJ 01/06/2001.

296. Ferrajoli define tal postulado como "a obrigação dos órgãos da acusação pública de promover o juízo para toda *notitia criminis* que vier a seu conhecimento – ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade". (*Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 457).

à instauração formal do inquérito policial, realize uma investigação preliminar a fim de constatar a plausibilidade da denúncia anônima. Afigura-se impossível a instauração de procedimento criminal baseado única e exclusivamente em denúncia anônima, haja vista a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal. Na dicção da Suprema Corte, a instauração de procedimento criminal originada apenas em documento apócrifo seria contrária à ordem jurídica constitucional, que veda expressamente o anonimato. Diante da necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana, o acolhimento da delação anônima permitiria a prática do denuncismo inescrupuloso, voltado a prejudicar desafetos, impossibilitando eventual indenização por danos morais ou materiais, assim como eventual responsabilização criminal pelo delito de denunciação caluniosa (CP, art. 339), o que ofenderia os princípios consagrados nos incisos V e X do art. 5º da CF.[297]

Em síntese, pode-se dizer que a denúncia anônima, por si só, não serve para fundamentar a instauração de inquérito policial, mas, a partir dela, pode a polícia realizar diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.[298]

57. COLABORAÇÃO PREMIADA.

O art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90, incluído pela Lei n. 9.080/95, contempla hipótese de colaboração premiada nos crimes contra a ordem tributária. De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários aos arts. 4º a 7º da nova Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13).

Art. 17. Compete ao Departamento Nacional de Abastecimento e Preços, quando e se necessário, providenciar a desapropriação de estoques, a fim de evitar crise no mercado ou colapso no abastecimento.

~~Art. 18. Fica acrescentado ao Capítulo III do Título II do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, um artigo com parágrafo único, após o art. 162, renumerando-se os subsequentes, com a seguinte redação:~~ (Revogado pela Lei n. 8.176/91).

~~"Art. 163. Produzir ou explorar bens definidos como pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.~~

~~Parágrafo único. Incorre na mesma pena aquele que adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput.~~

Art. 19. O *caput* do art. 172 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a ter a seguinte redação:

"**Art. 172.** Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa".

58. NOVA REDAÇÃO DO CRIME DE DUPLICATA SIMULADA.

O art. 19 da Lei n. 8.137/90 conferiu nova redação ao art. 172 do Código Penal. O crime em questão – duplicata simulada – versa sobre a emissão de fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado, porém não há qualquer referência à supressão ou redução de tributos, daí por que o tipo penal foi inserido no capítulo do Código Penal que versa sobre os crimes contra o patrimônio, e não entre os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/90.

Art. 20. O §1º do art. 316 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a ter a seguinte redação:

"**Art. 316.** .....

§ 1º Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza;

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa".

59. EXCESSO DE EXAÇÃO.

O art. 20 da Lei n. 8.137/90 acrescentou ao Código Penal o crime do art. 316, §1º, denominado de *excesso de exação*.

297. STF, 1ª Turma, HC 84.827/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/08/2007, DJe 147 22/11/2007.

298. STF, 1ª Turma, HC 95.244/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/03/2010, DJe 76 29/04/2010. E ainda: STF, 2ª Turma, HC 99.490/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 23.11.2010; STF, 2ª Turma, HC 99.490/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/11/2010.

Art. 21. O art. 318 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, quanto à fixação da pena, passa a ter a seguinte redação:

"**Art. 318.** .....

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa".

60. AUMENTO DA PENA DO CRIME DE FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

O crime de facilitação de contrabando ou descaminho está previsto no art. 318 do Código Penal nos seguintes termos: "Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334)". Antes do advento da Lei n. 8.137/90, a pena cominada a este delito era de "reclusão, de dois a cinco anos, e multa, de um conto a dez contos de réis". Com as mudanças produzidas pelo art. 21 da Lei n. 8.137/90, a pena cominada ao referido delito passou a ser de "reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa".

Art. 22. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 23. Revogam-se as disposições em contrário e, em especial, o art. 279 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Brasília, 27 de dezembro de 1990; 169° da Independência e 102° da República.

FERNANDO COLLOR
Jarbas Passarinho
Zélia M. Cardoso de Mello

Este texto não substitui o publicado no DOU de 28.12.1990

61. VIGÊNCIA DA LEI N. 8.137/90.

A Lei n. 8.137/90 entrou em vigor em 28 de dezembro de 1990, quando se deu sua publicação.

CRIMES HEDIONDOS
LEI Nº 8.072/1990

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei n. 8.930/94)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII); (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei n. 13.142, de 2015)

II - roubo: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V); (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B); (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º); (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

III - extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º); (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§1º, 2º e 3º); (Incluído pela Lei n. 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213, caput e §§1º e 2º); (Redação dada pela Lei n. 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei n. 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei n. 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e §1º, §1º-A e §1º-B, com a redação dada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei n. 9.695, de 1998)

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei n. 12.978, de 2014)

IX - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A). (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

I - o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

II - o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

III - o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei n. 10.826, de

22 de dezembro de 2003; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

IV - o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

1. PREVISÃO CONSTITUCIONAL.

Influenciada por uma postura político-criminal ingênua, que insiste em apresentar o Direito Penal como a fórmula mágica capaz de resolver todos os conflitos sociais, solucionando os males causados por uma péssima distribuição de rendas, pela miséria, pela fome, pelo desemprego, pela corrupção e pela impunidade, a Constituição Federal dispôs em seu art. 5º, inciso XLIII, que "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

Como se percebe, a norma constitucional impõe um regime jurídico mais gravoso aos crimes de tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, assim como aos delitos definidos como crimes hediondos. Neste último caso, a aplicabilidade do referido preceito está condicionada à definição dessa novel categoria de infrações penais pelo legislador comum. Daí a importância da análise da Lei nº 8.072/90, objeto de nosso estudo neste Capítulo.

2. SISTEMAS DE CLASSIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS COMO CRIMES HEDIONDOS.

Há diversas formas de classificação de determinado delito como crime hediondo, a saber:

a) sistema legal: por meio desse sistema, cabe ao legislador enunciar, de forma exaustiva (*numerus clausus*), os crimes que devem ser considerados hediondos. Assim, por meio de um rol taxativo de crimes, não se confere ao juiz qualquer discricionariedade para atestar a natureza hedionda do delito. Em outras palavras, se o crime praticado pelo agente constar do rol de crimes hediondos, outro caminho não há senão o reconhecimento de sua natureza hedionda, ainda que, no caso concreto, a conduta delituosa não se revele tão gravosa. Logo, mesmo que o crime não se revele "repugnante", "asqueroso", "sórdido", "depravado", "horroroso" ou "horrível", se for etiquetado como crime hediondo pelo legislador, deve ser tratado como tal pelo magistrado. O aspecto positivo desse primeiro sistema é a segurança na aplicação da lei. Afinal, somente serão considerados hediondos os delitos constantes do rol taxativo elaborado pelo Poder Legislativo. O ponto negativo é que, por meio desse sistema, o Congresso Nacional goza de ampla liberdade para definir qualquer infração penal como hedionda, sendo livre para elevar à referida categoria um delito qualquer, simplesmente em virtude da pressão exercida pela mídia ou pela população. Aliás, foi exatamente isso o que ocorreu com o crime de falsificação de remédios (CP, art. 273) – o qual abrange, inclusive, a falsificação de cosméticos (CP, art. 273, § 1º-A) –, que passou a ser hediondo com a entrada em vigor da Lei nº 9.695/98, em virtude da repercussão negativa que a falsificação de anticoncepcionais produziu à época;

b) sistema judicial: levando-se em consideração os elementos do caso concreto, confere-se ao magistrado ampla liberdade para identificar a natureza hedionda de determinada conduta delituosa. Logo, a depender das circunstâncias gravosas do caso concreto – por exemplo, gravidade objetiva da conduta, modo ou meio de execução, motivos e consequências do crime, dimensão do bem jurídico lesado –, poder-se-ia considerar hediondo inclusive um crime contra a administração pública. O ponto positivo desse critério é que o magistrado não fica adstrito a um rol taxativo fixado em abstrato pelo legislador, o que acaba por permitir maior flexibilidade na classificação (ou não) de determinada conduta delituosa como hedionda, tudo a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto. No entanto, esse modelo acaba por trazer certa insegurança jurídica, porquanto os critérios adotados por cada magistrado são subjetivos, o que poderia dar ensejo a uma possível violação ao princípio da legalidade. Deveras, para a garantia do próprio cidadão – e o Direito Penal nada mais é do que uma limitação do poder repressivo estatal diante do direito de liberdade de cada pessoa – a incidência dos gravames penais e processuais penais da Lei dos Crimes Hediondos não pode ficar subordinada aos humores (ou aos azares) interpretativos do magistrado;

c) sistema misto: ao invés de preestabelecer um rol taxativo de crimes hediondos, o legislador apresenta apenas um conceito, fornecendo alguns traços peculiares dessas infrações penais. Com essa definição prévia de crime hediondo, caberia ao juiz, então, enquadrar determinada conduta delituosa como hedionda. Nos mesmos moldes

que o critério anterior, este modelo também confere certa liberdade ao juiz para aferir a natureza hedionda de determinada conduta delituosa à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto. Porém, este sistema também traz consigo certa insegurança jurídica, já que, dificilmente, seria possível a elaboração, por parte do legislador, de um conceito de crime hediondo imune a dúvidas e críticas.[1]

2.1. Sistema adotado pela Lei nº 8.072/90.

O critério adotado pela legislação brasileira para rotular determinada conduta como hedionda é o *sistema legal*. De modo a saber se uma infração penal é (ou não) hedionda, incumbe ao operador tão somente ficar atento ao teor do art. 1º da Lei nº 8.072/90: se o delito constar do rol taxativo de crimes ali enumerados, a infração será considerada hedionda, sujeitando-se a todos os gravames inerentes a tais infrações penais, independentemente da aferição judicial de sua gravidade concreta.

Lado outro, se a infração penal praticada pelo agente não constar do art. 1º da Lei nº 8.072/90, jamais será possível considerá-la hedionda, ainda que as circunstâncias fáticas do caso concreto se revelem extremamente gravosas. Afinal, por força da adoção do sistema legal, os crimes hediondos constam do rol taxativo do art. 1º da Lei nº 8.072/90, que não pode ser ampliado com base na analogia nem por meio de interpretação extensiva.

2.2. Natureza não hedionda dos crimes militares.

Ao se referir aos crimes hediondos, o art. 1º da Lei nº 8.072/90 indica o *nomen iuris* da infração penal, colocando em parênteses, na sequência, sua previsão legal. Basta ver o exemplo do art. 1º, III, da Lei dos Crimes Hediondos, com redação dada pela Lei n. 13.964/19: "extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, §3º). Nos incisos do art. 1º da Lei nº 8.072/90 foram inseridos crimes que constam apenas do Código Penal, ao passo que os delitos hediondos previstos na legislação especial estão elencados no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90, também com redação determinada pelo Pacote Anticrime (v.g., genocídio, posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, etc.).

Portanto, hedionda será apenas a infração penal prevista no Código Penal ou nas leis especiais ali indicadas, jamais a mesma infração penal que encontre tipificação em outro diploma legal. É o que ocorre, por exemplo, com o crime de homicídio qualificado previsto no Código Penal Militar e com o crime político de matar o Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 7.170/83, art. 29), que não vêm referidos nos parênteses do art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90, daí por que não podem ser considerados hediondos.

Perceba-se, então, que o legislador da Lei nº 8.072/90 não teve o cuidado de conferir natureza hedionda aos crimes militares previstos no Código Penal Militar. Logo, os crimes militares de homicídio qualificado (CPM, art. 205, § 2º), latrocínio (CPM, art. 242, § 3º), extorsão mediante sequestro (CPM, art. 244, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º), estupro (CPM, art. 232), atentado violento ao pudor (CPM, art. 233), epidemia com resultado morte (CPM, art. 292, §1º) não são considerados hediondos, por mais que sua descrição típica seja bastante semelhante às figuras delituosas constantes do Código Penal. Raciocínio semelhante também se aplica ao crime militar de genocídio previsto no art. 208 do Código Penal Militar, que também não pode ser considerado hediondo, já que o art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8.072/90, ao rotular como hediondo o crime de genocídio, refere-se apenas àquelas figuras delituosas previstas nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56.

Assim, caso um militar da ativa, no interior de uma determinada organização militar, constranja uma mulher (civil) à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, ter-se-á crime militar de estupro, nos termos do art. 232, c/c art. 9º, inciso II, alínea "b", do Código Penal Militar. Nessa hipótese, o detalhe peculiar é que o crime militar de estupro tem pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, pena esta que, quando comparada com o delito comum de estupro (CP, art. 213, *caput*), causa certa perplexidade, na medida em que o preceito secundário do dispositivo do Código Penal estabelece uma pena de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos, além de se tratar de crime hediondo (Lei nº 8.072/90, art. 1º, inciso V, com redação dada pela Lei nº 12.015/09). Explica-se: a pena originalmente prevista para o crime de estupro no Código Penal comum era idêntica à do Código Penal Militar: reclusão, de 3 (três) a 8

1. Nessa linha, Toron sugere a criação de uma "**cláusula salvatória**", permitindo que, a depender das circunstâncias do caso concreto, o juiz afastasse a natureza hedionda de um crime constante do rol fixado pelo legislador, mas jamais sua ampliação para inclusão de crimes que não foram enumerados previamente pelo legislador como crimes hediondos. (TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 98).

(oito) anos. Ocorre que o preceito secundário do art. 213 do CP foi alterado pela Lei nº 8.072/90, tendo o legislador, todavia, se esquecido do preceito secundário do crime militar de estupro, o que, na prática, acabou por criar patente violação ao princípio da proporcionalidade, mormente se considerarmos que o autor do crime militar não estará sujeito aos ditames gravosos da lei dos crimes hediondos.[2]

A disparidade de tratamento do crime militar e do crime comum já foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, concluiu que a diferença de tratamento legal entre os crimes comuns e os crimes militares, mesmo em se tratando de crimes militares impróprios, não revela inconstitucionalidade, pois o Código Penal Militar não institui privilégios. Ao contrário, em muitos pontos, o tratamento dispensado ao autor de um delito é mais gravoso do que aquele do Código Penal comum. Portanto, aos olhos da Suprema Corte, não se afigura possível a aplicação do Código Penal Militar apenas na parte que interessa ao acusado, sob pena de se criar uma norma híbrida, em parte composta pelo Código Penal Militar e, em outra parte, pelo Código Penal comum, o que representaria evidente violação ao princípio da reserva legal e ao próprio princípio da separação de poderes.[3]

Se o legislador da Lei nº 8.072/90 não teve o cuidado de conferir natureza hedionda aos crimes militares previstos no Código Penal Militar, daí não se pode concluir que a Justiça Militar jamais poderá processar e julgar alguém pela prática de um crime militar hediondo. Explica-se: com o advento da Lei n. 13.491/17, a Justiça Militar passou a ter competência para julgar não apenas os crimes previstos no Código Penal Militar – como ocorria antes, quando, então, não existia nenhum crime militar hediondo –, mas também aqueles previstos na Legislação Penal, se acaso praticado numa das condições do art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar (v.g., militar em serviço). A expressão legislação penal utilizada na parte final do inciso II do art. 9º do CPM refere-se não apenas aos crimes previstos no Código Penal Comum, mas também àqueles previstos na Legislação Especial. Logo, considerando-se esta nova competência da Justiça Militar da União (e dos Estados) para o processo e julgamento desses crimes militares extravagantes (crimes militares por equiparação à legislação penal comum ou crimes militares por extensão), é perfeitamente possível o reconhecimento da natureza hedionda de crimes militares, desde que listados, obviamente, nos incisos do caput ou do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90. Supondo, por exemplo, a prática do crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável por militar da ativa em lugar sujeito à administração militar contra civil, à respectiva Justiça Militar caberá o processo e julgamento do crime militar por extensão do art. 218-B, caput, do CP, c/c art. 9º, inciso II, alínea "b", do Código Penal Militar, sujeitando-se o agente, portanto, a todos os gravames constantes da Lei n. 8.072/90, por se tratar de crime hediondo, nos termos do art. 1º, VIII, da Lei n. 8.072/90, incluído pela Lei n. 12.978/14.

3. ROL DE CRIMES HEDIONDOS (CONSUMADOS OU TENTADOS).

Os crimes hediondos estão listados no rol taxativo do art. 1º da Lei nº 8.072/90, que preferiu colocar nos incisos do caput os crimes constantes do Código Penal e nos incisos do parágrafo único, com redação dada pelo Pacote Anticrime, aqueles que estão previstos na legislação extravagante (Lei nº 2.889/56, Lei n. 10.826/03 e Lei n. 12.850/13).

Antes de ingressarmos na análise específica de cada um desses crimes, convém ressaltar que o art. 1º, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 8.072/90 deixa evidente que, para fins de reconhecimento de sua natureza hedionda, pouco importa que o delito seja **consumado** ou **tentado**. Exemplificando, se determinado agente der início à execução de um homicídio qualificado por motivo torpe, que não se consumar por circunstâncias alheias a sua vontade, deverá responder pelo crime de homicídio qualificado tentado (CP, art. 121, § 2º, inciso I, na forma do art. 14, II), sujeitando-se a todos os gravames constantes da Lei nº 8.072/90, que incide sobre crimes consumados e tentados.[4]

2. Apesar do esquecimento do legislador, não é possível uma reclassificação "tipológica" do delito, sob pena de violação ao princípio da reserva legal. Portanto, se um crime de estupro for cometido por militar fora de seu horário de serviço e de suas funções, como se trata de crime comum (e não militar), sujeitar-se-á o agente aos rigores da Lei de Crimes Hediondos. Por outro lado, se um outro crime de estupro for praticado por policial militar em serviço e, portanto, no exercício de suas funções, como se trata de crime militar impróprio, não há falar em aplicação da Lei nº 8.072/90. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, HC 30.056/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 23/05/2005 p. 353.

3. Nessa linha: STF, 2ª Turma, HC 86.459/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 02/02/2007 p. 159.

4. Como se pronunciou o STJ, a progressão de regime prisional para o cumprimento de pena pela prática de crime hediondo, *ainda que na forma tentada*, deve observar os parâmetros do art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, porquanto o fato de não ter sido consumado o crime não afasta a hediondez do delito: STJ, 5ª Turma, HC 220.978/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/10/2012.

3.1. Natureza hedionda do crime de homicídio (Lei nº 8.930/94).

Quando a Lei nº 8.072/90 entrou em vigor em 26 de julho de 1990, o crime de homicídio, mesmo que qualificado, não era etiquetado como hediondo. Ocorre que, em virtude das chacinas da Candelária e de Vigário Geral, e do assassinato da artista da Rede Globo Daniela Perez, fato este ocorrido no final do ano de 1992, houve enorme clamor social provocado pela mídia para que o crime de homicídio fosse incluído no rol dos crimes hediondos.

Surge, então, a Lei nº 8.930/94, conferindo nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072/90. Assim, à época, passou a constar como hediondo o "homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V)".

Trata-se, a Lei nº 8.930/94, de evidente exemplo de *novatio legis in pejus*. Logo, se tais crimes foram cometidos antes de sua vigência, não é possível a sujeição do agente aos gravames constantes da Lei nº 8.072/90, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL). Daí o motivo pelo qual o STJ concluiu que o crime de homicídio qualificado cometido em 16 de janeiro de 1994 não pode ser considerado hediondo, pois tal crime passou a integrar o rol previsto na Lei nº 8.072/90 com o advento da Lei nº 8.930/94, cuja vigência se deu apenas em 7 de setembro de 1994.[5]

3.1.1. Homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio (Lei nº 8.072/90, art. 1º, I, 1ª parte, com redação dada pela Lei nº 8.930/94) e a entrada em vigor da Lei nº 12.720/12 (CP, art. 121, § 6º).

À época em que a Lei nº 8.930/94 entrou em vigor, ao invés de arrolar a prática do crime de homicídio em atividade típica de grupo de extermínio como qualificadora desse delito, acrescentando mais um inciso ao § 2º do art. 121, ou até mesmo como uma causa de aumento de pena, enfim, criando um tipo penal especial de homicídio simples, o legislador simplesmente optou por tachar essa figura delituosa com o rótulo da hediondez.

Com efeito, após se referir ao crime de homicídio, o art. 1º, inciso I, 1ª parte, da Lei nº 8.072/90, com redação determinada pela Lei nº 8.930/94, faz menção tão somente ao *art. 121* em parênteses, sem fazer qualquer referência ao seu § 2º, onde estão inseridas as qualificadoras desse crime, do que se conclui que o crime de homicídio simples podia ser considerado hediondo, desde que praticado em atividade típica de grupo de extermínio.

Na prática, todavia, a hipótese revela-se inviável. Afinal, é praticamente impossível se conceber um crime de homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio no qual não esteja presente uma das qualificadoras subjetivas ou objetivas relacionadas nos incisos I a VII do § 2º do art. 121 do Código Penal (v.g., motivo torpe, recurso que tornou impossível a defesa do ofendido, etc.). Nesse caso, por força do princípio da especialidade, deverá prevalecer a figura do homicídio qualificado, o que acaba por demonstrar o quanto foi inócua esta mudança produzida pela Lei nº 8.930/94.

Insistimos em dizer que, *à época*, tal fato não fora inserido como qualificadora nem tampouco como circunstância do crime de homicídio, porquanto, em data de 28 de setembro de 2012, o fato de o crime de homicídio ser praticado por grupo de extermínio passou a vigorar como causa de aumento de pena do referido delito. Por força da Lei nº 12.720/12, foi introduzida uma nova causa de aumento de pena no § 6º do art. 121, com a seguinte redação: "A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, *ou por grupo de extermínio*". Daí a importância de se distinguir os crimes de homicídio praticados por grupo de extermínio sob a égide da Lei nº 8.930/94 e os fatos delituosos cometidos a partir da vigência da Lei nº 12.720/12.

O primeiro questionamento decorrente das mudanças produzidas pela Lei nº 8.930/94 diz respeito à criação (ou não) de um novo tipo penal especial de homicídio.

Sobre o assunto, uma primeira corrente sustenta que teria sido criado, à época, um novo tipo penal especial de homicídio simples, de natureza hedionda, nos seguintes termos: "Matar alguém em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que o crime seja cometido por um só agente". É nesse sentido a lição de Alberto Silva Franco, para quem não basta que a conduta típica encontre expressão no verbo "matar" e que o objeto dessa conduta seja um ser humano. Para além disso, para que o crime de homicídio simples seja rotulado como hediondo, aduz o autor que "é mister acrescer à conduta de 'matar alguém' a circunstância fática

5. STJ, 5ª Turma, HC 73.207/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19/04/2007, DJ 21/05/2007 p. 603.

de que o agente tenha executado o homicídio em 'atividade típica de grupo de extermínio'. A locução mencionada na Lei nº 8.930/94 denuncia a presença de um elemento da realidade fática que anormaliza o tipo do homicídio simples na medida em que o exclui, nessa situação especial, dos tipos de composição puramente objetiva".[6]

Em sentido diverso, uma segunda corrente entende que o fato de o homicídio simples ter sido praticado em atividade típica de grupo de extermínio não foi inserido pela Lei nº 8.930/94 como elementar nem tampouco como circunstância do referido delito. Trata-se, na verdade, de mero pressuposto para que o crime de homicídio simples seja considerado hediondo.

Explica-se: elementares são dados essenciais da figura típica, cuja ausência pode acarretar a atipicidade absoluta (a conduta é atípica) ou a atipicidade relativa (desclassificação). De seu turno, circunstâncias são dados periféricos que gravitam ao redor do tipo básico: podem aumentar ou diminuir a pena do delito, mas não têm o condão de alterar a tipificação básica da conduta delituosa (v.g., qualificadoras, causas de aumento ou de diminuição de pena, etc.). Como ensina Bitencourt, para que se possa diferenciar uma elementar do tipo penal de uma simples circunstância, basta exclui-la, hipoteticamente: se esse raciocínio levar à descaracterização do fato como crime (atipicidade absoluta) ou fizer surgir outro tipo de crime (atipicidade relativa), estaremos diante de uma elementar. Se, todavia, a exclusão de determinado requisito não alterar a caracterização do crime, tratar-se-á de uma circunstância do delito. Exemplificando, no crime de peculato, a qualidade de funcionário público é uma elementar do delito, visto que, diante de sua ausência, haverá a desclassificação para apropriação indébita. Por outro lado, no furto, o fato de o delito ter sido praticado durante o repouso noturno autoriza a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 155, § 1º, do CP. Suprimido o repouso noturno, o tipo fundamental continuará o mesmo, ou seja, furto. Logo, trata-se de mera circunstância.[7]

Como se percebe, à época em que a Lei nº 8.930/94 entrou em vigor (07/09/94), o fato de o delito ser praticado em atividade típica de grupo de extermínio não foi inserido no Código Penal como elementar do crime de homicídio. Afinal, ainda que o crime não fosse praticado em atividade típica de grupo de extermínio, isso não acarretaria a atipicidade absoluta nem tampouco relativa da conduta. Também não fora introduzido como circunstância do crime de homicídio, uma vez que, à época, não tinha o condão de modificar a pena do crime de homicídio. Daí por que grande parte da doutrina se referia a esse crime como **homicídio condicionado**, pois o reconhecimento de sua natureza hedionda dependia da verificação de um requisito (ou condição): que o ilícito tivesse sido praticado em ação típica de grupo de extermínio.[8]

Com o advento da Lei nº 12.720/12, o tema está a merecer novas considerações. Com vigência a partir do dia 28 de setembro de 2012, esta Lei introduziu no Código Penal a novel figura delituosa do crime de **constituição de milícia privada**, valendo-se de fórmula vaga e imprecisa na definição dos elementos do tipo, o que, certamente, irá gerar questionamentos acerca de possível violação à garantia da taxatividade inerente ao princípio da legalidade. Eis a redação do art. 288-A: "Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código".[9]

Para além da criação desse novo tipo penal, a Lei nº 12.720/12 também introduziu uma nova causa de aumento de pena para o crime de homicídio: "Art. 121. (...) § 6º. A pena é aumentada de 1/3 até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, *ou por grupo de extermínio*".[10]

Perceba-se que, doravante, o fato de o crime de homicídio ser praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, *ou por grupo de extermínio*, passa a funcionar como circunstância do crime de homicídio, autorizando a incidência da causa de aumento de 1/3 (um terço) até metade, *quantum* este de majoração que

6. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 555.

7. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 663. Ainda segundo o autor, somente os tipos básicos contêm as elementares do crime, porquanto os chamados tipos derivados – qualificados – contêm circunstâncias especiais que, embora constituindo elementos específicos dessas figuras derivadas, não são elementares do crime básico, cuja existência ou inexistência não alteram a definição deste. Assim, as qualificadoras, como dados acidentais, servem apenas para definir a classificação do crime derivado, estabelecendo novos limites mínimo e máximo, cominados ao novo tipo.

8. JESUS, Damásio Evangelista. Homicídio simples, crime hediondo e Júri. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), nº 29, abril de 1995.*

9. Para mais detalhes acerca dos conceitos de *organização paramilitar, milícia particular, ou grupo ou esquadrão*, remetemos o leitor ao capítulo referente às organizações criminosas.

10. A Lei nº 12.720/12 também acrescentou uma causa de aumento de pena ao crime de lesão corporal, nos seguintes termos: "Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código" (CP, art. 129, § 7º).

pode incidir inclusive nos crimes de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º).[11]

Evidentemente, cuida-se de *novatio legis in pejus*, daí por que esta causa de aumento de pena e o novel crime do art. 288-A poderão incidir apenas em relação aos fatos delituosos cometidos por milícias privadas ou por grupos de extermínio a partir do dia 28 de setembro de 2012, data da vigência da Lei nº 12.720/12.

Nesse caso, evidenciada a estabilidade e permanência do grupo de extermínio, o agente deverá responder pelo crime de homicídio (simples ou qualificado), com a aplicação da majorante do § 6º do art. 121 – que continua sendo considerado hediondo com fundamento no art. 1º, I, 1ª parte, da Lei nº 8.072/90 –, em concurso material com o novel delito do art. 288-A, todos do Código Penal, o que, a nosso ver, não caracteriza *bis in idem*, na medida em que estamos diante de crimes autônomos, que tutelam bens jurídicos distintos, quais sejam, a vida e a paz pública, respectivamente.[12]

3.1.1.1. Conceito de grupo de extermínio.

Revelando péssima técnica legislativa, apesar de ter rotulado o homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio como crime hediondo, a Lei nº 8.930/94 não teve o cuidado de definir esse pressuposto da hediondez, tarefa esta que acabou ficando a cargo da doutrina e dos Tribunais.

Grupo significa um conjunto de pessoas ou coisas dispostas proximamente e formando um todo, um conjunto de indivíduos com características, objetivos, interesses comuns.[13] Portanto, se o art. 1º, I, primeira parte, da Lei nº 8.072/90, refere-se à existência de um grupo, forçoso é concluir que se trata de crime plurissubjetivo, ou seja, hipótese de concurso necessário de agentes. A redação da Lei dos Crimes Hediondos deixa claro que este delito será considerado hediondo ainda que o crime seja cometido por um só agente. No entanto, é necessário comprovar que este executor faz parte de um grupo de extermínio. A controvérsia gira em torno da quantidade de pessoas necessárias para que se possa atestar a presença de um grupo: 02 (duas), 03 (três) ou 04 (quatro)?

A nosso juízo, com todas as mudanças provocadas pela Lei nº 12.850/13, o ideal é concluir que são necessárias pelo menos 3 (três) pessoas para que se possa atestar a presença de um grupo de extermínio, ainda que a execução direta da conduta de matar alguém seja delegada a apenas um de seus membros.

Quando o legislador quer se referir à necessidade de *duas pessoas*, o faz de maneira expressa. A título de exemplo, basta atentar para a redação da qualificadora do crime de furto constante do art. 155, § 4º, inciso IV, do CP: "mediante o *concurso de duas* ou mais pessoas". Portanto, *grupo de extermínio* não se confunde com o concurso de agentes (CP, art. 29), para o qual são necessárias ao menos duas pessoas De mais a mais, é óbvio que a ideia de apenas *duas pessoas*, ou seja, de um par, colide frontalmente com a de *grupo*, que, como visto acima, exige a presença de um conjunto de indivíduos. Referindo-se a lei à atividade *típica* de grupo de extermínio, o único parâmetro que pode ser utilizado é aquele constante da nova redação do art. 288 do Código Penal, que demanda a presença de 3 (três) ou mais pessoas para a tipificação do crime de associação criminosa, visto que a associação de duas ou mais pessoas prevista no art. 35 da Lei nº 11.343/06 é norma especial aplicável apenas aos crimes de tráfico de drogas. Por fim, não se revela possível a utilização do número mínimo de 4 (quatro) pessoas, indispensável para a tipificação do novel crime de organização criminosa (Lei nº 12.850/13, art. 1º, § 1º, c/c art. 2º, *caput*), porquanto o grupo de extermínio não tem como elementares a estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas.

3.1.1.2. Sujeito passivo do grupo de extermínio.

Para além da necessidade de se explicitar, quantitativamente, o número mínimo de pessoas necessárias para a caracterização do grupo, também se impõe analisar o conceito de atividade típica de grupo de *extermínio*.

A palavra *extermínio* pode ser compreendida como a "chacina", o "aniquilamento", a "destruição com mortandade de pessoas". Esse extermínio tem como característica principal a *impessoalidade*, isto é, mata-se uma pessoa sem que o executor

11. Como observa Cleber Masson (*Código Penal comentado*. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 476), a novel causa de aumento de pena do art. 121, § 6º, do do CP, incide no homicídio doloso – simples, privilegiado ou qualificado –, consumado ou tentado.

12. Valendo-se de um exemplo aleatoriamente escolhido, podemos dizer que este raciocínio referente à ausência de *bis in idem* é bem semelhante àquele atinente ao concurso material entre o crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I) e o delito de associação criminosa armada (CP, art. 288, parágrafo único), hipótese esta que, segundo o próprio Supremo, não configura dupla punição pelo mesmo fato, seja porque não há nenhuma relação de dependência ou subordinação entre as referidas condutas delituosas, seja porque visam à proteção de bens jurídicos diversos. A propósito: STF, 2ª Turma, HC 113.413/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16/10/2012, DJe 222 09/11/2012. E ainda: STF, 1ª Turma, RHC 102.984/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08/02/2011, DJe 86 09/05/2011.

13. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009. p. 992.

do delito sequer saiba seu nome. Na verdade, a vítima é assassinada em virtude de alguma característica especial de natureza política, social, religiosa, étnica, ou qualquer outro traço peculiar capaz de identificá-la como membro de um grupo a ser exterminado (v.g., menores de rua, mendigos, prostitutas, etc.). Nesse sentido, como observa Bitencourt, "extermínio é a matança generalizada, é a chacina que elimina a vítima pelo simples fato de pertencer a determinado grupo ou determinada classe social ou racial, como, por exemplo, mendigos, prostitutas, homossexuais, presidiários etc. A impessoalidade da ação genocida é uma de suas características fundamentais".[14]

Nada diz a lei acerca do número de pessoas que precisam ser mortas para que se possa reconhecer a existência de atividade típica de grupo de extermínio. Logo, se a lei não restringiu, não é dado ao intérprete fazê-lo. Por isso, é de todo irrelevante a unidade ou pluralidade de vítimas. A atividade típica de grupo de extermínio estará caracterizada ainda que seja morta uma única pessoa, desde que presente a impessoalidade da conduta delituosa, ou seja, que a vítima tenha sido morta pelo fato de pertencer ou ser membro de determinado grupo social, racial, econômico, étnico, etc.

3.1.1.3. (Des)necessidade de quesitação dos jurados acerca da prática de homicídio em atividade típica de grupo de extermínio.

À época da Lei nº 8.930/94, como o fato de o homicídio simples ser praticado em atividade típica de grupo de extermínio não fora inserido como elementar, nem tampouco como circunstância do crime do art. 121 do CP, funcionando tão somente como um pressuposto de hediondez, sempre preponderou o entendimento de que não havia necessidade de se formular quesito aos jurados acerca do assunto, já que a matéria estaria relacionada tão somente à aplicação da pena, logo, de competência do juiz presidente.[15]

No entanto, a partir do momento em que a Lei nº 12.720/12 passou a prever que, doravante, o fato de o crime de homicídio ter sido cometido por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio, autoriza a incidência da causa de aumento de pena do art. 121, § 6º, do CP, é evidente que esta circunstância deverá, doravante, ser quesitada aos jurados, nos termos do art. 483, V, e § 3º, II, do CPP.

Em síntese, diante das recentes mudanças introduzidas no Código Penal, pode-se trabalhar com o seguinte quadro comparativo entre o grupo de extermínio à época da Lei nº 8.930/94, e depois da vigência da Lei nº 12.720/12:

Grupo de extermínio à época da Lei nº 8.930/94 Lei nº 8.072/90, art. 1º, inciso I, 1ª parte	**Grupo de extermínio após a vigência da Lei nº 12.720/12 Código Penal, art. 121, § 6º**
– o fato de o homicídio simples ser praticado em atividade típica de grupo de extermínio não fora inserido como elementar, nem tampouco como circunstância do art. 121 do CP, mas sim como pressuposto para o reconhecimento de sua natureza hedionda;	– o fato de o homicídio ser praticado por grupo de extermínio passa a funcionar como causa de aumento de pena (um terço até a metade);
– como era praticamente impossível se conceber um crime de homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio no qual não estivesse presente uma das qualificadoras subjetivas ou objetivas do § 2º do art. 121, a figura do homicídio qualificado acabava prevalecendo sobre o homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio com fundamento no princípio da especialidade;	– a localização topográfica da causa de aumento de pena do art. 121, § 6º, do Código Penal, permite sua aplicação a qualquer hipótese de homicídio doloso (simples, privilegiado ou qualificado, consumado ou tentado). Logo, se o crime for praticado com o emprego de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, o agente deverá responder pelo crime do art. 121, § 2º, IV, com a incidência da majorante do § 6º;
– como o fato de o homicídio ser praticado em atividade típica de grupo de extermínio era mero pressuposto da hediondez, prevalecia o entendimento no sentido de que não havia necessidade de se formular quesito aos jurados acerca do assunto, já que matérias referentes à aplicação da pena são da competência do Juiz Presidente do Tribunal do Júri.	– como o fato de o homicídio ser praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio, passa a funcionar como causa de aumento de pena, sua existência deve ser quesitada aos jurados, nos termos do art. 483, V, e § º, II, do CPP.

14. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 2: parte especial – dos crimes contra a pessoa.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68.

15. Em sentido diverso, por entender que se tratava de um tipo penal especial, Alberto Silva Franco sempre sustentou que não era possível deixar ao talante do juiz presidente decidir se o crime fora cometido ou não em ação típica de grupo de extermínio, sob pena de violação à soberania do próprio Tribunal do Júri, a quem compete o julgamento de questões fáticas atinentes aos crimes dolosos contra a vida. (*Crimes hediondos.* 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 266).

3.1.2. Homicídio qualificado.

A Lei nº 8.930/94 também acrescentou ao rol de crimes hediondos o delito de homicídio qualificado, previsto no art. 121, § 2º, do Código Penal. De seu turno, a Lei n. 13.104, com vigência em 10 de março de 2015, acrescentou a qualificadora do inciso VI ao §2º do art. 121 do Código Penal, denominada de feminicídio, nos seguintes termos: "VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: §2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher". Por sua vez, a Lei n. 13.142, com vigência em 7 de julho de 2015, acrescentou o inciso VII ao §2º do art. 121 do CP, com os seguintes dizeres: "VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição". Por força do art. 2º da Lei n. 13.104/15 e do art. 3º da Lei n. 13.142/15, essas duas novas qualificadoras do homicídio também passaram a funcionar como crimes hediondos, respeitado, obviamente, o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

3.1.2.1. Homicídio qualificado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

O Pacote Anticrime conferiu nova redação ao inciso I do art. 1º da Lei n. 8.072/90 para também rotular como hediondo o crime de homicídio qualificado previsto no *inciso VIII* do §2º do art. 121 do Código Penal.

Ocorre que a qualificadora em questão – "VIII – com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido" –, que, em tese, deveria ter sido acrescentada ao §2º do art. 121 do CP acabou sendo vetada pelo Presidente da República, nos seguintes termos: "A propositura legislativa, ao prever como qualificadora do crime de homicídio o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, sem qualquer ressalva, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, além de gerar insegurança jurídica, notadamente aos agentes de segurança pública, tendo em vista que esses servidores poderão ser severamente processados ou condenados criminalmente por utilizarem suas armas, que são de uso restrito, no exercício de suas funções para defesa pessoal ou de terceiros ou, ainda, em situações extremas para a garantia da ordem pública, a exemplo de conflito armado contra facções criminosas."

Na prática, portanto, a despeito da nova redação conferida ao art. 1º, inciso I, da Lei dos Crimes Hediondos, como a qualificadora do inciso VIII não foi efetivamente acrescentada ao §2º do art. 121 do Código Penal, é de rigor a conclusão no sentido de que a mudança em questão revela-se absolutamente inócua. Por conseguinte, na eventualidade de um crime de homicídio ser cometido com o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, esta circunstância, isoladamente considerada, não poderá ser usada para fins de se atribuir natureza hedionda a tal delito.

3.1.3. Homicídio qualificado-privilegiado.

É dominante o entendimento no sentido da possibilidade de reconhecimento da figura do homicídio qualificado-privilegiado, combinando-se os §§ 1º e 2º do art. 121 do Código Penal, desde que a qualificadora tenha natureza objetiva (incisos III e IV).[16] A título de exemplo, basta pensar em um crime homicídio eutanásico cometido com o emprego de veneno, hipótese em que estaria presente o relevante valor moral, que funciona como causa de diminuição de pena (CP, art. 121, § 1º) e a qualificadora listada no inciso III do § 2º do art. 121.[17]

Tendo em conta que o quesito atinente às causas de diminuição de pena deve, obrigatoriamente, anteceder aos quesitos referentes às qualificadoras e às causas de aumento de pena (CPP, art. 483, § 3º, I e II), isso significa dizer que, uma vez reconhecida pelos jurados a existência do homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º), ou seja, que o crime foi cometido por relevante valor moral ou social, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, estarão automaticamente prejudicados os quesitos pertinentes a eventuais qualificadoras de natureza subjetiva (CP, art. 121, § 2º, I, II, V, VI e VII, com redação dada pelas Leis 13.104/15 e 13.142/15). Nesse caso, se alguma qualificadora de natureza objetiva a que fazem menção os incisos III (meios de execução) e IV (modos de execução) do art. 121

16. A 6ª Turma do STJ tem precedente no sentido de que a qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva. A propósito, confira-se: STJ, 6ª Turma, HC 433.898/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 24/04/2018, DJe 11/05/2018.

17. O crime de homicídio não é o único que admite o reconhecimento concomitante de qualificadoras e privilégios. Idêntico raciocínio também se aplica ao crime de furto. A propósito, eis o teor da Súmula nº 511 do STJ: "É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva".

do CP também constar da pronúncia, caberá ao juiz, na sequência, formular o quesito pertinente, nos termos do art. 483, V, § 3º, II, do CPP.[18]

Na hipótese de os jurados reconhecerem a existência de homicídio qualificado-privilegiado, tal crime jamais poderá ser considerado hediondo. Primeiro, porque o art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 13.142/15, é claro ao afirmar que somente serão rotulados como hediondos o homicídio simples (art. 121) praticado em atividade típica de grupo de extermínio, e o homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V, VI e VII). Não há, portanto, qualquer referência ao homicídio privilegiado. Segundo, porque seria absolutamente incoerente rotular como hediondo (leia-se, repugnante) um crime de homicídio cometido, por exemplo, mediante valor moral ou social. Por fim, como as causas de diminuição de pena enumeradas no art. 121, § 1º, do CP, têm natureza subjetiva, e as qualificadoras porventura reconhecidas neste homicídio qualificado-privilegiado devem, obrigatoriamente, ter natureza objetiva, há de se reconhecer a natureza preponderante daquelas, aplicando-se raciocínio semelhante àquele constante do art. 67 do Código Penal, que diz que, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, devem preponderar aquelas que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.[19]

3.1-A. Lesão corporal gravíssima funcional e lesão corporal seguida de morte funcional.

O art. 3º da Lei n. 13.142/15 acrescentou ao rol taxativo dos crimes hediondos do art. 1º da Lei n. 8.072/90 o inciso I-A, nos seguintes termos: "I-A – lesão corporal de natureza gravíssima (art. 129, §2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição".

O crime de lesão corporal gravíssima do art. 129, §2º, do CP, estará caracterizado se da ofensa à integridade corporal ou saúde de outrem resultar incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente ou aborto. Se, no entanto, resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado, nem tampouco assumiu o risco de produzi-lo, estará caracterizado o delito de lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, §3º).

Ambos os delitos serão considerados hediondos quando praticados contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

O art. 142 da Constituição Federal versa sobre as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica. Por sua vez, em seus incisos, o art. 144, *caput*, da Constituição Federal, elenca diversos órgãos responsáveis pela preservação da segurança pública: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares, corpos de bombeiros e polícias penais.

Como o inciso I-A do art. 1º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 13.142/15, faz referência às autoridades ou agentes descritos nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, queremos crer que eventuais crimes de lesão corporal gravíssima ou lesão corporal seguida de morte também serão considerados hediondos se praticados contra *guardas civis* (municipais ou metropolitanos), no exercício da função ou em decorrência dela. Afinal, o art. 144, §8º, da Constituição Federal, dispõe que os municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme disposto no Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei n. 13.022/14).

Os crimes de lesão corporal gravíssima e lesão corporal seguida de morte também serão considerados hediondos se praticados em detrimento dos integrantes do sistema prisional (v.g., diretor da penitenciária, agentes penitenciários, guardas, etc.) e da Força Nacional de Segurança Pública.[20]

18. Entendendo não haver contradição no reconhecimento de qualificadora de caráter objetivo (modo de execução do crime), e do privilégio, sempre de natureza subjetiva: STF, 1ª Turma, HC 89.921/PR, Rel. Min. Carlos Britto, j. 12/12/2006, DJe 004 26/04/2007.

19. No sentido de que, por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não pode ser considerado hediondo: STJ, 5ª Turma, HC 153.728/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 13/04/2010, DJe 31/0/2010. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 144.196/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/11/2009, DJe 01/02/2010; STJ, 6ª Turma, HC 43.043/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18/08/2005, DJ 06/02/2006 p. 352.

20. Criada em 2004 pelo Decreto n. 5.289, a Força Nacional de Segurança Pública atua subsidiariamente em qualquer parte do território nacional em atividades destinadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Grosso modo, sua atuação compreende: a) auxílio às ações de polícia judiciária estadual na função de investigação de infração penal, para a elucidação das causas, circunstâncias, motivos,

Para que os crimes de lesão corporal gravíssima ou lesão corporal seguida de morte praticados contra essas autoridades, ou contra seus cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, sejam considerados hediondos, é indispensável que haja o denominado nexo funcional, ou seja, que o crime tenha sido praticado em razão do exercício dessas funções. Caso contrário, não há falar em crime hediondo. Na eventualidade de um crime de lesão corporal gravíssima (ou seguida de morte) ser cometido contra autoridades ou agentes *não elencados* no inciso I-A do art. 1º da Lei n. 8.072/90, como, por exemplo, Promotores de Justiça ou membros do Poder Judiciário, não nos parece possível o etiquetamento de crimes hediondos, sob pena de indevida analogia *in malam partem*.

3.2. Crimes hediondos de roubo.

O Pacote Anticrime ampliou sobremaneira as hipóteses de hediondez relativas ao crime de roubo. Pelo menos até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, tínhamos como hediondo apenas o latrocínio, ou seja, quando, da violência empregada durante e em razão da prática do crime de roubo ocorrer a produção do resultado morte (CP, art. 157, §3º, inciso II, incluído pela Lei n. 13.654/18). Doravante, é dizer, desde o dia 23 de janeiro de 2020, para além do latrocínio, pelo menos outras quatro modalidades de roubo também passaram a ser etiquetadas como hediondas. Vejamo-las, separadamente:.

a) roubo circunstanciado pela restrição da liberdade da vítima (Lei n. 8.072/90, art. 1º, II, alínea "a", incluído pela Lei n. 13.964/19): consoante disposto no art. 157, §2º, inciso V, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 13.654/18, aumenta-se a pena do crime de roubo de 1/3 (um terço) até metade se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. Levando-se em consideração o fato de o legislador fazer uso do verbo "manter", entende-se que a restrição da liberdade da vítima deve perdurar por tempo juridicamente relevante, ou seja, o autor do delito deve permanecer com a vítima em seu poder por tempo superior àquele estritamente necessário para a execução do roubo, quer para assegurar o produto do crime, quer para não ser localizado pela Polícia. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de o ladrão subtrair o automóvel de alguém mediante grave ameaça, abandonando a vítima uma hora depois em uma estrada remota, evitando, assim, o rápido acionamento das autoridades policiais. De se notar que o roubo circunstanciado pela restrição da liberdade da vítima foi a única figura delituosa constante do §2º do art. 157 do CP alçada à natureza hedionda. Subsistem, pois, como não hediondas, todas as outras figuras delituosas de roubo circunstanciado previstas nos demais incisos do referido dispositivo (CP, art. 157, §2º, II, III, IV, VI e VII);

b) roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (Lei n. 8.072/90, art. 1º, II, alínea "b", primeira parte, incluído pela Lei n. 13.964/19): de acordo com o art. 157, §2º-A, inciso I, do CP, incluído pela Lei n. 13.654/18, a pena do crime de roubo aumenta-se de 2/3 (dois terços) se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo. Por força do Anexo III do Regulamento de Produtos Controlados, aprovado pelo Decreto n. 10.030/2019, arma de fogo é a "arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases, gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara, normalmente solidária a um canno, que tem a função de dar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil". Note-se que não basta a mera existência da arma de fogo. Para além disso, há de ficar comprovado seu efetivo emprego, que pode restar caracterizado tanto pelo uso efetivo para concretizar a grave ameaça ou violência à pessoa, quando, por exemplo, o revólver é apontado na direção da vítima, como também pelo chamado porte ostensivo, ou seja, a vítima é constrangida com a exibição da arma sob as vestes do criminoso. De se notar que foi alçada à categoria de crime hediondo exclusivamente o crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, previsto no inciso I do §2º-A do art. 157 do CP. Subsiste, pois, como não hediondo, tanto o crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma branca (CP, art. 157, §2º, VII, incluído pela Lei n. 13.964/19), como também o crime de roubo majorado pela destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, também previsto no §2º-A do art. 157 do CP, porém em seu inciso II;

autoria e materialidade; b) auxílio às ações de inteligência relacionadas às atividades destinadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio; c) realização de atividades periciais e de identificação civil e criminal destinadas a colher e resguardar indícios ou provas da corrência de fatos ou de infração penal; d) auxílio na ocorrência de catástrofes ou desastres coletivos, inclusive para reconhecimento de vitimados; e) apoio a ações que visem à proteção de indivíduos, grupos e órgãos da sociedade que promovam e protejam os direitos humanos e as liberdades fundamentais; f) apoio às atividades de conservação e policiamento ambiental.

c) roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (Lei n. 8.072/90, art. 1º, II, alínea "b", segunda parte, incluído pela Lei n. 13.964/19): se a violência ou grave ameaça for exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* do art. 157. É nesse sentido o teor do art. 157, §2º-B, do Código Penal. Acrescentada ao referido *Codex* pelo Pacote Anticrime, essa causa de aumento de pena funciona como verdadeira norma penal em branco heterogênea, cuja complementação está inserida em ato administrativo, qual seja, o Decreto n. 9.847/19, que define arma de fogo de uso restrito e de uso proibido em seu art. 2º, II e III, nos seguintes termos: "II – arma de fogo de uso restrito – as armas de fogo automáticas e as semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) não portáteis; b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; III – arma de fogo de uso proibido: a) as armas de fogo classificadas de uso proibido em acordos e tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; ou b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos";

d) roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave (Lei n. 8.072/90, art. 1º, II, alínea "c", primeira parte, incluído pela Lei n. 13.964/19): por força do art. 157, §3º, inciso I, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 13.654/18, se da violência resulta lesão corporal grave, a pena será de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa. De acordo com a doutrina,[21] a expressão "lesão corporal grave" foi aí utilizada em sentido amplo, abrangendo não apenas a lesão corporal grave propriamente dita, mas também a lesão corporal gravíssima (CP, art. 129, §§1º e 2º, respectivamente), cujo resultado agravador pode ter sido suportado pela vítima da subtração ou por terceiro. É dominante o entendimento no sentido de que eventual lesão corporal leve resultante do emprego da violência durante a prática do crime de roubo não terá o condão de qualificá-lo, eis que, por força do princípio da consunção, entende-se que a lesão em questão funcionaria como crime-meio para a consecução do delito mais grave;[22]

e) roubo qualificado pelo resultado morte (Lei n. 8.072/90, art. 1º, II, alínea "c", segunda parte, incluído pela Lei n. 13.964/19): o crime de latrocínio está previsto no art. 157, § 3º, II, do Código Penal, incluído pela Lei n. 13.654/18, restando caracterizado quando, da violência empregada durante e em razão da prática do crime de roubo, ocorrer a produção do resultado *morte*, hipótese em que a pena a ser aplicada será de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa. Apesar de o Código Penal não utilizar essa rubrica, só se pode falar em latrocínio quando ocorrer a produção do resultado *morte* durante e em razão da execução do crime de roubo, seja ele próprio (CP, art. 157, *caput)* ou impróprio (CP, art. 157, § 1º). Na verdade, essa expressão *latrocínio* constava apenas da redação original do inciso II do art. 1º da Lei n. 8.072/90, que, ao rotular esse crime como hediondo, fazia menção expressa à antiga redação do art. 157, §3º, *in fine,* do Código Penal. Trata-se, o latrocínio, de crime qualificado pelo resultado. Isso significa dizer que o resultado *morte* pode ser atribuído ao agente tanto a título de dolo (direto ou eventual) quanto a título de culpa. Não se trata de crime preterdoloso (dolo no antecedente e culpa no consequente), pois o resultado agravador pode ser atribuído ao agente a título doloso ou culposo. Logo, se a morte da vítima for produzida dolosamente pelo agente durante a subtração patrimonial, seja porque a desejou (dolo direto), seja em virtude do emprego de violência exagerada (dolo eventual), deverá responder pelo crime de latrocínio, o que também irá ocorrer caso o resultado *morte* tiver sido produzido a título culposo (v.g., disparo acidental da arma durante o assalto). Em ambas as situações – resultado morte atribuído a título de culpa ou a título doloso –, o crime de latrocínio será considerado hediondo, já que o art. 1º, II, alínea "c", *in fine,* da Lei nº 8.072/90, refere-se ao referido delito sem fazer qualquer ressalva. De mais a mais, é perfeitamente possível que um delito preterdoloso seja considerado hediondo. Basta ver o exemplo do crime hediondo (Lei nº 8.072/90, art. 1º, VII) de epidemia com resultado morte (CP, art. 267, § 1º), no qual a morte é provocada a título de culpa. Logo, o coautor que,

21. MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 212.* Vol. 2. 13ª Ed. São Paulo: Método, 2020. p. 407.

22. Várias observações que serão feitas na sequência em relação ao crime de latrocínio também são válidas para o crime de roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave.

de maneira consciente, participa de um crime de roubo armado, responde pelo crime hediondo de latrocínio ainda que o disparo fatal tenha sido efetuado por seus comparsas. Afinal, se tinha consciência de que o crime de roubo seria executado com o emprego de arma de fogo, era no mínimo previsível a superveniência do resultado morte. Ademais, como todos os coautores e partícipes respondem pelo mesmo fato delituoso, salvo quando há desvio subjetivo de conduta (CP, art. 29, § 2º), prevalece o entendimento de que é desnecessário saber qual dos coautores desferiu o tiro.[23] No entanto, caso o resultado *morte* não possa ser atribuído ao agente a título de dolo nem mesmo a título culposo (v.g., superveniência de resultado objetivamente imprevisível), não há falar em latrocínio, sob pena de verdadeira responsabilidade penal objetiva e consequente violação ao princípio *nulla poena sine culpa*, o que é expressamente vedado pelo art. 19 do CP: "Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente". A título de exemplo, o resultado morte não pode ser imputado ao coautor quando há rompimento do nexo causal entre a conduta dele e a de seu comparsa, como ocorre quando o coautor é preso pela Polícia antes da realização do disparo do tiro fatal pelo comparsa e ainda em local diverso da prática do roubo.[24] A lei penal deixa claro que o resultado *morte* deve ser proveniente da *violência* praticada pelo agente durante a subtração patrimonial, compreendida esta como a *vis corporalis*, leia-se, o emprego de violência física contra a pessoa. Por isso, se, durante a execução de um crime de roubo, cometido com o emprego de grave ameaça (*vis compulsiva*) – arma de fogo –, a vítima vier a óbito em virtude de uma parada cardiorrespiratória, não há falar em latrocínio, visto que a morte da vítima não terá sido causada pelo emprego de violência, mas sim de grave ameaça. Nesse caso, o agente deverá ser responsabilizado pela prática do crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (CP, art. 157, §2º-A, I, incluído pela Lei n. 13.654/18) – sem a incidência da qualificadora do art. 157, §3º, II, do CP, que, aliás, não admite a incidência das causa de aumento de pena do § 2º do art. 157 –,[25] e pelo delito de homicídio, que poderá ser doloso ou culposo, a depender das circunstâncias fáticas e do elemento subjetivo do agente (v.g., se o agente conhecia os problemas cardíacos da vítima, e agiu com consciência e vontade, deverá responder pelo homicídio a título doloso).[26] O crime de latrocínio somente restará caracterizado quando o resultado morte decorrer da violência empregada durante e em razão do crime de roubo. É necessário, pois, que a violência tenha sido empregada durante a execução do crime de roubo (*fator temporal*) e em razão dele (*relação causal*). Em síntese, no contexto do crime patrimonial, a violência deve ser usada para subtrair coisa alheia móvel, para garantir a detenção da *res furtiva* ou até mesmo para assegurar a impunidade pela subtração, e dela deve resultar a morte. Por isso, se o dolo *ab initio* do agente era o de causar apenas a morte da vítima, resolvendo subtrair seus bens após a consumação do crime de homicídio, deverá responder pelo crime de homicídio em concurso formal impróprio com o delito de furto. Da mesma forma, se, durante a execução de um crime de roubo, um dos criminosos resolver matar o outro para ficar com o dinheiro subtraído, não há falar em latrocínio, visto que o resultado morte atingiu o próprio sujeito ativo do crime de roubo. Evidentemente, se o agente efetuar um disparo para matar uma das vítimas, porém, por erro na execução, atingir e matar um dos coautores, deverá responder pelo crime de latrocínio. Afinal, quando se trata de *aberratio ictus* (CP, art. 73), o agente responde como se tivesse atingido a pessoa que pretendia ofender. Esta violência a que se refere o art. 157, § 3º, do CP, tanto pode ser praticada contra a vítima da subtração, como contra terceiro, como acontece normalmente no crime de roubo próprio (ou impróprio). Logo, ainda que ocorra a morte de outra pessoa que não a dona da coisa subtraída, haverá crime único de latrocínio. Na hipótese de diversidade de vítimas fatais, com subtração de apenas um patrimônio, prevalece na doutrina o entendimento de que se trata de crime único de latrocínio, sem concurso formal, devendo a pluralidade de vítimas ser avaliada por ocasião da dosimetria da pena, nos termos do art. 59 do CP. Afinal, cuida-se, o latrocínio, de crime contra o patrimônio, e não de crime contra a vida.[27] Evidentemente, se restar

23. STF, 1ª Turma, HC 74.861/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25/03/1997, DJ 27/06/1997.

24. STF, 1ª Turma, HC 109.151/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, j. 12/06/2012, DJe 162 16/08/2012.

25. No sentido de que não se aplicam ao crime de latrocínio as causas especiais de aumento da pena previstas no art. 157, § 2º, do CP: STJ, 6ª Turma, REsp 255.650/RS, Rel. Min. Vicente Leal, j. 15/03/2001, DJ 09/04/2001.

26. Na mesma linha: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Vol. III. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2012, p. 76.

27. Com esse entendimento: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 3: parte especial – dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra*

constatado que houve a pluralidade de mortes e a subtração de mais de um patrimônio mediante uma só ação, ainda que desdobrada em diversos atos, deverá o agente responder por 02 (dois) crimes de latrocínio em concurso formal, e não por crime único, pouco importando o fato de as vítimas serem marido e mulher. Com efeito, o fato de serem as vítimas casadas civilmente não leva obrigatoriamente à conclusão de que os bens deles subtraídos num mesmo contexto fático necessariamente constituem um patrimônio comum indivisível, pois, mesmo no regime de comunhão universal – em que há a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges (art. 1.667 do CC) – há os que por lei são considerados patrimônio exclusivo do cônjuge que o recebeu, os denominados bens personalíssimos.[28] Outrossim, é possível que, a despeito de ter ocorrido apenas uma única subtração patrimonial e dois resultados *morte*, tenha o criminoso agido com a intenção de lesar mais de um patrimônio, objetivo este não alcançado por circunstâncias alheias a sua vontade. A título de exemplo, basta imaginar duas pessoas sendo assaltadas com o emprego de arma, oportunidade em que os criminosos pedem que os pertences de ambos lhes sejam entregues: se as duas vítimas forem mortas, tendo os criminosos logrado êxito na subtração de apenas um patrimônio, não há falar em crime único de latrocínio, mas sim em dois crimes de latrocínio, porquanto evidenciada a presença de desígnios autônomos em relação a cada uma das subtrações patrimoniais, o que autoriza o reconhecimento do concurso formal impróprio, previsto na parte final do art. 70 do Código Penal. Nesse caso, quanto à vítima morta, cujo patrimônio foi subtraído, haverá um crime de latrocínio consumado. Quanto à outra vítima morta, cuja subtração restou na modalidade tentada, também haverá outro crime de latrocínio consumado. Afinal, de acordo com a súmula nº 610 do STF, "há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima". Logo, os criminosos deverão responder por dois crimes de latrocínio consumados em concurso formal impróprio.[29] O reconhecimento da existência de irregularidades no laudo pericial que atesta a natureza das lesões sofridas pela vítima de tentativa de latrocínio (157, § 3º, II, do CP) não resulta na desclassificação da conduta para alguma das outras modalidades de roubo prevista no art. 157 do CP. Isso porque, para a configuração daquele delito, é irrelevante se a vítima sofreu lesões corporais. Efetivamente, a figura típica do latrocínio se consubstancia no crime de roubo qualificado pelo resultado, em que o dolo inicial é de subtrair coisa alheia móvel, sendo que as lesões corporais ou a morte são decorrentes da violência empregada, atribuíveis ao agente a título de dolo ou culpa. Desse modo, embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. Por essa razão, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que o crime de latrocínio tentado se caracteriza independentemente de eventuais lesões sofridas pela vítima, bastando que o agente, no decorrer do roubo, tenha agido com o desígnio de matá-la.[30] Em conclusão, na medida em que o latrocínio está inserido no Título que trata dos *Crimes contra o Patrimônio*, a competência para o processo e julgamento do delito é de um juiz singular, e não do Tribunal do Júri, pouco importando o fato de o resultado "morte" ter sido praticado dolosamente pelo agente para fins de subtração dos bens da vítima. A propósito, dispõe a súmula nº 603 do STF: "A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri". Evidentemente, se acaso o latrocínio tiver sido praticado em conexão com um crime doloso contra a vida (v.g., homicídio qualificado), ambos deverão ser julgados pelo Tribunal do Júri, *ex vi* do art. 78, I, do CPP.

3.3. Crimes hediondos de extorsão.

Na redação anterior ao Pacote Anticrime, o art. 1º, inciso III, da Lei n. 8.072/90, rotulava como hediondo, consumado ou tentado, a "extorsão qualificada pela morte (art. 158, §2º)". À

o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 121. No sentido de que a pluralidade de vítimas em crime de latrocínio não enseja a conclusão de ocorrência de concurso formal impróprio, uma vez que, no caso concreto, o crime fim arquitetado teria sido o de roubo (CP, art. 157, § 3º), e não o de duplo latrocínio: STF, 1ª Turma, RHC 133.575/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/02/2017. Em sentido diverso, entendendo que, no caso de latrocínio, uma única subtração patrimonial com dois resultados *morte* caracteriza concurso formal impróprio, nos termos do art. 70, parte final, do Código Penal: STJ, 5ª Turma, HC 56.961/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 1.

28. Nessa linha: STJ, HC 122.061/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/05/2011, DJe 18/05/2011.

29. STJ, 5ª Turma, REsp 1.164.953/MT, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/03/2012, DJe 03/04/2012.

30. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 201.175/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/04/2013, DJe 08/05/2013.

semelhança do tratamento que também era dado, à época, ao crime de roubo, a extorsão somente era considerada hedionda se qualificada pela morte. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, o inciso III do art. 1º da Lei n. 8.072/90 passou a ter a seguinte redação: "III – extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, §3º)".

Por força da Lei nº 11.923/09, foi acrescido um § 3º ao art. 158 do Código Penal, para tipificar o denominado *sequestro relâmpago:* "Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente". Apesar da tipificação dessa nova modalidade delituosa pela Lei nº 11.923/09, a Lei dos crimes hediondos não foi alterada, à época, a fim de se nela fazer inserir o referido crime, do que deriva a conclusão de que tal delito, pelo menos até a entrada em vigor do Pacote Anticrime, não podia ser considerado hediondo, ainda que qualificado pelo resultado morte (CP, art. 158, § 3º, *in fine).* Diversamente do que ocorrera em relação ao crime de estupro de vulnerável, que foi expressamente incluído no rol dos crimes hediondos pela Lei nº 12.015/09 (Lei nº 8.072/90, art. 1º, VI), houve evidente desídia por parte do legislador no tocante ao crime do art. 158, § 3º, qualificado pelo resultado morte. Essa desídia não permitia, então, que considerássemos o sequestro relâmpago qualificado pelo resultado morte como crime hediondo, sob pena de se fazer evidente analogia *in malam partem,* violando-se, por consequência, o princípio da legalidade.[31]

Eis que surge, então, o Pacote Anticrime e, confirmando nosso entendimento, no sentido de que tal delito não era hediondo, passa a tratá-lo dessa forma, em qualquer de suas modalidades. Enfim, corrige-se o lapso legislativo em vigor desde a vigência da Lei n. 11.923/09. Com efeito, por força da nova redação conferida ao inciso III do art. 1º da Lei n. 8.072/90 pela Lei n. 13.964/19, temos como hedionda a "extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, §3º)". Sem embargo da redação confusa do referido inciso, somos levados a acreditar que a natureza hedionda abrange todas as figuras típicas previstas no §3º do art. 158, inclusive a modalidade fundamental da extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima – 1ª parte do referido dispositivo –, ainda que de tal conduta não resulte lesão corporal grave ou morte. A uma porque o art. 1º, inciso III, da Lei n. 8.072/90, com redação dada pelo Pacote Anticrime, faz referência ao art. 158, §3º, do CP, no qual estão inseridas não apenas a extorsão mediante restrição da liberdade da vítima, como também as figuras qualificadas pelo resultado agravador lesão grave ou morte. Em segundo lugar porque, interpretando-se sistematicamente as mudanças introduzidas pelo Pacote Anticrime na Lei dos Crimes Hediondos, nota-se a inclusão, no art. 1º, II, alínea "a", da Lei n. 8.072/90, do roubo circunstanciado pela restrição da liberdade da vítima dentre os crimes hediondos. Logo, por uma questão de coerência, há de se conferir idêntico tratamento à extorsão praticada na mesma circunstância em todas as suas modalidades. Por fim, a inserção, no bojo do inciso III do art. 1º da Lei n. 8.072/90, de uma vírgula logo após o legislador se referir à extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, separando-a, portanto, da ocorrência da lesão corporal ou morte, parece corroborar sobremaneira o fato de que tal delito, mesmo em sua modalidade simples, há de ser considerado hediondo. É dizer, fosse a intenção do legislador referir-se apenas às modalidades qualificadas pelo resultado, a redação do inciso em questão seria completamente diversa, sem a colocação de uma vírgula ("extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima com resultado lesão corporal grave ou morte").

Mas e o crime de extorsão qualificada previsto no art. 158, §2º, do Código Penal?[32] Continua sendo hediondo diante das mudanças produzidas pelo Pacote Anticrime? Inexplicavelmente, não. De fato, ao promover a alteração do inciso III do art. 1º da Lei n. 8.072/90 para incluir a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte, citando entre parênteses o art. 158, §3º, do CP, o legislador, deliberadamente (ou não) – pensamos que foi um erro grosseiro

31. Em sentido semelhante, Nucci também entende que o descuido do legislador não permite considerar o sequestro relâmpago como crime hediondo, em nenhuma de suas formas (*Manual de direito penal.* 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 720). De modo diverso, Luiz Flávio Gomes sustenta que, na hipótese de provocação (dolosa ou culposa) da morte da vítima, o crime do art. 158, § 3º, do CP, será considerado hediondo, visto que nada mais será do que o desdobramento formal do tipo do art. 158, § 2º, tendo o legislador preservado a matéria criminosa, explicitando, somente, seu mais novo *modus operandi. (Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 23).

32. CP: "Art. 158. (...) §2º Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no §3º do artigo anterior".

mesmo – excluiu do rol dos crimes hediondos a extorsão qualificada pela morte, tipificada no art. 158, §2º, do Código Penal. Por mais absurdo e desproporcional que possa parecer – tome-se como exemplo o fato de o roubo qualificado pelo resultado morte ser hediondo –, a extorsão – e não a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima –, que sempre recebeu igual tratamento dispensado ao roubo, inclusive no tocante à sua gravidade, não é delito hediondo, nem mesmo se qualificado pela morte. Afinal, ao intérprete não é dado se valer de uma pseudo interpretação extensiva de modo a corrigir um erro crasso do legislador, sob pena de evidente violação ao critério legal que norteia a definição dos crimes hediondos no ordenamento jurídico.

3.4. Extorsão mediante sequestro.

Ao contrário do que ocorre com os crimes de roubo e de extorsão, que são considerados hediondos apenas em algumas hipóteses, o delito de extorsão mediante sequestro é etiquetado como hediondo independentemente da modalidade.

A propósito, a Lei dos Crimes Hediondos (art. 1º, IV) é categórica ao afirmar que será considerado hediondo o delito de "extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º). Portanto, quer na modalidade simples (CP, art. 159, *caput*), quer na modalidade qualificada quando o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro horas), se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha – hoje, associação criminosa (CP, art. 159, § 1º), ou, ainda, se do fato resultar lesão corporal de natureza grave (CP, art. 159, § 2º) ou morte (CP, art. 159, § 3º), em todas elas será considerado hediondo o crime de extorsão mediante sequestro, consumado ou tentado.

3.5. Estupro.

3.5.1. Estupro e atentado violento ao pudor antes da Lei nº 12.015/09.

Antes do advento da Lei nº 12.015/09, a Lei dos Crimes Hediondos dispunha em seu art. 1º, incisos V e VI, respectivamente, que seriam considerados hediondos os seguintes crimes: "estupro (art. 213 **e** sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214 *e* sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único)". Em virtude do uso da conjunção "*e*", a redação original desses dois incisos sempre provocou muita controvérsia.

De um lado, parte da doutrina sempre entendeu que o estupro e o extinto crime de atentado violento ao pudor seriam considerados hediondos apenas se qualificados pelos resultados lesão grave ou morte. Entendia-se que a conjunção "e" inserida na redação original dos incisos V e VI do art. 1º da Lei nº 8.072/90 teria o significado de "combinado com", estabelecendo uma relação de dependência necessária entre o tipo penal simples e os resultados agravadores – lesão corporal de natureza grave e morte, inseridos, à época, no art. 223, *caput*, e parágrafo único, respectivamente. Destarte, na forma simples, estupro (CP, art. 213, *caput*) e atentado violento ao pudor (CP, revogado art. 214, *caput*) não podiam ser considerados crimes hediondos.

Todavia, diante das sequelas de ordem psíquica e emocional que marcam a vítima de crimes sexuais para o resto da vida, ainda que de forma invisível, sempre prevaleceu o entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor deviam ser considerados hediondos nas modalidades simples e qualificadas, pouco importando o fato de serem cometidos com violência real ou presumida. Na verdade, a expressão "e sua combinação" não estabelece uma relação de subordinação, devendo a conjunção "e" ser interpretada como se fosse aditiva, o que significa dizer que seu objetivo teria sido apenas o de acrescentar ao estupro simples as modalidades qualificadas pelo resultado lesão grave e morte, inseridos no art. 223, *caput* e parágrafo único.

De mais a mais, como os incisos V e VI do art. 1º da Lei nº 8.072/90 faziam menção expressa, antes e fora dos parênteses, apenas ao "estupro" e ao "atentado violento ao pudor", sem fazer qualquer referência à forma qualificada pela morte, como o fez, por exemplo, o inciso III do art. 1º ao se referir à extorsão qualificada pela morte, é de se concluir que tais crimes, mesmo na forma simples, são considerados hediondos.

Nessa linha, como já se pronunciou o Plenário do Supremo, "nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, as lesões corporais graves ou morte traduzem resultados qualificadores do tipo penal, não constituindo elementos essenciais e necessários para o reconhecimento legal da natureza hedionda das infrações. Em razão do bem jurídico tutelado, que é a liberdade sexual da mulher, esses crimes, mesmo em sua forma simples, dotam-se da condição hedionda com que os qualifica apenas o art. 1º da Lei nº 8.072/90".[33]

33. STF, Pleno, HC 88.245/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16/11/2006, DJ 20/04/2007. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 81.288/SC, Rel. Min. Carlos

3.5.2. Estupro depois da Lei nº 12.015/09.

Antes do advento da Lei nº 12.015/09, o crime de estupro previsto no art. 213 do Código Penal tinha a seguinte redação: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça". O atentado violento ao pudor, por sua vez, estava previsto no art. 214 do CP: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal".

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.015 no dia 10 de agosto de 2009, o art. 214 do Código Penal foi revogado. De seu turno, o art. 213 do CP passou a ter a seguinte redação: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". Como houve uma simples migração do conteúdo normativo do revogado art. 214 para a nova redação do crime de estupro, não há falar em *abolitio criminis*, já que a conduta delituosa antes incriminada pelo delito de atentado violento ao pudor não deixou de ser considerada crime em virtude de lei posterior (CP, art. 2º, *caput*).

Aplica-se, pois, o denominado **princípio da continuidade normativo-típica:** não se pode confundir a mera revogação formal de uma lei penal com a *abolitio criminis*. A revogação da lei anterior é necessária para o processo da *abolitio criminis*, mas não suficiente. Para além da revogação formal, deve ser verificado se o conteúdo normativo revogado não foi, simultaneamente, deslocado para outro dispositivo legal. Se é verdade que a Lei nº 12.015/09 revogou o art. 214 do CP, também não é menos verdade que o conteúdo normativo da antiga conduta delituosa do atentado violento ao pudor migrou para a nova redação do art. 213 do CP. Portanto, não houve *abolitio criminis*, visto que se deu uma continuidade normativo-típica.[34]

Como se percebe, a Lei nº 12.015/09 reuniu em um conceito mais abrangente de estupro os antigos crimes de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (revogado art. 214). Logo, a partir da vigência desse diploma legal, o crime de estupro poderá ser praticado por meio do constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça:

a) à *conjunção carnal*, a ser compreendida como a introdução completa ou incompleta do pênis na cavidade vaginal;

b) a praticar ou permitir que com ele se pratique *outro ato libidinoso*: nesta segunda figura, incrimina-se não apenas o fato de o autor constranger sua vítima a praticar outro ato libidinoso – há a efetiva participação da vítima, ainda que forçada –, mas também a conduta que faz a vítima permitir que com ela se pratique tal ato – nessa hipótese, a vítima tem uma participação, forçada, exclusivamente passiva. Esse constrangimento deve visar à prática de ato libidinoso, ou seja, aquele ato lascivo, voluptuoso, que objetiva dar prazer sexual ao autor;

Em sentido diverso, na hipótese em que tenha havido a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável, há precedentes do STJ no sentido de que não é possível ao magistrado – sob o fundamento de aplicação do princípio da proporcionalidade – desclassificar o delito para a forma tentada em razão de eventual menor gravidade da conduta. De fato, conforme o art. 217-A do CP, a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra vulnerável constitui a consumação do delito de estupro de vulnerável. Entende o STJ ser inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta. Nesse contexto, o magistrado, ao aplicar a pena, deve sopesar os fatos ante os limites mínimo e máximo da reprimenda penal abstratamente prevista, o que já é suficiente para garantir que a pena aplicada seja proporcional à gravidade concreta do comportamento do criminoso.[35]

Quanto à natureza hedionda do crime de estupro, a Lei nº 12.015/09 conferiu nova redação ao art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/90: "estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º)". Ao contrário da redação anterior desse inciso V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único) –, em que a ausência de uma vírgula logo após o art. 213 suscitava controvérsias quanto à natureza

Velloso, j. 17/12/2001, DJ 25/04/2003; STF, 1ª Turma, HC 90.706/BA, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 06/03/2007, DJ 23/03/2007; STF, 2ª Turma, HC 89.554/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06/02/2007, DJ 02/03/2007. No sentido de que o estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que na sua forma simples e com violência presumida, são considerados hediondos, não se exigindo a ocorrência do resultado morte ou lesão corporal grave da vítima: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.201.806/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 28/08/2012, DJe 20/09/2012. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 21.196/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 04/06/2002, DJ 01/07/2002 p. 409; STJ, 3ª Seção, AgRg nos EREsp 1.103.032/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 10/10/2012, DJe 22/10/2012; STJ, 6ª Turma, HC 23.633/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 18/09/2003, DJ 13/10/2003 p. 450; STJ, 6ª Turma, HC 17.795/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/10/2001, DJ 03/06/2002 p. 221; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 250.451/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/03/2013, DJe 25/03/2013.

34. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, HC 212.305/DF, Rel. Min. Marilza Maynard – Desembargadora Convocada do TJ/SE –, j. 24/4/2014.

35. STJ, 6ª Turma, REsp 1.353.575/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 5/12/2013.

hedionda do crime de estupro na modalidade simples, o legislador da Lei nº 12.015/09 teve o cuidado de fazer menção, dentro dos parênteses, ao art. 213 seguido de uma "vírgula" e, depois, da figura do *caput* e dos §§ 1º e 2º. Isso acaba por afastar qualquer polêmica quanto à hediondez do delito de estupro, seja na modalidade simples (CP, art. 213, *caput*), na modalidade qualificada pelo resultado lesão corporal de natureza grave ou pelo fato de a vítima ser menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos (CP, art. 213, § 1º), seja na figura qualificada pelo resultado morte (CP, art. 213, § 2º).

3.6. Estupro de vulnerável.

Para além da migração da antiga figura delituosa do atentado violento ao pudor (revogado art. 214) para o crime de estupro (CP, art. 213), a Lei nº 12.015/09 também criou uma nova figura delituosa no art. 217-A, conhecida como estupro de vulnerável: "Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência". Por sua vez, o art. 217-A, §5º, do CP, incluído pela Lei n. 13.718/18, passou a dispor expressamente que "as penas previstas no *caput* e nos §§1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime".

Grosso modo, esta nova figura delituosa do art. 217-A corresponde à antiga violência presumida do revogado art. 224 do CP. Porém, o que antes era tratado pelo Código Penal como hipótese de violência presumida passa a figurar como crime autônomo. Todavia, é certo dizer que a criação desse tipo penal inédito continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial quanto ao caráter relativo ou absoluto da antiga presunção de violência.

É sabido que, durante anos, houve fundada controvérsia acerca da natureza da presunção de violência nos crimes sexuais em relação ao menor de 14 anos, prevista no revogado art. 224, alínea "a", do Código Penal. Na doutrina, sempre prevaleceu o entendimento de que referida presunção teria natureza relativa.[36]

Nesse caso, provando o órgão ministerial que o agente havia mantido conjunção carnal com menor de 14 anos, ter-se-ia como presumida a violência, elementar do crime de estupro. No entanto, como essa presunção tinha natureza relativa, abria-se ao acusado a possibilidade de provar que a presunção de violência pensada pelo legislador do Código Penal de 1940 não estava presente no caso concreto, ou seja, que a presumida insciência do menor de 14 anos em relação aos atos sexuais (*innocentia consilli*) não estava presente, seja por força de grande experiência sexual que a vítima apresentava, seja por aparentar ser maior de 14 anos, tendo tomado a iniciativa quanto à prática do ato sexual.

Na jurisprudência, apesar de um julgado isolado da Suprema Corte e outro da 3ª Seção do STJ em sentido contrário,[37] sempre predominou o entendimento de que referida presunção teria natureza absoluta. Assim, tendo o órgão ministerial demonstrado que ocorrera conjunção carnal com menor de 14 anos, tinha-se como provado o delito de estupro, sendo presumida a violência. Na visão jurisprudencial, como a presunção absoluta não admite prova em sentido contrário, mesmo que o acusado comprovasse que a menor tinha ampla e irrefutável experiência sexual, que tinha maturidade suficiente para consentir validamente em relação à prática de atos sexuais, ainda assim seria condenado pela prática do referido delito.[38]

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.015 em 7 de agosto de 2009, a discussão sobre a natureza da presunção perde relevo. Afinal de contas, o art. 224 do Código Penal foi revogado. Não se trata mais de discussão em torno da natureza

36. Segundo Luiz Flávio Gomes, a presunção de violência, se considerada absoluta, estaria em conflito com o moderno Direito penal da culpa, e com os princípios da presunção de inocência e da ampla defesa. (*Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001).

37. "O estupro pressupõe constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça art. 213 do CP. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência física e mental, tratar-se de pessoal com idade superior a 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos arts. 213 e 244, alínea a, do CP". (STF, 2ª Turma, HC 73.662, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/09/1996). Ao julgar fato ocorrido durante a vigência do art. 224 do CP, por entender que se tratava de presunção relativa, a 3ª Seção do STJ inocentou um homem da acusação de estupro por ter mantido relações sexuais consentidas com três meninas, menores de 14 e maiores de 12 anos, uma vez que, por serem prostitutas, possuíam experiência sexual: STJ, 3ª Seção, EREsp 1.021.634/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23/11/2011, DJe 23/03/2012.

38. STF, 1ª Turma, HC 81.268/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/11/2002 p. 8. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 93.263/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 065 10/04/2008; STF, 2ª Turma, HC 99.993/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24/11/2009, DJe 232 10/12/2009. Ainda no sentido da natureza absoluta da presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09: STF, 1ª Turma, HC 105.558/PR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22/05/2012, DJe 113 11/06/2012; STF, 1ª Turma, HC 109.206/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/10/2011, DJe 217 14/11/2011; STF, 1ª Turma, HC 97.052/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/08/2011, DJe 176 13/09/2011; STF, 2ª Turma, HC 101.456/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/03/2010, DJe 76 29/04/2010.

da presunção – absoluta ou relativa –, já que foi criada figura delituosa autônoma pertinente aos antigos casos de violência presumida: o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A).

Para a caracterização desse crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos; o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. A despeito de parte da doutrina sustentar o entendimento de que ainda se mantém a discussão sobre *vulnerabilidade absoluta* e *vulnerabilidade relativa*, o tipo penal do art. 217-A do CP não traz como elementar a expressão "vulnerável". É certo que o *nomem iuris* que a Lei 12.015/2009 atribui ao citado preceito legal estipula o termo "estupro de vulnerável". Entretanto, a "vulnerabilidade" não integra o preceito primário do tipo. Na verdade, o legislador estabelece três situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, dentre elas: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos". Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta. Dessa forma, não se pode qualificar ou etiquetar comportamento de crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou justificá-la. Expressões como "amadurecimento sexual da adolescente", "experiência sexual pretérita da vítima" ou mesmo a utilização das expressões "criança prostituta" ou "criança sedutora" ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias, em alguma medida, justificasse os crimes sexuais perpetrados. Esse posicionamento, todavia, implica a impropriedade de se julgar a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o agente. Refuta-se, ademais, o frágil argumento de que o desenvolvimento da sociedade e dos costumes possa configurar fator que não permita a subsistência de uma presunção que toma como base a *innocentia consilli* da vítima. Além disso, não há que se falar em aplicação do princípio da adequação social, porquanto no julgamento de caso de estupro de vulnerável deve-se evitar carga de subjetivismo, sob pena de ocorrência de possíveis danos relevantes ao bem jurídico tutelado – o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes – que, recorde-se, conta com proteção constitucional e infraconstitucional, não sujeito a relativizações.[39] É exatamente nesse sentido, aliás, o teor da **súmula n. 593 do STJ:** "O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".[40]

De todo modo, como o conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos funciona como elementar do tipo de estupro de vulnerável do art. 217-A, *caput*, do Código Penal, caso o agente desconheça esse fato, e seu erro esteja plenamente justificado pelas circunstâncias de fato, caracterizado estará o erro de tipo, com a consequente exclusão do dolo do agente.[41] Como o referido delito não admite a modalidade culposa, sua conduta será considerada atípica, nos termos do art. 20, *caput*, do Código Penal.

Superada esta questão, convém destacar que a Lei nº 12.015/09 também teve o cuidado de alterar a Lei dos Crimes Hediondos para rotular como hediondo o estupro de vulnerável em qualquer uma de suas modalidades. Por força da nova redação conferida ao art. 1º, inciso VI, da Lei nº 8.072/90, será considerado hediondo o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º), consumado ou tentado. A menção ao § 2º do art. 217-A do Código Penal deve ser desconsiderada, visto que a causa de aumento de pena que constava desse dispositivo acabou sendo vetada pelo Presidente da República.

39. Com entendimento semelhante: STJ, 3ª Seção, REsp 1.480.881/PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26/8/2015, DJe 10/9/2015.

40. Em recente julgado, a 1ª Turma do STF também concluiu que, sendo a vítima menor de 14 anos, o estupro é presumido. Por isso, indeferiu "habeas corpus" impetrado em favor de denunciado pela prática do crime de estupro de vulnerável (Código Penal, art. 217-A) com 18 anos de idade que teria mantido relação sexual com vítima de 13 anos, pouco importando o fato de a conjunção carnal ter sido consentida pela vítima em razão de relacionamento afetivo com o agente. (STF, 1ª Turma, HC 122.945/BA, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21/03/2017).

41. Como adverte Badaró, "a questão do erro quanto ao elemento constitutivo do tipo penal liga-se, exclusivamente, à idade da vítima. Outros fatores como: a vítima já ter mantido relações sexuais anteriormente com o acusado, com quem passou a conviver em concubinato; não ser inocente, ingênua e totalmente desinformada a respeito do sexo; ser leviana e ter concordado com a conjunção carnal; ter mantido relações sexuais anteriormente com outros homens; são, em princípio, irrelevantes para a configuração do erro de tipo. O elemento do tipo não é a inocência da vítima ou seu desconhecimento sobre sexo, mas sim não ser ela maior de 14 anos. É sobre o elemento idade da vítima – ou a existência de alienação ou debilidade mental, ou ainda qualquer outra impossibilidade de oferecer resistência – que deverá incidir o erro. Eventualmente, a vítima levar uma vida sexual desregrada ou se oferecer para o ato sexual pode ser um elemento que tenha levado o agente a supor que ela era maior de 14 anos, por não serem tais condutas normais em menores de tal idade. De qualquer forma, porém, o erro será sempre quanto à idade, ainda que decorrente de outros dados ligados ao comportamento sexual da menor". (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 357/359).

O crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal abrange não apenas a conjunção carnal, mas também a prática de outro ato libidinoso. Libidinoso é o ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual. Para que se possa falar em ato libidinoso diverso da conjunção carnal, não há necessidade de introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima. Por isso, há de se considerar consumado o crime de estupro de vulnerável quando o agente, com o intuito de satisfazer sua lascívia, começa a passar as mãos no corpo nu de vítima menor de 14 (quatorze) anos, ainda que esta venha a fugir do local antes da prática de atos mais invasivos. Atos libidinosos diversos da conjunção carnal praticados contra vítima de tenra idade são capazes de provocar graves consequências psicológicas à criança, devendo, pois, ser punidos com mais rigor[42].

3.7. Epidemia qualificada pelo resultado morte.

Nos mesmos moldes do que ocorre com os crimes de roubo e extorsão, o art. 1º, inciso VII, da Lei nº 8.072/90, também considera hediondo o crime doloso de epidemia apenas quando qualificado pelo resultado morte (CP, art. 267, § 1º).

No entanto, ao contrário do latrocínio (CP, art. 157, § 3º, II) e do crime de extorsão seguida de morte (CP, art. 158, § 2º), nos quais o resultado agravador pode ser atribuído ao agente tanto a título de dolo quanto a título de culpa, o delito de epidemia qualificada pelo resultado morte é exemplo de crime preterdoloso, o que significa dizer que o resultado morte só pode ser atribuído ao agente a título de culpa. Em outras palavras, o crime do art. 267, § 1º, do CP, demanda a presença de dolo de perigo na conduta antecedente – causar epidemia –, e culpa no resultado consequente (se do fato resulta morte).

Como o art. 1º, inciso VII, da Lei nº 8.072/90, faz menção apenas ao crime de epidemia com resultado morte (CP, art. 267, § 1º), conclui-se que o tipo penal de epidemia, em sua modalidade simples (CP, art. 267, *caput*), não é considerado hediondo, raciocínio que também se aplica à modalidade culposa prevista no art. 267, § 2º, do CP.

3.8. Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

No segundo trimestre do ano de 1998 veio à tona o escândalo da falsificação de remédios: à época, o governo descobriu a falsificação de inúmeros medicamentos, desde a pílula de farinha *Microvlar*, o antibiótico *Amoxil*, até o remédio para o câncer de próstata *Androcur*. Assim, nos mesmos moldes do que já ocorrera em relação ao homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio e homicídio qualificado, mais uma vez o Direito Penal foi chamado a intervir, dando à população um falso sentimento de tranquilidade, como se, num passe de mágica, o simples fato de um crime ser rotulado como hediondo tivesse o condão de pôr fim à referida prática delituosa.

Surge, então, a Lei nº 9.695/98, com vigência em data de 21 de agosto de 1998, transformando em crime hediondo a seguinte figura delituosa: "falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (Art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998)". De se notar que o art. 1º, VII-B, da Lei nº 8.072/90, com redação determinada pela Lei nº 9.695/98, não faz menção à figura delituosa prevista no art. 273, § 2º, do CP, o que significa dizer que a modalidade culposa de falsificação de remédios não é considerada hedionda.

A inserção dessa figura delituosa como crime hediondo não passou imune às críticas. Isso porque a figura hedionda em análise abrange não apenas a falsificação de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, como também de cosméticos e saneantes (CP, art. 273, § 1º-A). A verdade é que, sob o ponto de vista de ofensividade à saúde pública, bem jurídico tutelado pelo crime do art. 273 do Código Penal, não se pode querer equiparar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos, isto é, produtos que servem ao embelezamento ou à preservação da beleza, ou a simples saneantes, produtos voltados para a higienização e desinfecção ambiental, sobretudo se levarmos em consideração a pena cominada ao referido delito: reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. Por isso, pensamos que o art. 273, § 1º-A, do Código Penal, deve ser objeto de interpretação restritiva para que se possa considerar típica apenas a falsificação de cosméticos e saneantes que efetivamente sejam dotados

42. Nesse contexto, referindo-se, todavia, ao antigo crime de atentado violento ao pudor com violência presumida: STJ, 6ª Turma, REsp 1.309.394/RS, Rel. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 3/2/2015, DJe 20/2/2015. Em caso concreto em que um indivíduo foi condenado pelo crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) por ter dado um beijo lascivo contra uma vítima de cinco anos de idade, a 1ª Turma do STF (HC 134.591/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 1º/10/2019) entendeu não ser cabível a desclassificação para a conduta prevista no art. 65 da Lei das Contravenções Penais ("Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável").

de potencialidade lesiva contra a saúde pública e não qualquer cosmético.[43]

Não por outro motivo, concluiu a Corte Especial do STJ ser inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do CP ("reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa"), devendo-se considerar, no cálculo da reprimenda, a pena prevista no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo §4º. Na visão do STJ, impõe-se ao legislador o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal. Sendo assim, em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena de "reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" abstratamente cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, V, do CP, referente ao crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada. Isso porque, se esse delito for comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas (notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública), percebe-se a total falta de razoabilidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do CP, sobretudo após a edição da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que, apesar de ter aumentado a pena mínima de 3 para 5 anos, introduziu a possibilidade de redução da reprimenda, quando aplicável o § 4º do art. 33, de 1/6 a 2/3. Com isso, em inúmeros casos, o esporádico e pequeno traficante pode receber a exígua pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses. E mais: é possível, ainda, sua substituição por restritiva de direitos. De mais a mais, constata-se que a pena mínima cominada ao crime ora em debate excede em mais de três vezes a pena máxima do homicídio culposo, corresponde a quase o dobro da pena mínima do homicídio doloso simples, é cinco vezes maior que a pena mínima da lesão corporal de natureza grave, enfim, é mais grave do que a do estupro, do estupro de vulnerável, da extorsão mediante sequestro, situação que gera gritante desproporcionalidade no sistema penal. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei, tendo em vista que a restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.[44]

3.9. Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Às vésperas da realização da Copa do Mundo no Brasil, o Congresso Nacional resolveu introduzir mais um crime hediondo ao rol taxativo do art. 1º da Lei nº 8.072/90: o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, previsto no art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º, do Código Penal. Referido crime já constava do Código Penal no art. 218-B, porém com *nomen iuris* diverso: "favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável". Com o advento da Lei nº 12.978, que entrou em vigor no dia 22 de maio de 2014, para além da mudança do nome jurídico do art. 218-B do CP, também foi acrescentado ao art. 1º da Lei nº 8.072/90 o inciso VIII para rotular tal crime como hediondo.

Acrescentado ao Código Penal pela Lei nº 12.015/09, e revogando tacitamente o crime anteriormente definido no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o art. 218-B funciona como uma modalidade específica do crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, tipificado no art. 228 do Código Penal. A diferença entre os dois delitos diz respeito à qualidade da vítima: neste, são as pessoas com idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos e mentalmente saudáveis; no crime do art. 218-B, são os menores de 18 (dezoito) anos e as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato sexual, conquanto maiores de idade. O delito do art. 218-B restará caracterizado se tais pessoas forem submetidas, induzidas ou atraídas à prostituição ou outra forma de exploração sexual, se houver a facilitação de tais práticas, ou, ainda, se alguém impedir ou dificultar o abandono de tais atividades. Prostituição é a atividade habitual

43. A título de exemplo, há casos concretos de pessoas que sofreram queimaduras seríssimas após se submeterem a tratamento de bronzeamento artificial com a aplicação de produtos falsificados, o que também ocorreu em virtude da utilização de cosméticos para tratamento de cabelo.

44. STJ, Corte Especial, AI no HC 239.363/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26/2/2015, DJe 10/4/2015.

na qual atos sexuais são negociados em troca de pagamento, não apenas monetário. A expressão "exploração sexual" funciona como verdadeiro elemento normativo do tipo, cujo conceito deve ser ser obtido mediante a valoração do intérprete da lei penal.

O art. 218-B, § 1º, do CP, dispõe que também deve ser aplicada a pena de multa se o crime for praticado com o fim de obter vantagem econômica. Logo, se há uma modalidade qualificada para a hipótese em que o crime for praticado com o fim de obter vantagem econômica, é evidente que este "especial fim de agir" não faz parte do tipo básico do *caput* do art. 218-B, que restará caracterizado ainda que não haja qualquer intenção de lucro por parte do agente.

Consoante disposto no art. 218-B, § 2º, do CP, incorre nas mesmas penas:

I – quem pratica a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 e maior de 14 anos na situação descrita no *caput* deste artigo: trata-se de crime acessório, pois pressupõe a prática do delito previsto no *caput* do art. 218-B. O crime sob comento restará caracterizado tão somente quando houver a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 e maior de 14 submetido à prostituição ou outra forma de exploração sexual. Por isso, é indispensável que o agente tenha consciência da idade da vítima, evitando-se a responsabilidade penal objetiva. Diversamente do *caput* do art. 218-B, que também faz referência às pessoas maiores de 18 (dezoito) anos, porém desprovidas do necessário discernimento para a prática do ato em virtude de enfermidade ou deficiência mental, o art. 218-B, § 1º, I, faz referência apenas aos menores de 18 e maiores de 14. Por consequência, se a conjunção carnal (ou outro ato libidinoso) for praticada com pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, logo, sem o necessário discernimento para a prática do ato, o correto juízo de tipicidade deve ser feito à luz do crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, § 1º, pouco importando o fato de a vítima encontrar-se submetida à prostituição ou outra forma de exploração sexual;

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as paráticas referidas no *caput* deste artigo: cuida-se de forma qualificada do crime outrora denominado de casa de prostituição, previsto no art. 229 do CP, cuja pena é sensivelmente mais elevada em virtude da situação de maior vulnerabilidade da pessoa submetida à prostituição ou exploração sexual.

O cliente que conscientemente se serve da prostituição de adolescente, com ele praticando conjunção carnal ou outro ato libidinoso, incorre no tipo previsto no inciso I do § 2º do art. 218-B do CP, ainda que a vítima seja atuante na prostituição e que a relação sexual tenha sido eventual, sem habitualidade. Da análise da previsão típica do art. 218-B do CP, especialmente do inciso I do § 2º, extrai-se que o fato de já ser a vítima corrompida, atuante na prostituição, é irrelevante para o tipo penal. Não se pune a provocação de deterioração moral, mas o incentivo à atividade de prostituição, inclusive por aproveitamento eventual dessa atividade como cliente. Pune-se não somente quem atua para a prostituição do adolescente – induzindo, facilitando ou submetendo à prática ou, ainda, dificultando ou impedindo seu abandono –, mas também quem se serve desta atividade. Trata-se de ação político-social de defesa do adolescente, mesmo contra a vontade deste, pretendendo afastá-lo do trabalho de prostituição pela falta de quem se sirva de seu atendimento. A condição de vulnerável é no tipo penal admitida por critério biológico ou etário, neste último caso pela constatação objetiva da faixa etária, de 14 a 18 anos, independentemente de demonstração concreta dessa condição de incapacidade plena de auto-gestão. O tipo penal, tampouco, faz qualquer exigência de habitualidade da mantença de relações sexuais com adolescente submetido à prostituição. Habitualidade há na atividade de prostituição do adolescente, não nos contatos com aquele que de sua atividade serve-se. Basta único contato consciente com adolescente submetido à prostituição para que se configure o crime. A propósito, não tem relação com a hipótese em análise os precedentes pertinentes ao art. 244-A do ECA, pois nesse caso é exigida a submissão (condição de poder sobre alguém) à prostituição (esta atividade sim, com habitualidade). No art. 218-B, § 2º, I, pune-se outra ação, a mera prática de relação sexual com adolescente submetido à prostituição – e nessa conduta não se exige reiteração, poder de mando, ou introdução da vítima na habitualidade da prostituição.[45]

3.10. Furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

Pelo menos até a entrada em vigor do Pacote Anticrime, nenhuma modalidade de furto era rotulada como hedionda, justamente por não

45. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 288.374/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 5/6/2014, DJe 13/06/2014.

envolver violência e grave ameaça contra a pessoa e por tutelar única e exclusivamente o patrimônio da vítima, bem jurídico considerado disponível. No entanto, com base no critério de maior reprovabilidade da conduta do agente de utilizar-se de instrumentos para o cometimento do crime, que possam resultar em perigo comum, ou seja, que possam causar danos a um número indeterminado de pessoas, a Lei n. 13.964/19 houve por bem alçar a hediondo o crime de furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

Doravante, portanto, ter-se-á como hediondo o crime de furto qualificado previsto no art. 155, §4º-A, do Código Penal, incluído pela Lei n. 13.654/18: "A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum". A introdução dessa nova qualificadora ao crime de furto visa coibir prática recorrente Brasil afora, consubstanciada na explosão de caixas eletrônicos para subtração do numerário alocado no seu interior. Consoante disposto no Anexo III do Regulamento de Produtos Controlados, aprovado pelo Decreto n. 10.030/19, explosivo é o "tipo de matéria que, quando iniciada, sofre decomposição muito rápida, com grande liberação de calor e desenvolvimento súbito de pressão". Artefato análogo, por sua vez, é o produto concebido com finalidade diversa, porém idôneo a produzir efeitos semelhantes aos do explosivo, como, por exemplo, um botijão de gás. Para a tipificação do referido delito, porém, o explosivo (ou artefato análogo) em questão deve ter potencialidade para causar perigo comum, já que estamos diante de um crime de perigo concreto. Trata-se de qualificadora de natureza objetiva, eis que pertinente ao meio de execução utilizado na prática do furto. Por consequência, admite-se sua comunicabilidade no concurso de agentes, nos exatos termos do art. 30 do Código Penal.

Interessante notar que o Pacote Anticrime rotulou como hediondo o crime de furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum – CP, art. 155, §4º-A, incluído pela Lei n. 13.654/18 –, porém, inexplicavelmente, olvidou-se de fazer o mesmo com o crime de roubo circunstanciado pela destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum – CP, art. 157, §2º-A, inciso II, também incluído pela Lei n. 13.654/18 –, delito este inegavelmente muito mais grave do que o furto em questão. Sem embargo do evidente equívoco do legislador, como se adota o sistema legal como critério para determinação dos crimes hediondos, ao magistrado não se defere a possibilidade de considerá-lo hediondo sob o argumento de que as circunstâncias fáticas dos crimes são semelhantes – e até mais gravosas –, sob pena de evidente violação ao princípio da legalidade.

3.11. Genocídio.

A Lei nº 2.889/56, que define e pune o crime de genocídio, tipifica 3 (três) condutas delituosas distintas, a saber: "Art. 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial, ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. Será punido: com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra *a;* com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra *b*; com as penas do art. 270, no caso da letra *c;* com as penas do art. 125, no caso da letra *d;* com as penas do art. 148, no caso da letra *e*";[46] Art. 2º. Associarem-se mais de três pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior: Pena – metade da cominada aos crimes ali previstos; Art. 3º. Incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º: Pena – metade das penas ali cominadas. § 1º A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumar; § 2º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) quando a incitação for cometida pela imprensa".

De acordo com o art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8.072/90, com redação dada pelo Pacote Anticrime, reputa-se hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56, tentado ou consumado. Ao se referir expressamente aos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56, a Lei nº 8.072/90 rotula como hediondo não apenas o crime de genocídio propriamente dito, previsto no art. 1º, mas também os delitos de associação para fins de genocídio (Lei nº 2.889/56, art. 2º) e de incitação ao genocídio (Lei nº 2.889/56, art. 3º). Ao contrário do que ocorre com o crime de associação criminosa (CP, art. 288, com redação dada pela Lei nº 12.850/13) e com outros delitos

46. Cuida-se, o crime de genocídio, de tipo remissivo, isto é, aquele que remete a outra figura típica para que se saiba a sanção cominada ao delito.

de associações (v.g., Lei nº 11.343/06, art. 35), que não têm natureza hedionda, vez que não listados no rol taxativo do art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos – a exceção fica por conta do crime de organização criminosa direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado (Lei n. 8.072/90, art. 1º, parágrafo único, V, incluído pela Lei n. 13.964/19) –, a associação para a prática do genocídio é rotulada como crime hediondo pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90.

Por fim, atente-se para o necessário cotejo entre o art. 2º da Lei nº 2.889/56 e o art. 8º da Lei nº 8.072/90, que prevê que *será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos*, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Ora, considerando-se que, por força do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90, o crime de associação para a prática de genocídio previsto no art. 2º da Lei nº 2.889/56 também é considerado crime hediondo, a ele deve ser aplicada a pena cominada no art. 8º da Lei nº 8.072/90, que prevê a pena de três a seis anos de reclusão para toda forma de associação para a prática de crime hediondo.[47]

3.11.1. Distinção entre o crime de genocídio e o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio.

O homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio não se confunde com o crime de genocídio previsto na Lei nº 2.889/56, senão vejamos:

a) no homicídio de grupo de extermínio, o objetivo do agente não é o de destruir o grupo, no todo ou em parte, mas sim o de eliminar apenas alguns de seus integrantes, daí por que o crime estará caracterizado ainda que uma única vítima seja morta. De seu turno, o crime de genocídio pressupõe o dolo específico de destruir, no todo ou em parte, determinado grupo;

b) desde que presente a impessoalidade da conduta delituosa, a atividade típica de grupo de extermínio pode visar pessoa integrante de qualquer espécie de grupo (v.g., social, racial, econômico, étnico, etc.). O crime de genocídio, por sua vez, tem como sujeito passivo apenas grupo *nacional, étnico, racial ou religioso* (Lei nº 2.889/, art. 1º, *caput*);

c) o crime de homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio é obrigatoriamente cometido mediante a morte de alguém (CP, art. 121, *caput*). Em sentido diverso, consoante disposto na Lei nº 2.889/56, o delito de genocídio pode ser praticado não apenas através da morte de membros do grupo, como também por meio da causação de lesão grave à integridade física ou mental de seus integrantes, pela sujeição intencional do grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial, pela adoção de medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo ou pela transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

d) como o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio é crime doloso contra a vida, a competência para o processo e julgamento é do Tribunal do Júri. Apesar de ser possível que o crime de genocídio seja praticado mediante morte de membros do grupo (Lei nº 2.889/56, art. 1º, "a"), não se trata de crime doloso contra a vida, pois, na verdade, o bem jurídico tutelado pela referida lei tem natureza supranacional – preservação da pessoa humana –, qualquer que seja o seu grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Por isso, o delito deve ser julgado por um juiz singular. Todavia, caso esse delito de genocídio seja praticado mediante morte de membros do grupo, em circunstâncias semelhantes de tempo e de lugar, e com o mesmo *modus operandi*, o agente deverá responder pelos diversos homicídios – em continuidade delitiva (CP, art. 71) – e pelo crime de genocídio, em concurso formal impróprio (CP, art. 70, 2ª parte), não sendo possível a aplicação do princípio da consunção. Nesse caso, a série de continuidade delitiva dos crimes dolosos contra a vida será processada e julgada por um Tribunal do Júri, que exercerá força atrativa em relação ao crime conexo de genocídio, tal qual dispõe o art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal.[48]

3.12. Posse ou Porte ilegal de arma de fogo de uso proibido.

Em sua redação original, o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90 rotulava como hediondo apenas o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889/56, tentado ou consumado. Eis que surge, então, a Lei n. 13.497, com vigência em data de 27 de outubro de 2017, conferindo ao referido dispositivo, à época, a seguinte redação:

47. Com esse entendimento: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 592. Na mesma linha: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 333.

48. Com esse entendimento: STF, Pleno, RE 351.487/RR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 10/11/2006.

"Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956, **e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003**, todos tentados ou consumados".

À época, ou seja, antes do Pacote Anticrime, o *caput* do art. 16 do Estatuto do Desarmamento incriminava as seguintes condutas delituosas: "Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de **uso proibido**[49] **ou restrito**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Por sua vez, consoante disposto no então vigente parágrafo único do art. 16 da Lei n. 10.826/03, "nas mesmas penas incorre quem: I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz; III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado; V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo".

A redação genérica conferida pela Lei n. 13.497/17 ao então parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90, passando a considerar hediondo o crime "de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/03", suscitou controvérsias quanto às seguintes questões:

1) Natureza hedionda da posse ou porte ilegal de *acessório* ou *munição* de uso restrito: na redação anterior à Lei n. 13.964/19, o *caput* do art. 16 da Lei n. 10.826/03 incriminava não apenas a posse ou o porte ilegal de *arma de fogo* de uso restrito (ou proibido), mas também a posse ou o porte de *acessórios ou munição* de uso restrito (ou proibido). Ocorre que a redação conferida pela Lei n. 13.497/17 ao parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90, à época, fazia referência apenas à **posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito**. Sem embargo de opiniões em sentido contrário, sempre nos pareceu não ter havido uma intenção deliberada do legislador de rotular como hedionda apenas a posse e o porte ilegal de *arma de fogo de uso* restrito. Na verdade, o legislador fez referência à *posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito* porque este é o *nomen juris* do crime previsto no art. 16 do Estatuto do Desarmamento. Com efeito, à semelhança do que ocorre no Código Penal, e diversamente do que geralmente ocorre no âmbito da Legislação Especial (v.g. Lei de Lavagem de Capitais, Lei n. 11.343/06, etc.), o Estatuto do Desarmamento optou por colocar acima de cada um dos crimes nele definidos uma rubrica marginal (*nomen juris* ou título do delito). E foi *exatamente este o motivo pelo qual a Lei n. 13.491/17 rotulou como hediondo o crime de* **posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito**. Não porque quisesse restringir a natureza hedionda apenas à posse ou porte de *armas de fogo de uso restrito*. Mas sim pelo fato de ser este o nome de todas as figuras delituosas contidas no art. 16 da Lei n. 10.826/03;

2) Natureza hedionda das condutas equiparadas do parágrafo único do art. 16 da Lei n. 10.826/03: a Lei n. 13.491/17 referiu-se ao crime do art. 16 da Lei n. 10.826/03, sem delimitar se a natureza hedionda seria conferida apenas às figuras delituosas constantes do *caput*, ou se as figuras equiparadas do parágrafo único também passariam a gozar desse *status*. Novamente, não nos parece ter havido qualquer espécie de silêncio eloquente por parte do legislador quanto às figuras equiparadas do parágrafo único. Referiu-se a Lei n. 13.497/17 ao crime de *posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito*, que está previsto não apenas no *caput* do art. 16, mas também em seu parágrafo único. Enfim, quisesse o legislador conferir natureza hedionda apenas a determinadas condutas delituosas de tal crime, deveria ter feito menção explícita ao *caput* do art. 16. Se não o fez, não é dado ao intérprete fazê-lo. Enfim, hão de ser consideradas hediondas tanto as condutas do *caput*, quanto aquelas equiparadas do parágrafo único. Há precedentes do STJ, nesse sentido, senão vejamos: "O art. 16 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do desarmamento) prevê gravosas condutas de contato com 'arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito', vindo seu

49. Note o leitor que o Pacote Anticrime retirou do *caput* do art. 16 do Estatuto do Desarmamento a referência aos artefatos de uso proibido, deslocando para a figura qualificada do §2º as condutas descritas no *caput* e no §1º quando envolverem **arma de fogo de uso proibido**.

parágrafo único a acrescer figuras equiparadas – em gravidade e resposta criminal. Dessa forma, ainda que algumas das condutas equiparadas possam ser praticadas com armas de uso permitido, o legislador as considerou graves ao ponto de torná-las com reprovação criminal equivalente às condutas do caput. No art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 13.497/2017, o legislador limitou-se a prever que o delito descrito no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 é considerado hediondo. Assim, como a equiparação é tratamento igual para todos os fins, considerando equivalente o dano social e equivalente também a necessária resposta penal, salvo ressalva expressa, ao ser qualificado como hediondo o art. 16 da Lei n. 10.826/2003, as condutas equiparadas devem receber igual tratamento".[50]

Eis que surge, então, o Pacote Anticrime, provocando novas controvérsias em relação à natureza hedionda desse delito, não apenas por conta da alteração da Lei dos Crimes Hediondos – art. 1º, parágrafo único, inciso II –, mas também por ter conferido nova redação ao art. 16 do Estatuto do Desarmamento.

Inicialmente, é importante atentar para a nova redação conferida ao *caput* do art. 16 da Lei n. 10.826/03 pela Lei n. 13.964/19, de onde foi retirada qualquer menção à arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido, *in verbis:* "Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de **uso restrito**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar". As condutas outrora previstas no parágrafo único do art. 16 simplesmente foram deslocadas para o §1º, eis que foi acrescido ao referido dispositivo um §2º, nos seguintes termos: "§2º Se as condutas descritas no *caput* e no §1º deste artigo envolverem **arma de fogo de uso proibido**, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos".

Por outro lado, e mais uma vez em virtude da entrada em vigor do Pacote Anticrime no dia 23/01/2020, o art. 1º, parágrafo único, II, da Lei n. 8.072/90, passou a rotular como hediondo "o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de **uso proibido**, previsto no art. 16 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003". Ante a nova redação conferida à Lei dos Crimes Hediondos, é possível extrairmos algumas conclusões:

i. salta aos olhos, de imediato, o caráter contraditório da redação conferida ao inciso II do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90. Explica-se: o referido dispositivo faz referência ao crime de **posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido**. Refere-se, porém, ao art. 16 do Estatuto do Desarmamento, quando, na verdade, por força do próprio Pacote Anticrime, tais condutas foram deslocadas para o §2º do art. 16. Logo, o ideal é interpretar o referido inciso nos seguintes termos: "o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16, §2º, da Lei n. 10.826/13";

ii. A posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, prevista no *caput* do art. 16 da Lei n. 10.826/03, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, bem como as condutas equiparadas previstas no §1º do mesmo dispositivo legal, desde que atinentes a artefatos dessa natureza, ou seja, de uso restrito, não são mais considerados hediondos, funcionando o Pacote Anticrime, nesse ponto, como verdadeira *novatio legis in mellius*, daí por que o novo regramento deve retroagir em benefício de tais condenados;

iii. Se as condutas descritas no *caput* e no §1º do art. 16 envolverem arma de fogo de uso proibido (Lei n. 10.826/03, art. 16, §2º),[51] referida conduta delituosa há de ser considerada hedionda, como, aliás, já era, mesmo antes da vigência do Pacote Anticrime;

iv. o §2º do art. 16, aparentemente olvidando-se que as condutas previstas no *caput* e no §1º (incisos V e VI) do mesmo dispositivo legal abrangem não apenas armas de fogo, mas também *acessórios e munição*, fez menção explícita apenas às *armas de fogo* de uso proibido. Na mesma linha, o inciso II do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90, incluído pela Lei n. 13.964/19, também é explícito ao se referir apenas à posse ou porte ilegal de **arma de fogo** de uso proibido. Não faz nenhuma referência aos demais artefatos - acessório e munição - de uso proibido. Logo, na eventualidade de se tratar de posse ou porte de munição de uso proibido,[52] não nos parece correto rotular tal conduta como hedionda, sob pena de indevida analogia *in malam*

50. Na visão do STJ (6ª Turma, HC 526.916, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 01/10/2019, DJe 08/10/2019), a qualificação da hediondez aos crimes do art. 16 da Lei n. 10.826/03 abrange os tipos do *caput* e as condutas equiparadas previstas no seu parágrafo único.

51. O conceito de arma de fogo de uso restrito e proibido foi objeto de análise nos comentários ao crime hediondo de roubo circunstanciado pelo emprego de tais artefatos.

52. De acordo com o art. 2º, inciso V, do Decreto n. 9.847/19, considera-se munição de uso proibido "as munições que sejam assim definidas em acordo ou tratado internacional de que a República Federativa do Brasil seja signatária e as munições incendiárias ou químicas".

partem e consequente violação ao princípio da legalidade. Fosse a intenção do legislador de tratar como hedionda toda e qualquer conduta relativa a artefatos de uso proibido, o inciso II ora sob comento deveria ter sido redigido nos seguintes termos: "O crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido". *In casu*, não se pode querer aplicar o mesmo raciocínio anteriormente desenvolvido (itens 1 e 2 acima) quanto ao antigo crime hediondo de *posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito* (redação do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90 dada pela Lei n. 13.497/17), de modo a se concluir que toda e qualquer conduta atinente a artefatos de uso proibido seria hedionda por uma razão muito simples: posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido não é o *nomen iuris* do delito, mas sim uma mera qualificadora do crime do art. 16, doravante inserida no §2º, que, portanto, há de ser interpretada restritivamente, sob pena de odiosa violação ao princípio da legalidade.

3.13. Comércio ilegal de armas de fogo e tráfico internacional de arma de fogo.

Quando a Lei n. 13.497/17 alterou o então vigente parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90 para, à época, rotular como hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/03, criou-se evidente e desproporcional disparidade em relação ao tratamento dispensado a outros crimes bem mais gravosos previstos no próprio Estatuto do Desarmamento, como, por exemplo, o comércio ilegal de arma de fogo (art. 17)[53] e o tráfico internacional de arma de fogo (art. 18),[54] aos quais não foi atribuída a mesma natureza.

Visando corrigir esse equívoco grosseiro cometido pela Lei n. 13.497/17, o Pacote Anticrime alterou a Lei dos Crimes Hediondos (art. 1º, parágrafo único, incisos IV e V) para fins de etiquetar tais crimes como hediondos, senão vejamos: "III – o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 17 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003; IV – o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003". Por conseguinte, todas as figuras delituosas previstas no art. 17 e 18 são consideradas hediondas, não apenas aquelas previstas no *caput*, mas também as equiparadas. A uma porque o legislador fez referência ao crime de comércio ilegal de arma de fogo e ao delito de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, porque estas são as rubricas marginais (*nomen iuris*) constantes dos arts. 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento. A duas porque, quisesse o legislador conferir natureza hedionda apenas a determinadas condutas ali previstas, deveria ter feito menção explícita ao *caput* do art. 17 (ou ao do art. 18). Se não o fez, não é dado ao intérprete fazê-lo. Enfim, hão de ser consideradas hediondas tanto as condutas do *caput*, quanto aquelas equiparadas.

3.14. Crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

O crime de organização criminosa está previsto na Lei n. 12.850/13: "Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas".[55] O Pacote Anticrime transformou esse crime em hediondo, desde que direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado. Logo, na eventualidade de nos depararmos com uma associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais hediondas (ou equiparadas), como, por exemplo, o delito de furto qualificado pelo emprego de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum (CP, art. 155, §4º-A), cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos,

53. Lei n. 10.826/03: "Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019). §1º Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019). §2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente".

54. Lei n. 10.826/03: "Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos, e multa. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019) Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

55. Para mais detalhes acerca da referida conduta delituosa, remetemos o leitor aos comentários à Lei n. 12.850/13.

ou que sejam de caráter transnacional, ter-se-á dois crimes hediondos, não apenas o do art. 1º, IX, mas também o do art. 1º, parágrafo único, inciso V, ambos da Lei n. 8.072/90, aí incluídos pela Lei n. 13.964/19.

De se notar que o legislador alçou à categoria de crime hediondo apenas o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado. Logo, outras formas de associação, como, por exemplo, a associação criminosa (CP, art. 288) e a constituição de milícia privada (CP, art. 288-A, incluído pela Lei n. 12.720/12), não devem ser rotuladas como hediondas, ainda que direcionadas à prática de crime hediondo ou equiparado, sob pena de evidente violação ao princípio da legalidade. Como exposto anteriormente, a exceção fica por conta do crime de associação para a prática de genocídio, previsto no art. 2º da Lei n. 2.889/56, que é considerado hediondo, não por força do inciso V do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90, mas sim por força do inciso I do mesmo dispositivo legal, que considera hediondo não apenas o genocídio propriamente dito, previsto no art. 1º da Lei n. 2.889/56, mas também os delitos de associação para fins de genocídio e incitação à prática do referido delito, os quais estão previstos, respectivamente, nos arts. 2º e 3º da Lei n. 2.889/56.

Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

~~§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§3º e 4º do art. 112 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). (Redação dada pela Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018)~~ (Revogado pela Lei n. 13.964, de 2019)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

4. CRIMES EQUIPARADOS A HEDIONDOS.

Consta do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que "a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

Como o constituinte inseriu a conjunção aditiva "e" logo após fazer referência à tortura, ao tráfico e ao terrorismo, fazendo menção, na sequência, aos crimes definidos como hediondos, depreende-se que, tecnicamente, tais delitos não podem ser rotulados como hediondos. Logo, como o dispositivo constitucional determina que lhes seja dispensado tratamento idêntico, tortura, tráfico e terrorismo são tidos como *crimes equiparados a hediondos*.

A justificativa para o constituinte originário ter separado os *crimes hediondos* dos *equiparados a hediondos* está diretamente relacionada à necessidade de assegurar maior estabilidade na consideração destes últimos como crimes mais severamente punidos. Em outras palavras, a Constituição Federal autoriza expressamente que uma simples Lei Ordinária defina e indique quais crimes serão considerados hediondos. No entanto, para os *crimes equiparados a hediondos*, o constituinte não deixou qualquer margem de discricionariedade para o legislador ordinário, na medida em que a própria Constituição Federal já impõe tratamento mais severo à tortura, ao tráfico de drogas e ao terrorismo.

4.1. Tortura.

O primeiro dispositivo legal que tipificou o crime de tortura no ordenamento pátrio foi o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): "Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura".

Como o tipo penal em questão consagrava um tipo penal aberto, sem definir expressamente o que seria tortura, nem tampouco indicar os diversos meios de execução do delito, houve questionamentos acerca de uma possível violação ao princípio da legalidade, em sua garantia da taxatividade. A controvérsia foi levada à Suprema Corte, que considerou válido o tipo penal do art. 233 da Lei nº

8.069/90. Aos olhos do Supremo, os instrumentos internacionais de direitos humanos – em particular, a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura, adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA (1969) – permitiriam a integração do tipo penal em questão, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo 'tortura'.[56]

Posteriormente, entra em vigor a Lei nº 9.455/97, que não só revogou o art. 233 da Lei nº 8.069/90, como também passou a tipificar o crime de tortura no ordenamento jurídico pátrio. De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários à Lei n. 9.455/97.

4.2. Tráfico ilícito de drogas.

Embora referida na Constituição (art. 5º, inciso XLIII), na Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, *caput*), a expressão *tráfico ilícito de entorpecentes* não consta expressamente da Lei nº 11.343/06, na medida em que a nova lei de drogas, assim como a anterior (Lei nº 6.368/76), não traz um crime cujo *nomen iuris* seja "tráfico de drogas".

De modo a se determinar qual crime é o de tráfico de drogas, pode-se utilizar como subsídio a interpretação dada pela jurisprudência na vigência da Lei nº 6.368/76, que sempre entendeu que o tráfico abrangeria apenas as condutas dos artigos 12 e 13. A conduta de associação para o tráfico, então constante do art. 14 da Lei nº 6.368/76, não era crime equiparado a hediondo.[57]

Na nova lei de drogas (Lei nº 11.343/06), portanto, encontra-se o crime de tráfico de drogas previsto nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e 34, excluído desse conceito o art. 35, que traz a figura da associação para fins de tráfico.

Insere-se também no conceito de tráfico de drogas o delito de financiamento ao tráfico, previsto no art. 36 da Lei nº 11.343/06. Antes da Lei nº 11.343/06, aquele que financiasse o tráfico de drogas ou de maquinários responderia pelo mesmo crime que o traficante, em concurso de agentes (CP, art. 29, *caput*). Com a intenção de punir mais severamente aquele que financia o tráfico, a nova lei de drogas insere as condutas em tipos distintos, trazendo, assim, mais uma exceção pluralista à teoria monista.[58] Logo, apesar de o financiamento estar inserido em dispositivo diverso, somos levados a crer que tal figura também se equipara ao "tráfico de drogas", sob pena de patente violação ao princípio da proporcionalidade. Dito de outra maneira, a lei não pode levar a interpretações absurdas: se o delito previsto no art. 33 é crime hediondo, é inegável que tal atributo também se estende ao delito mais grave, financiamento ao tráfico, sobretudo se levarmos em consideração que, neste, o móvel do agente é a obtenção de bens, direitos e valores com a prática do tráfico de drogas por terceiro.

O tipo penal previsto no art. 37 da Lei nº 11.343/06 ("Colaborar, como informante, com grupo, organização, ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 desta Lei") também deve ser rotulado como equiparado a hediondo. Afinal, este informante, que colabora com grupo destinado ao tráfico de drogas, concorre inegavelmente para a prática do tráfico de drogas, daí por que esta conduta delituosa também deve ser equiparada a hedionda.[59]

Todo esse raciocínio acaba sendo corroborado a partir da leitura do art. 44, *caput*, da Lei de drogas, que, à semelhança das restrições previstas na Lei nº 8.072/90 para os crimes hediondos e equiparados, estabelece uma série de vedações para os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei 11.343/06 (v.g., insuscetibilidade de graça, indulto, anistia, etc.), a significar, portanto, que tais delitos seriam equiparados a hediondos, ou seja, ao tráfico de drogas (CF, art. 5º, XLIII).

Em outras palavras, se a tais delitos foi estabelecida uma série de restrições, algumas delas próprias dos crimes hediondos e equiparados, somos levados a acreditar que, à exceção do art. 35 (associação para fins de tráfico), que jamais foi considerado equiparado a hediondo na vigência da Lei anterior (art. 14 da Lei nº 6.368/76), os delitos

56. STF, Pleno, HC 70.389/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/06/1994, DJ 10/08/2001. No mesmo contexto: Piovesan, Flávia. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro, in* Piovesan, Flávia, E Gomes, Luiz flávio (org.), *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.* São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 176.

57. STF, 1ª Turma, HC 83.017/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, DJU 23/04/2004 p. 24. E ainda: STF, 2ª Turma, HC 83.656/AC, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 20/04/2004, DJ 28/05/2004.

58. No Código Penal há outros exemplos de exceções pluralistas à teoria monista: arts. 124/126; 317/333; 318/334; 342, § 1º/343.

59. No sentido de que os crimes dos arts. 36 (financiamento) e 37 (colaboração como informante) devem ser considerados hediondos, por serem formas de participação no tráfico de drogas, as quais foram objeto de tipificação legal autônoma (casos de exceção pluralística à teoria monística do concurso de agentes): JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique. *Legislação penal especial. Vol. 1.* São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 395).

citados no art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (art. 33, *caput*, e § 1º, art. 34, art. 36 e art. 37) são tidos como "tráfico de drogas".

Interpretando-se *a contrario sensu* o art. 44 da Lei nº 11.343/06, não podem ser rotulados como "tráfico de drogas" e, portanto, equiparados a hediondos, os crimes previstos nos arts. 28 (porte ou cultivo de drogas para consumo próprio), 33, § 2º (auxílio ao uso), 33, § 3º (uso compartilhado), 33, §4º (tráfico privilegiado) – prova disso, aliás, é o teor do art. 112, §5º, da LEP, incluído pelo Pacote Anticrime –,[60] 38 (prescrição ou ministração culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave após o uso de drogas). Por mais que a Lei nº 11.343/06 não defina expressamente quais seriam os crimes de tráfico de drogas, não se pode perder de vista que a palavra *tráfico* está vinculada à ideia de comércio, mercancia, trato mercantil, negócio fraudulento, etc. Assim, não se pode querer atribuir a natureza de tráfico de drogas à conduta daquele que, por exemplo, divide com outrem um cigarro de maconha (Lei nº 11.343/06, art. 33, § 3º), sob pena de rotularmos como equiparado a hediondo um crime cuja pena cominada é de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

4.3. Terrorismo.

O crime de terrorismo é definido pelo art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16 nos seguintes termos: "O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública".[61]

5. VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE ANISTIA, GRAÇA E INDULTO.

5.1. Anistia.

Espécie de indulgência soberana, a anistia deve ser compreendida como o esquecimento jurídico da infração penal e tem por objeto fatos definidos como crimes, e não pessoas. Pode ser concedida antes ou depois da condenação, podendo ser total ou parcial. Tem o condão de extinguir todos os efeitos penais, inclusive o pressuposto de reincidência. Subsiste, no entanto, a obrigação de indenizar.

Recai sobre o Congresso Nacional, por meio de lei federal, a competência para a concessão da anistia (CF, art. 48, VIII), que terá o condão de extinguir a punibilidade (CP, art. 107, II), independentemente da aceitação dos anistiados, sendo certo que, uma vez concedida, não pode ser revogada.

Geralmente, a anistia é concedida pelo Congresso Nacional apenas em relação a crimes políticos, militares ou eleitorais. Nesse sentido, basta ver o exemplo da Lei nº 12.505/11, que concedeu anistia aos crimes militares e infrações disciplinares conexas praticados por policiais e bombeiros militares de diversos Estados da Federação que participaram de movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e de condições de trabalho. No entanto, não há vedação à concessão da anistia a todo e qualquer delito, inclusive crimes de natureza comum. Por isso mesmo, o constituinte originário teve o cuidado de vedar a concessão da anistia aos crimes hediondos e equiparados (CF, art. 5º, XLIII), vedação esta que, obviamente, também consta da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, I).

5.2. Graça.

A graça tem por objeto crimes de natureza comum e é concedida pelo Presidente da República, por Decreto, a um indivíduo determinado, condenado irrecorrivelmente, provocando a extinção da punibilidade (CP, art. 107, II).

Apesar de a Constituição Federal fazer menção expressa à graça ao vedar sua concessão aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), a mesma Constituição Federal não mais consagra essa espécie de clemência soberana como instituto autônomo. Nesse sentido, basta atentar para o quanto disposto no art. 84, XII, da Carta Magna, que prevê que compete ao Presidente da República conceder indulto, sem que haja qualquer referência à graça. Por isso, a graça acaba sendo tratada pela doutrina majoritária como espécie de **indulto individual.** Em síntese, pode-se dizer que, na hipótese de concessão de perdão a um único condenado, ter-se-á graça; na hipótese de o perdão abranger um grupo indeterminado de condenados, fala-se apenas em indulto.

De acordo com o art. 188 da Lei de Execução penal, a concessão do indulto individual pode ser postulada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa (Lei de Execução Penal, art. 188).

60. LEP: Art. 112. (...) §5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006".

61. A Lei n. 13.260/16 é objeto de análise em capítulo próprio deste Livro. Destarte, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários à nova Lei Antiterrorismo.

5.3. Indulto.

A terceira e última espécie de indulgência soberana é o indulto propriamente dito, ou **indulto coletivo**, que se dirige a um grupo indefinido de condenados, sendo delimitado pela natureza do crime e quantidade de pena aplicada, além de outros requisitos objetivos e subjetivos porventura listados em Decreto expedido pelo Presidente da República, sobre quem recai a competência para sua concessão (CF, art. 84, XII), a qual, todavia, pode ser delegada a seus ministros (CF, art. 84, parágrafo único). Há quem se refira à outra modalidade de indulto, o **indulto parcial**, também conhecido como **comutação de pena**, que não tem o condão de causar a extinção da punibilidade, provocando apenas a diminuição da pena a ser cumprida. Dar-se-á, portanto, a extinção dos efeitos primários da condenação, isto é, da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança, ora de forma plena (indulto total), ora de forma parcial (indulto parcial), subsistindo, todavia, os efeitos secundários da condenação, tais como a reincidência, a inclusão do nome do réu no rol dos culpados, a obrigação de indenizar o dano causado pelo delito, etc. Daí os dizeres da **súmula n. 631 do STJ**: "O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais".[62]

Ao Judiciário não é dado imiscuir-se no mérito do Decreto de Indulto para fins de reescrevê-lo, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º). O tema foi levado à apreciação do Supremo no julgamento da ADI 5.874, ajuizada em face do Decreto n. 9.246/2017, concedido pelo então Presidente da República Michel Temer. Inicialmente, foi concedida medida cautelar pelo Min. Roberto Barroso para suspender a eficácia de diversos dispositivos do mencionado Decreto, dentre eles, por exemplo, aqueles que admitiam o indulto da pena de multa e de crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei de Licitações, lavagem de capitais, etc. No julgamento definitivo, todavia, o Plenário não referendou a cautelar, julgando improcedente o pedido. Prevaleceu o entendimento de que o exercício do poder de indultar não fere a separação de Poderes por, supostamente, esvaziar a política criminal definida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário. Está contido na cláusula de separação de Poderes. O indulto e a comutação da pena configuram típicos atos de governo, caracterizados pela discricionariedade do presidente da República, respeitados os limites explícitos manifestos na Constituição (v.g., art. 5º, XLIII). Por outro lado, o ato de indulto não é passível de restrição fora dos parâmetros constitucionais. Não cabe a análise de seu mérito, do juízo de conveniência e oportunidade, ou seja, adentrar o mérito das escolhas do Presidente da República feitas dentre as opções constitucionalmente lícitas. Não compete ao Poder Judiciário reescrever o decreto de indulto. O Tribunal não pode fixar requisitos, haja vista que ao Poder Judiciário também se impõe o império da Constituição da República. Fosse admitida, por via judicial, a exclusão de certos crimes que a Constituição Federal não autoriza excluir, como, por exemplo, os delitos contra a Administração Pública, o Poder Judiciário atuaria como legislador positivo, em evidente afronta à separação de Poderes. Logicamente, havendo comprovação de desvio de finalidade no Decreto, caberá ao Judiciário tão somente anulá-lo com base na teoria dos motivos determinantes.[63]

Ao se referir às vedações aos crimes hediondos e equiparados, o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, faz menção apenas à anistia e à graça, deixando de mencionar expressamente o indulto. Por esse motivo, parte da doutrina sustenta que, ao ampliar as vedações para os crimes hediondos e equiparados, proibindo a concessão do indulto em seu art. 2º, I, o legislador da Lei nº 8.072/90 teria incorrido em flagrante inconstitucionalidade. De mais a mais, como a Constituição Federal se refere à competência exclusiva do Presidente da República para conceder indulto (art. 84, XII), sem estabelecer quaisquer limitações em virtude da natureza da infração penal, não poderia o legislador ordinário estabelecer uma vedação material não ressalvada expressamente pela Carta Magna.

Prevalece, no entanto, o entendimento de que a expressão *graça* a que se refere o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, deve ser objeto de interpretação extensiva para também abranger a vedação da concessão de indulto, já que as duas causas extintivas da punibilidade são espécies de clemência soberana, com a única diferença de que aquela é concedida de maneira individualizada e esta para um grupo indeterminado de condenados.

62. No mesmo contexto da **súmula n. 631 do STJ**: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 682.331/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 07/11/2017, DJe 14/11/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 409.588/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 12/12/2017, DJe 19/12/2017; STJ, 5ª Turma, HC 186.375/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/06/2011, DJe 01/08/2011; STJ, 5ª Turma, HC 438.408/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/03/2018, DJe 02/04/2018.

63. STF, Pleno, ADI 5.874/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 09/05/2019.

Destarte, a proibição de um instituto – graça (indulto individual) – permite ao legislador infraconstitucional a proibição do outro – indulto coletivo. Consequentemente, ao se referir à competência do Presidente da República para a concessão do indulto, o art. 84, XII, da Carta Magna, refere-se não apenas à concessão do indulto coletivo como também à concessão do indulto individual (graça).[64]

Nessa linha, entende o Supremo que é constitucional o art. 2º, I, da L. 8.072/90, porque, nele, a menção ao indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição. Na Constituição, a graça individual e o indulto coletivo – que ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena – são modalidades do poder de graça do Presidente da República (art. 84, XII) – que, no entanto, sofre a restrição do art. 5º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo.[65]

De todo modo, ainda que se queira arguir a inconstitucionalidade do art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90, no tocante à vedação da concessão de indulto, como a competência para conceder o indulto é do Presidente da República, se acaso constar do Decreto Presidencial eventual restrição à concessão do referido benefício aos autores de crimes hediondos e equiparados, não é dado ao Poder Judiciário ampliar sua concessão a tais delitos, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º). A título de exemplo, o Decreto nº 7.873/12, que concedeu indulto natalino e comutação de penas, dispõe expressamente que tais benefícios não alcançam as pessoas condenadas por crime de tortura ou terrorismo, por tráfico ilícito de droga ou por crime hediondo (art. 8º, I, II, e III). Ora, como a concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República (CF, art. 84, XII), haveria evidente usurpação dessa atribuição constitucional se acaso o Poder Judiciário ampliasse a concessão da referida benesse a tais delitos.[66]

Outrossim, na medida em que a **comutação de pena** (diminuição da pena) é tida como espécie de indulto – indulto parcial –, também se revela inadmissível sua aplicação a crimes hediondos e equiparados. Nessa linha, como já se pronunciou a 1ª Turma do Supremo, "a comutação nada mais é do que uma espécie de indulto parcial (em que há apenas a redução da pena). Daí por que a vedação à concessão de indulto em favor daqueles que praticaram crime hediondo – prevista no art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90 – abrange também a comutação".[67]

Especificamente em relação ao crime de tortura, especial atenção deve ser dispensada ao art. 1º, § 6º, da Lei nº 9.455/97: "o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia". Como se percebe, ao contrário da Lei dos Crimes Hediondos, que veda expressamente a concessão da anistia, da graça e do indulto (Lei nº 8.072/90, art. 2º, I), a Lei nº 9.455/97 proíbe apenas a graça e a anistia. Em face da omissão da proibição do indulto, parte da doutrina sustenta que, por se tratar de norma especial e posterior, o art. 2º, I, terceira figura, da Lei nº 8.072/90, teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 9.455/97. Logo, condenados pela prática de crimes hediondos, tráfico de drogas e terrorismo também fariam jus ao indulto.[68]

A despeito desse entendimento doutrinário, sob o argumento de que a proibição do indulto decorre diretamente da Constituição Federal, que, ao vedar a graça em seu art. 5º, XLIII, também estaria por vedar implicitamente o indulto, há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é vedada a concessão de indulto aos condenados pela prática do crime de tortura, ou qualquer outro crime hediondo e equiparado.[69]

Por fim, em relação ao chamado **indulto humanitário,** ou seja, aquele concedido por razões

64. No sentido de que o inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 retira seu fundamento de validade diretamente do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, destacando, ademais, que o art. 5º, XLIII, da Constituição, que proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie, nos crimes hediondos definidos em lei, não conflita com o art. 84, XII, da Lei Maior: STF, Pleno, HC 90.364/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31/10/2007, DJe 152 29/11/2007.

65. STF, 1ª Turma, HC 81.565/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/02/2002, DJ 22/03/2002. No sentido de não ser possível o deferimento de indulto a acusado condenado por tráfico ilícito de drogas, ainda que tenha sido aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, já que remanesce a tipicidade do crime: STJ, 6ª Turma, HC 167.825/MS, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora convocada do TJ/PE –, j. 16/08/2012.

66. No sentido de que anistia, indulto, graça e comutação de pena constituem objeto do exercício do poder discricionário do Presidente da República, cujo Decreto pode, observando as limitações constitucionais, prever a concessão do benefício apenas a condenados que preencham certas condições ou requisitos: STF, 2ª Turma, HC 96.431/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14/04/2009, DJe 089 14/05/2009.

67. STF, 1ª Turma, HC 103.618/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24/08/2010, DJe 213 05/11/2010. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 81.567/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19/02/2002, DJ 05/04/2002; STF, 2ª Turma, HC 81.402/SC, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 18/12/2001, DJ 31/05/2002; STF, 1ª Turma, HC 81.410/SC, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 19/02/2002, DJ 21/06/2002.

68. Nesse sentido: GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura.* 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 106.

69. No sentido da inconstitucionalidade da possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, *de tortura,* terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação: STF, Pleno, ADI 2.795 MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 08/05/2003, DJ 20/06/2003.

de grave deficiência física ou em virtude de debilitado estado de saúde, prevalece na doutrina o entendimento de que a referida causa extintiva da punibilidade pode ser concedida inclusive para condenados por crimes hediondos ou assemelhados, hipótese à qual não seria aplicável a vedação do art. 2º, I, da Lei nº 8.072/90. Por força do princípio da humanidade, até mesmo condenados por crimes de especial gravidade têm o direito de padecer seu estado doentio em sossego ou de preparar-se para a morte com dignidade, notadamente nas hipóteses em que os cuidados médicos não possam ser prestados no próprio estabelecimento penal.[70] A título de exemplo, o próprio Decreto nº 7.873/12 autoriza expressamente a concessão do indulto natalino às pessoas com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito, mesmo que a condenação seja referente à prática de crime de tortura, terrorismo, tráfico de drogas e crimes hediondos (Dec. 7.873/12, art. 1º, inciso X, alínea "a", c/c art. 8º, parágrafo único).

Sem embargo do entendimento doutrinário, há precedentes da 2ª Turma do Supremo no sentido de que não é possível o deferimento de indulto humanitário a réu condenado por tráfico de drogas, ainda que tenha sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto se trata de circunstância que não altera a natureza hedionda do crime. Na visão daquele órgão colegiado, a proibição do art. 5º, XLIII, da CF, seria aplicável ao indulto individual e ao indulto coletivo.[71]

6. LIBERDADE PROVISÓRIA.

A liberdade provisória funciona como medida cautelar que permite ao investigado (ou acusado) permanecer em liberdade durante o curso da persecução penal, desde que cumpra determinados vínculos. O direito à liberdade provisória tem fundamento constitucional no art. 5º, inciso LXVI, segundo o qual *ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*. Como consectário lógico da regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência, cuida-se de verdadeiro direito subjetivo do cidadão preso frente ao Estado, quando ausentes razões de cautela, e não de um poder discricionário atribuído ao juiz, que não pode impor uma prisão cautelar sem a necessária motivação judicial.[72]

Antes do advento da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória funcionava apenas como uma medida de contracautela que substituía a prisão em flagrante – nunca a preventiva e a temporária, com as quais era incompatível –, se presentes determinados pressupostos e sob determinadas condições de manutenção da liberdade. Funcionava, pois, tão somente como sucedâneo da prisão em flagrante. Nessa hipótese, em que a liberdade provisória funciona como medida de contracautela, que ainda subsiste com o advento da Lei nº 12.403/11 (CPP, art. 310, III), o acusado posto em liberdade fica submetido a certas obrigações que o vinculam ao processo e ao juízo, com o escopo de assegurar sua presença aos atos do processo sem a necessidade de que permaneça privado de sua liberdade. Daí se dizer que é provisória, pois a liberdade não é definitiva, encontrando-se sujeita a condições resolutórias, que podem acarretar sua revogação.

Quando a liberdade provisória funciona como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante, é errado dizer que a revogação da liberdade provisória acarreta a restauração de anterior prisão em flagrante. É evidente que o descumprimento das obrigações a que o agente ficou submetido acarretará a revogação da liberdade provisória. Mas isso não significa dizer que haverá o necessário e obrigatório recolhimento à prisão. Na verdade, no caso de descumprimento das obrigações impostas, cabe ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 282, § 4º). Destarte, descumprida a obrigação assumida pelo agente por ocasião da concessão da liberdade provisória, não há falar em restauração de flagrante, até mesmo porque o próprio art. 310, inciso II, do CPP, demonstra que a finalidade cautelar do flagrante esgota-se precisamente na sua função probatória.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória deixa de funcionar tão somente como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante e passa a ser também medida autônoma, que visa evitar justamente a decretação de qualquer estado prisional. Apesar de o legislador não se valer dessa expressão no art. 319 do CPP, fica evidente que a liberdade provisória agora também pode ser adotada como providência cautelar autônoma, com a imposição de uma ou

70. LEAL, João José. A Lei nº 8.072/90 – LCH e a proibição do indulto humanitário, *Boletim IBCCrim*, nº 147, fevereiro de 2005.

71. STF, 2ª Turma, HC 118.213/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/05/2014, DJe 149 01/08/2014.

72. Nessa linha: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes constitucionais da liberdade provisória*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 99.

mais das medidas cautelares diversas da prisão ali elencadas. Veja-se que tais medidas cautelares são alternativas à prisão, podendo ser impostas mesmo se o acusado estiver em liberdade desde o início da persecução penal, como condição para que assim permaneça. Essa liberdade provisória, aliás, pode ser convertida em prisão preventiva, *ex vi* do art. 312, parágrafo único, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas ao acusado.

Tal modificação da natureza jurídica da liberdade provisória é confirmada pela própria colocação da fiança dentre as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319, VIII). Isso confirma que, doravante, a fiança pode ser concedida independentemente de prévia prisão em flagrante, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória (CPP, art. 334), quando o juiz verificar sua necessidade para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

A nova redação do art. 321 do CPP também comprova essa nova natureza emprestada à liberdade provisória. Inserido que está no Capítulo VI – "Da liberdade provisória com ou sem fiança" –, o art. 321 prevê que o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código, quando considerar que tais medidas são suficientes para produzir o mesmo resultado que a prisão preventiva – garantia de aplicação da lei penal, tutela da investigação ou da instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.[73]

Em síntese, por força das mudanças produzidas no CPP pela Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória deixa de ser tratada apenas como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante, e passa a ser dotada também de feição cautelar, desempenhando o mesmo papel que é atribuído à prisão cautelar, porém com menor grau de sacrifício da liberdade de locomoção do agente. Sua aplicação pode se dar de duas formas:[74]

a) poderá o juiz condicionar a manutenção da liberdade do acusado ao cumprimento de uma das medidas elencadas no art. 319, sob pena de decretar a prisão preventiva, quer originalmente (art. 311/c/c art. 312), quer como sanção processual, justificada pela verificada insuficiência da medida menos gravosa para proteção do interesse ameaçado (CPP, art. 282, I), decorrente do descumprimento da providência cautelar alternativa (CPP, art. 282, § 4º);

b) poderá o juiz substituir anterior prisão em flagrante, preventiva ou temporária, por uma das medidas cautelares diversas da prisão arroladas no art. 319, que funcionarão como alternativas para obviar a providência extrema, somente justificada ante a constatação de que essa medida seja igualmente eficaz e idônea para alcançar os mesmos fins (CPP, art. 282, I), porém com menor custo para a esfera de liberdade do indivíduo.

6.1. Liberdade provisória com ou sem fiança, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão.

Como deixa entrever a própria Constituição Federal (art. 5º, LXVI), há, fundamentalmente, duas espécies de liberdade provisória: com ou sem fiança. Desde que evidenciado o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, ambas podem ser concedidas com a aplicação cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão recentemente introduzidas nos arts. 319 e 320 do CPP pela Lei nº 12.403/11: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória, fiança, monitoração eletrônica e retenção do passaporte quando for determinada a proibição de se ausentar do país.

Nos termos legais, a fiança deve ser compreendida como o pagamento em dinheiro ou a entrega de valores ao Estado, de modo a assegurar ao investigado ou acusado o direito de permanecer em liberdade durante o curso da persecução penal. Seja como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante (CPP, art. 310, III), seja como medida cautelar autônoma concedida ao acusado que estava em liberdade plena (CPP, art. 319, VIII), a fiança tem como finalidade precípua assegurar o cumprimento das obrigações processuais do acusado, na medida em que este, pelo menos em tese, tem interesse em se apresentar, em caso de condenação, para obter a devolução da caução.

73. Mesmo antes do advento da Lei nº 12.403/11, Antônio Scarance Fernandes já criticava a natureza jurídica de contracautela atribuída pela doutrina majoritária à liberdade provisória: *A fiança criminal e a Constituição Federal, Justitia,* Revista da Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo: s.e., nº 155, 1991, p. 30. Com entendimento semelhante: ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira; BAZ, Marco Antônio Garcia. *Fiança criminal e liberdade provisória.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

74. Nessa linha: CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 146.

Com as mudanças produzidas pela Lei nº 12.403/11, houve uma ampliação das hipóteses de admissibilidade de concessão de liberdade provisória com fiança, porquanto o art. 323 do CPP limitou-se a incorporar ao Código de Processo Penal apenas as vedações constitucionais à fiança (racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos e crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático), sendo que o art. 324 do CPP deixou de prever qualquer requisito relacionado com a quantidade de pena para considerar o crime inafiançável.

Por outro lado, com a reforma processual produzida pela Lei nº 12.403/11, o Código de Processo Penal passou a prever a liberdade provisória sem fiança e com vínculos apenas nas seguintes hipóteses:

a) **liberdade provisória sem fiança nas hipóteses de descriminantes:** de acordo com o art. 310, §1º, do CPP, renumerado pela Lei n. 13.964/19, se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Código Penal – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito –, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. Por força de interpretação extensiva, também se admite a concessão dessa liberdade provisória nas hipóteses de exclusão da ilicitude previstas na Parte Especial do Código Penal (v.g., art. 128, incisos I e II; art. 142, incisos I, II e III; art. 146, § 3º, incisos I e II; art. 150, § 3º, incisos I e II, etc.). Apesar de o dispositivo legal usar a expressão *o juiz poderá*, não se trata de mera faculdade do juiz, mas sim de direito público subjetivo do acusado, a ser concedido se presentes os pressupostos legais.[75] Em que pese o art. 310, §1º, do CPP, fazer menção à expressão "se o juiz verificar", não é necessário que o juiz tenha absoluta convicção de que o agente tenha praticado o fato acobertado por uma causa excludente da ilicitude. Por se tratar de medida de contracautela, não é necessário um juízo de certeza em relação ao *fumus comissi delicti*, bastando a probabilidade de que a descriminante esteja presente. Somente ao final do processo condenatório é que o juiz irá acertar a certeza da ocorrência ou não da excludente de ilicitude. O art. 310, §1º, do Código de Processo Penal, limitou a concessão da liberdade provisória às causas excludentes da ilicitude, silenciando, todavia, quanto às causas excludentes da culpabilidade. Esse silêncio, no entanto, não deve ser compreendido como um silêncio eloquente, a significar que, em hipótese alguma, a liberdade provisória sem fiança possa ser concedida diante de causa excludente da culpabilidade. Na verdade, ressalvada a hipótese de inimputabilidade do art. 26, *caput*, do Código Penal, esta liberdade provisória sem fiança do art. 310, parágrafo único, do CPP, também é aplicável quando o juiz verificar pelas provas constantes do auto de prisão em flagrante ter o agente praticado o fato acobertado por uma causa excludente da culpabilidade, como obediência hierárquica, coação moral irresistível, inexigibilidade de conduta diversa, etc. Ora, se o próprio Código de Processo Penal autoriza a absolvição sumária do agente quando o juiz verificar a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (CPP, art. 397, II), seria de todo desarrazoado negar-se a concessão de liberdade provisória em tal hipótese. Por fim, atente-se para o indispensável cotejo do art. 310, §1º, com o disposto no art. 314, ambos do CPP, segundo o qual a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato ao abrigo de uma causa excludente da ilicitude. Da comparação entre os dois dispositivos, conclui-se que, mesmo que o agente deixe de comparecer a determinado ato do processo, a liberdade provisória concedida com fundamento no art. 310, §1º, do CPP, não poderá ser revogada, pois incabível a prisão preventiva. A rigor, então, diante da impossibilidade de revogação da liberdade provisória do art. 310, §1º, do CPP, já que incabível a decretação da preventiva, não estamos diante de regime cautelar de liberdade provisória, porquanto ausente qualquer força coercitiva a impor o comparecimento do agente aos atos processuais;

b) **Liberdade provisória sem fiança por motivo de pobreza**: de acordo com o art. 350, *caput*, do CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11, nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória sem fiança, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 e a outras medidas cautelares, se for o caso. Réu pobre não é necessariamente o mendigo ou o indigente. O conceito de miserabilidade pode ser extraído

75. Carlos Maximiliano observa que, às vezes, as palavras *pode* e *deve* nem sempre são entendidas na acepção ordinária: "Se ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico, atinge, às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, *pode* assume as proporções e o efeito de *deve*" (*Hermenêutica e aplicação do direito*, Freitas Bastos, 1961, p. 336).

do art. 32, § 1º, do CPP: "Considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família". O ônus da prova quanto à situação de pobreza é do requerente. Por força do art. 350 do CPP, desde que o crime seja afiançável, e o agente não possa prestar a fiança por motivo de pobreza, pode o juiz, e somente ele, conceder ao preso liberdade provisória sem fiança, mas com as mesmas obrigações da fiança: a) comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento; b) o acusado afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante; c) o acusado afiançado não poderá ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, o juiz poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Comparando-se a antiga redação do art. 350, *caput*, do CPP, com a nova, dada pela Lei nº 12.403/11, percebe-se que o legislador não fez menção expressa no referido dispositivo à prática de nova infração penal como causa de revogação do benefício. Esse silêncio não deve ser tido como um silêncio eloquente, no sentido de se entender que, doravante, a prática de outra infração penal não acarretará a revogação do benefício. Em que pese o esquecimento do legislador, se o beneficiado posto em liberdade por força do art. 350, *caput*, do CPP, volta a praticar nova infração penal, fica evidente que a concessão do benefício da liberdade provisória sem fiança não está sendo suficiente para tutelar a eficácia do processo, daí por que deve haver a substituição por outra medida cautelar, ou, em último caso, a conversão em prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único, do CPP;

Para as demais hipóteses, o juiz poderá conceder liberdade provisória, impondo as medidas cautelares previstas no art. 319, observados os critérios de necessidade e adequação do art. 282, I e II, do CPP, quando considerar que tais medidas são suficientes para produzir o mesmo resultado que a prisão preventiva (CPP, art. 321, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11). Em caso de descumprimento injustificado de alguma das obrigações ou medidas cautelares impostas, o juiz poderá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos do art. 312 do CPP.

6.2. Liberdade provisória proibida à luz do princípio tácito da individualização da prisão.

Inúmeros dispositivos constitucionais e legais vedam a liberdade provisória, ora com e sem fiança, ora apenas com fiança:

a) o art. 31 da Lei nº 7.492/86 veda a concessão de liberdade provisória *com fiança* aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional;

b) a prática do racismo, previsto na Lei nº 7.716/89, constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (CF, art. 5º, LXII, c/c art. 323, I, do CPP);

c) a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (CF, art. 5º, XLIII, c/c art. 323, II, do CPP);

d) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, com moldura na Lei nº 7.170/83, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, constitui crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLIV, c/c art. 323, III, do CPP);

e) o art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, em sua redação original, vedava a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos crimes hediondos e equiparados. Posteriormente, a lei dos crimes hediondos foi alterada pela Lei nº 11.464/07, passando a vedar tão somente a concessão de liberdade provisória com fiança (art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90);

f) o art. 7º da revogada Lei nº 9.034/95 vedava a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança aos agentes que tivessem intensa e efetiva participação na organização criminosa: a nova Lei das Organizações Criminosas não tem dispositivo expresso proibitivo da concessão de liberdade provisória;

g) o art. 1º, § 6º, da Lei nº 9.455/97, veda a concessão de liberdade provisória com fiança ao crime de tortura;

h) o art. 3º da Lei nº 9.613/98, em sua redação original, vedava a concessão de liberdade provisória com e sem fiança aos crimes de lavagem de capitais. Ocorre que a Lei nº 12.683/12, com vigência em 10 de julho de 2012, revogou o art. 3º da Lei nº 9.13/98. Logo, referido delito passa a admitir,

em tese, a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com as medidas cautelares diversas da prisão (v.g., suspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira);

i) os arts. 14, parágrafo único, 15, parágrafo único, e 21, todos da Lei nº 10.826/03, vedavam a concessão de liberdade provisória em relação a certos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento;[76]

j) o art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 veda a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37 da referida lei;[77]

k) nos exatos termos do art. 12-C, §2º, da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), incluído pela Lei n. 13.827/19, nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso;

l) consoante disposto no art. 310, §2º, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19, se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

A questão tormentosa acerca de todos esses dispositivos é a seguinte: pode a lei ordinária vedar, de maneira peremptória, a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança? Pode o legislador ordinário, independentemente de verificação pelo Poder Judiciário da necessidade de manutenção da prisão cautelar, estabelecer de forma genérica e absoluta que determinado delito é insuscetível de liberdade provisória, estabelecendo verdadeira prisão *ex lege* para aquele que foi preso em flagrante?

Em relação aos crimes inafiançáveis listados pela própria Constituição – racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, os definidos como crimes hediondos e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático –, não há maiores discussões quanto ao não cabimento de fiança, o que foi inclusive reforçado com a nova redação do art. 323, incisos I, II e III. Em relação a esses delitos, não cabe liberdade provisória com fiança, por imposição do próprio legislador constituinte originário.

Mas e a liberdade provisória sem fiança, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão? Poderia o legislador ordinário vedá-la peremptoriamente? Ao longo dos anos, sempre prevaleceu o entendimento de que não haveria qualquer inconstitucionalidade nos citados dispositivos, sobretudo em virtude do teor da própria Constituição, segundo a qual ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei* admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (CF, art. 5º, LXVI). Como o constituinte delegou ao legislador a possibilidade de conceder (ou não) a liberdade provisória, a ele seria conferida certa discricionariedade para vedá-la em relação a crimes mais graves, sobretudo hediondos e equiparados. Assim, se a lei vedava a concessão de liberdade provisória, fazendo uso do permissivo constitucional, não haveria razão para se questionar a validade do dispositivo legal.[78]

Ademais, havia quem dissesse que, nas hipóteses em que a própria Constituição Federal veda a concessão de fiança, também estaria vedada, por consequência, a concessão de liberdade provisória sem fiança. A título de exemplo, no julgamento do HC 93.302/SP, a 1ª Turma do Supremo concluiu que a proibição de liberdade provisória nos casos de crimes hediondos e equiparados decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (art. 5º, inc. XLIII). Logo, seria irrelevante a existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados, considerando-se suficiente para impedir a concessão da liberdade provisória a menção ao art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e ao art. 44 da Lei nº 11.343/06.[79]

76. Vide adiante comentário quanto à ADI 3.112/DF.

77. Vide abaixo comentários acerca da decisão proferida pelo Plenário do Supremo no HC 104.339.

78. É essa a posição de Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antônio Garcia Baz: *Fiança criminal e liberdade provisória*. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 72-73. Com raciocínio semelhante: BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, pp. 235-236. No sentido de que a vedação à concessão do benefício da liberdade provisória prevista no art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 é fundamento suficiente para o impedimento da concessão do benefício ao paciente: STF, 2ª Turma, HC 86.814/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 26/05/2006, p. 38.

79. STF, 1ª Turma, HC 93.302/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 83 09/05/2008. Com posição semelhante: STF, 1ª Turma, HC 97.883/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 152 13/08/2009; STF, 1ª Turma, HC 97.463/MG, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 218 19/11/2009; STF, 1ª Turma, HC 108.652/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09/08/2011, DJe 172 06/09/2011; STF, 1ª Turma, HC 109.236/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13/12/2011, DJe 032 13/02/2012. No sentido de que a vedação de liberdade provisória em relação a crimes hediondos e equiparados estabelece caso de prisão cautelar de necessidade presumida *iuris et de iure*, na hipótese de prisão decorrente de flagrante delito: Informativo nº 349 do STJ: 6ª Turma, HC 93.591/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 27/03/2008. Com posição semelhante: STF, 1ª Turma, AgReg no HC 85711-6/ES, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; STF, 1ª Turma, HC 86118-1/DF, Rel. Ministro Cezar Peluso; STF, 1ª Turma, HC 83468-0/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, 2ª Turma, HC 82695-4/RJ, Rel. Ministro Carlos Velloso; STJ, 5ª Turma, HC 85.682/RO, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18/02/2008 p. 50. Na mesma trilha, segundo o informativo nº 387 do STJ (HC 124.535/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/03/2009), a 5ª Turma do STJ vinha considerando que a proibição da concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do delito de tráfico de drogas está prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que é, por

Esse entendimento, todavia, foi sendo gradativamente modificado. Isso porque, em virtude do princípio da unidade da Constituição, o inciso LXVI do art. 5º da Carta Magna não pode ser interpretado de maneira isolada dos demais dispositivos constitucionais que cuidam da prisão cautelar. Em outras palavras, apesar de o inciso LXVI do art. 5º da Carta Magna parecer deixar nas mãos do legislador ordinário a discricionariedade para vedar (ou não) a concessão da liberdade provisória, não se pode perder de vista que a mesma Constituição contempla o princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), bem como a regra de que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória tem natureza cautelar, ficando sua decretação condicionada à ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI).

Em outras palavras, ao se restringir a liberdade provisória em relação a determinado delito, estar-se-ia estabelecendo hipótese de prisão cautelar obrigatória, em clara e evidente afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade. De mais a mais, ao se vedar de maneira absoluta a concessão da liberdade provisória, tais dispositivos legais estariam privando o magistrado da análise da necessidade da manutenção da prisão cautelar do agente, impondo verdadeira prisão *ex lege*. Criar-se-ia, então, um juízo prévio e abstrato de periculosidade, feito pelo Legislador, retirando do Poder Judiciário o poder de tutela cautelar do processo e da jurisdição penal, que só pode ser realizado pelo magistrado a partir dos dados concretos de cada situação fática.

Ora, se o ato de prender em flagrante delito, constatada a situação de flagrância, está autorizado pela Constituição Federal, a manutenção da prisão em flagrante se baseia em necessidade cautelar, cuja análise deve ser feita pela autoridade judiciária competente (CF, art. 5º, LXI). Daí ser impossível se deferir ao legislador a análise da necessidade da prisão cautelar, afastando do Poder Judiciário o poder geral de cautela que lhe é inerente. Não é dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória. A manutenção da prisão em flagrante deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos que dão legitimidade à medida.

A própria redação conferida ao art. 310 do CPP pela Lei nº 12.403/11 confirma que a prisão em flagrante deixa de ser motivo para que alguém permaneça preso durante toda a persecução penal, o que se afigura correto, porquanto a finalidade cautelar do flagrante, no tocante a seu caráter processual, esgota-se precisamente na sua função probatória. Para que o acusado possa permanecer preso, para além da evidência da prova do crime e de indícios de autoria (*fumus comissi delicti*), decorrentes da prisão em flagrante delito em si, deve-se acrescentar outra e nova fundamentação, confirmando a imprescindibilidade da constrição à liberdade de locomoção a partir da presença do suporte fático e normativo autorizadores da prisão preventiva à luz do art. 282, I, do CPP (*periculum libertatis*). Deve o magistrado, por conseguinte, ao receber cópia do auto de prisão em flagrante, examinar não só a legalidade da medida – para fins de eventual relaxamento da prisão (CPP, art. 310, inciso I) –, como também se há algum motivo que justifica a conversão fundamentada da prisão em flagrante em preventiva (ou temporária).

Quando o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, de modo algum afirma que o acusado deva, ao longo da fase investigatória e judicial, permanecer em liberdade e que nenhuma tutela cautelar possa recair sobre ele. Afinal, a própria Constituição Federal permite a prisão cautelar nos casos de flagrante delito, bem como *por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente* (CF, art. 5º, LXI).

Na verdade, o que se pode extrair do princípio da presunção de inocência é a premissa básica de que a liberdade do acusado, ao longo do processo penal, configura a regra geral; a permanência do acusado preso, a exceção. Outra premissa que decorre do citado princípio é a de que as prisões cautelares não são com ele incompatíveis, desde que preservem seu caráter excepcional, não percam sua qualidade instrumental, estando a necessidade da segregação cautelar devidamente demonstrada em decisão fundamentada da autoridade judiciária competente, à luz das hipóteses listadas nos arts. 312 e 313 do CPP. Não se pode admitir, pois, que medidas de cautela percam seu caráter instrumental, transformando-se em mecanismos de coerção pessoal a funcionar como cumprimento antecipado de pena.[80]

si só, fundamento suficiente por se tratar de norma especial em relação ao antigo parágrafo único do art. 310 do CPP.

80. Nessa linha: STF, 2ª Turma, HC nº 80.379/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/05/2001.

Dispositivos que vedam peremptoriamente a concessão de liberdade provisória a quem foi preso em flagrante, sem determinar ao mesmo tempo uma prisão preventiva obrigatória para aqueles que estão respondendo ao processo em liberdade, criam uma situação no mínimo inusitada. Isso porque aquele que praticou o crime e foi preso em flagrante, quiçá inclusive porque não tinha a intenção de se esquivar à aplicação da lei penal, irá permanecer preso ao longo do processo em virtude da vedação à concessão da liberdade provisória. Por outro lado, se o mesmo agente tivesse fugido para evitar o flagrante, poderia responder ao processo em liberdade, caso o juiz entendesse que não havia hipótese que autorizasse sua prisão preventiva. Parece-nos incompreensível essa desigualdade de tratamento.

A se admitir que a lei vede peremptoriamente a liberdade provisória, independentemente de qualquer análise pelo poder judiciário da necessidade de manutenção da prisão cautelar, restaurar-se-á, de maneira transversa, a famigerada prisão preventiva obrigatória, de triste lembrança, revogada do Código de Processo Penal com a edição da Lei nº 5.349/67. Como observa Maurício Zanoide de Moraes, a proibição da liberdade provisória "tem, a bem se ver, a mesma finalidade político-repressiva e inconstitucional da prisão obrigatória da redação original do art. 312, dela se diferenciando apenas porque, ao contrário de determinar a prisão de forma obrigatória, proíbe a liberdade provisória de forma impositiva. É modo diverso de se cumprir a mesma finalidade inconstitucional: negar o direito à liberdade provisória e, com isso, violar a presunção de inocência por antecipação automática de pena e sem possibilidade de exame judicial de proporcionalidade e justificação constitucional conforme o caso concreto".[81]

Do mesmo modo, infirmar-se-ia a natureza cautelar da prisão provisória, pois a negativa de concessão da liberdade provisória resultaria na manutenção de alguém no cárcere sem que houvesse qualquer necessidade (CPP, art. 282, I). Em síntese, em um Estado Democrático de Direito, que assegura o princípio da presunção de não culpabilidade, já não há mais espaço para decisões como "*indefiro a liberdade provisória com fundamento no art. 44, caput, da Lei nº 11.343/06*". Definitivamente não. Se o juiz entende que o acusado deve ser mantido preso, deve demonstrar a necessidade da privação cautelar de sua liberdade de locomoção.[82]

Exatamente por tais motivos, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de que o fato de o crime ser hediondo, por si só, não impede a concessão da liberdade provisória, na medida em que qualquer prisão imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser dotada de natureza acautelatória, só pode ser determinada excepcionalmente, e, quando estiver demonstrada sua necessidade a partir de dados concretos constantes dos autos. Em caso concreto no qual o jornalista P.N. era acusado de matar sua namorada, também jornalista, concluiu o Supremo que a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade, e não por conta do clamor social provocado pelo delito. Para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, a prisão preventiva impõe, além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria), que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do acusado.[83]

Outra decisão importante acerca do assunto foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF, cujo pedido foi julgado procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do art. 21, todos da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento). Em relação aos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 da Lei nº 10.826/03, que proibiam o estabelecimento de fiança para os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de disparo de arma de fogo, respectivamente, considerou o Supremo desarrazoada a vedação, ao fundamento de que tais delitos não poderiam ser equiparados a terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII). Asseverou-se, ademais, cuidar-se, na verdade, de crimes de mera conduta que, embora impliquem redução no nível de segurança coletiva, não podem ser igualados aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. Quanto ao art. 21 da Lei nº 10.826/03, que previa serem insuscetíveis de liberdade provisória os delitos capitulados nos artigos 16 (posse

81. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 431.

82. STJ, 5ª Turma, HC 38.466/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 13/12/2004 p. 400.

83. STF, 2ª Turma, HC 80.719/SP, Rel. Min. Celso de Melo, DJ 28/09/2001 p. 37.

ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo), entendeu-se haver afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (CF, art. 5º, LVII e LXI). Ressaltou-se que, não obstante a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, liberando-se a franquia para os demais delitos, a Constituição não permite a prisão *ex lege*, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV).[84]

A 2ª Turma do Supremo trilhou o mesmo caminho ao apreciar o disposto no art. 7º da revogada Lei nº 9.034/95. Em que pese a revogada Lei nº 9.034/95 ter sido editada em decorrência da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de gravíssima ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência. Independentemente da gravidade do delito, a vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é incompatível com a presunção de inocência e a garantia do *due process*, vez que o legislador não pode se substituir ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal. O magistrado, no entanto, sempre poderá, presente situação de real necessidade, evidenciada por fatos que deem concreção aos requisitos previstos nos arts. 312 e 313 do CPP, decretar, em cada caso, quando tal se mostrar imprescindível, a prisão cautelar da pessoa sob persecução penal.[85]

Como desdobramento natural dessa posição jurisprudencial que vinha se firmando nos Tribunais Superiores, foi editada a Lei nº 11.464/07, que, ao modificar a Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, II), passou a admitir expressamente a concessão de liberdade provisória sem fiança aos crimes hediondos e equiparados.[86] Por suprimir a anterior proibição de liberdade provisória (sem fiança), encontra-se superado o enunciado da Súmula nº 697 do Supremo ("A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo").

Apesar do inconformismo de diversos setores da sociedade e da mídia diante da nova redação da lei dos crimes hediondos, a modificação foi extremamente salutar. Isso porque, ao se permitir em tese a concessão de liberdade provisória sem fiança aos autores de crimes hediondos, de modo algum se está afirmando que todo e qualquer autor de crime hediondo e equiparado será colocado em liberdade. Na verdade, admite-se a análise da imprescindibilidade da manutenção da prisão cautelar do indivíduo, devendo o juiz apontar de maneira fundamentada a hipótese do art. 312 do CPP que justifica sua segregação, ou, caso contrário, que seja concedida ao preso a liberdade provisória sem fiança, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão.

Diante da nova redação dada à Lei dos Crimes Hediondos pela Lei nº 11.464/07, dispositivos como os do art. 7º da revogada Lei nº 9.034/95, art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.613/98 – hoje revogado pela Lei nº 12.683/12 –, e art. 44 da Lei nº 11.343/06, foram derrogados no tocante à vedação à concessão de liberdade provisória sem fiança. De fato, se, pelo menos em tese, admite-se liberdade provisória sem fiança para um crime hediondo de homicídio qualificado, latrocínio, ou estupro, como se justificar a negativa da concessão de tal benefício a crimes menos graves, como, por exemplo, o tráfico de drogas? Reiteramos o quanto foi dito acima: de modo algum está se dizendo que todo e qualquer agente preso em flagrante por um desses delitos será necessária e automaticamente posto em liberdade. Afirma-se na verdade que, pelo menos em tese, será cabível a concessão da liberdade provisória, ficando a manutenção da prisão do agente condicionada à existência de decisão judicial devidamente fundamentada, que aponte a necessidade de sua segregação cautelar.

Com o advento da Lei nº 11.464/07, em vigor desde 29 de março de 2007, foi suprimida a

84. STF, Pleno, ADI 3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU 26/10/2007, p. 28.

85. Medida cautelar deferida no HC 94.404/SP: Informativo nº 516 do STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 26/08/08. Também no sentido de que a prisão preventiva só pode ser decretada se expressamente justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, sendo inviável, pois, que a simples referência ao art. 7º da revogada Lei nº 9.034/95 sirva como justificativa idônea para a manutenção da custódia cautelar: STJ, 5ª Turma, REsp 772.504/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12/09/2006, DJ 20/11/2006, p. 357.

86. A Lei nº 11.464/07 limitou-se a reproduzir entendimento que já vinha se consolidando perante os tribunais, *in verbis*: "A simples alegação da natureza hedionda do crime cometido pelo agente do delito não é, de per si, justificadora do decreto de segregação cautelar, devendo, também, a autoridade judicial devidamente fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal". (STJ, 5ª Turma, HC 51.438/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 12/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 479).

proibição de concessão de liberdade provisória sem fiança aos crimes hediondos e equiparados, então prevista no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90. Mas a Lei nº 11.464/07 também derrogou em parte o art. 44 da Lei nº 11.343/06, seja porque com ela é incompatível, seja porque cuidou inteiramente da matéria. O princípio a ser aplicado à hipótese é, portanto, o da posterioridade, segundo o qual lei posterior revoga a anterior. Não se pode aplicar o princípio da especialidade, porquanto este pressupõe a vigência concomitante de duas ou mais leis, aparentemente aplicáveis ao caso concreto.[87]

Também não se pode concordar com o argumento de que a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos e assemelhados decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição à legislação ordinária, a não ser que se admita equivocadamente que há uma única hipótese de liberdade provisória em nosso ordenamento jurídico, a saber, a liberdade provisória *com fiança*.

Quando a Constituição se refere à inafiançabilidade para determinados delitos, a única conclusão que se pode extrair é a vedação da concessão de liberdade provisória *com fiança*. Não há falar em proibição de aplicação da liberdade provisória *sem fiança*, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão (à exceção da fiança), na medida em que não houve referência expressa na Constituição – e é a própria Constituição que reconhece a existência do regime de liberdade provisória *com ou sem fiança* (art. 5º, LXVI). A impossibilidade de concessão de fiança a que se refere a Constituição Federal quer significar apenas que a lei infraconstitucional não pode prever como condição suficiente para a concessão da liberdade provisória o mero recolhimento da fiança.

Por isso, a prisão em flagrante não pré-exclui o benefício da liberdade provisória, mas, tão-só, a fiança como ferramenta da sua obtenção. Há de se considerar inválida, portanto, homologação de prisão em flagrante na qual o juiz se limite a negar a concessão de liberdade provisória com base, apenas, no art. 44 da Lei nº 11.343/06, já que o juiz está submetido ao **princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena)**, daí por que é obrigado a fundamentar a necessidade da manutenção do cárcere à luz das hipóteses previstas nos arts. 312 e 313 do CPP.[88]

Um último argumento em favor da concessão de liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas não pode ser ignorado: em recente decisão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão *vedada a conversão em penas restritivas de direitos*, constante do § 4º do art. 33, e do art. 44, ambos da Lei 11.343/2006. Sob o argumento de que a vedação, em abstrato, da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é incompatível com o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), foi concedida a ordem em habeas corpus não para assegurar ao paciente a imediata substituição, mas para remover o obstáculo da Lei nº 11.343/06, devolvendo ao juiz da causa a tarefa de aferir a presença das condições objetivas e subjetivas listadas no art. 44 do Código Penal.[89]

Ora, se a Suprema Corte entende que, mesmo em relação ao tráfico de drogas, as penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere, conferindo ao juiz natural da causa poderes para que, em tese, verifique se, no caso concreto, a pena alternativa se apresenta como a reprimenda suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, além de inibir condutas de igual desvalia, como não se lhe deferir, também, a possibilidade de conceder liberdade provisória ao acusado? Sob pena de manifesta violação ao princípio da proporcionalidade, porquanto alguém seria mantido preso

87. Nessa linha: GOMES, Luiz Flávio. *"Para Primeira Turma do STF os "inimigos" devem ser processados sem garantias"*. Disponível em http://www.iuspedia.com.br. Consulta feita em 11 abril de 2008. Com entendimento semelhante: PACELLI (2008, p. 452). E ainda: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

88. STF, 2ª Turma, HC 101.505/SC, Rel. Min. Eros Grau, j. 15/12/2009, DJe 27 11/02/2010. Com raciocínio idêntico: STF, 2ª Turma, HC 97.579/MT, Rel. Min. Eros Grau, j. 02/02/2010, DJe 86 13/05/2010; STF, 2ª Turma, HC 96.041/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2010, DJe 67 15/04/2010; STF, 2ª Turma, HC 98.966/SC, Rel. Min. Eros Grau, j. 02/02/2010, DJe 76 29/04/2010; STF, 2ª Turma, HC 103.595/SP, Rel. Min. Ayres Britto, j. 07/02/2012, DJe 072 12/04/2012; STF, 2ª Turma, HC 111.166/MT, Rel. Min. Ayres Britto, j. 13/12/2011, DJe 73 13/04/2012. Admitindo a concessão de liberdade provisória à cidadã presa em flagrante com pequena quantidade de maconha quando visitava o marido na penitenciária, por se tratar de acusada primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, acometida de doença contagiosa (AIDS), sendo dela economicamente dependente uma filha: STF, 2ª Turma, HC 94.916/RS, Rel. Min. Eros Grau, j. 30/09/2008, DJe 236 11/12/2008. Com raciocínio semelhante: Informativo nº 566 do STF: 2ª Turma, HC 100.742/SC, Rel. Min. Celso de Mello, 03/11/2009. No sentido de que a simples invocação do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 e a menção à quantidade de droga apreendida não são suficientes para o indeferimento do pedido de liberdade provisória, quando ausente a demonstração dos requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e, principalmente, se duvidosa a autoria do crime: STJ, 6ª Turma, HC 170.005/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30/06/2010, DJe 16/08/2010.

89. Informativo nº 598 do STF: Tribunal Pleno, HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 1º/09/2010. Por consequência, foi editada a Resolução nº 5 do Senado Federal, publicada em 15/02/2012, cujo art. 1º dispõe: "É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 200, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.25/RS".

(ante a negativa de liberdade provisória) durante o processo para, ao final, ter sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, há de se concluir pela possibilidade, em tese, de concessão de liberdade provisória em relação ao delito de tráfico de drogas.

Pondo fim a toda essa controvérsia, em julgamento realizado em data de 10 de maio de 2012, o Plenário do Supremo declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do *caput* do art. 44 da Lei nº 11.343/06. Perceba-se que a decisão do Supremo não garantiu a liberdade provisória ao acusado. Na verdade, limitou-se a devolver os autos ao juiz de primeiro grau competente para, afastada a vedação legal, examinar a presença dos requisitos descritos nos arts. 312 e 313 do CPP.[90]

Isso significa dizer que, doravante, não se pode impor, de forma obrigatória e antecipada, a restrição à liberdade provisória a todos os acusados de comercializar entorpecentes. Impõe-se ao magistrado que fundamente, caso a caso, a necessidade da segregação cautelar, apontando a imprescindibilidade da medida extrema com amparo em fatos existentes nos autos. A título de exemplo, a depender das particularidades do delito, é plenamente possível a decretação da prisão preventiva nas seguintes hipóteses:

a) volume e variedade da droga apreendida: por isso, em caso concreto apreciado pelo STJ, considerou-se legítima a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública em face da gravidade concreta dos crimes em tese cometidos, haja vista a elevada quantidade de droga apreendida – 108,700 kg (cento e oito quilos e setecentos gramas) de maconha;[91]

b) quantidade de agentes envolvidos e a existência de eventual organização criminosa: há de se reputar válida a decretação da prisão preventiva em caso concreto no qual interceptações telefônicas demonstrem que o agente seria gerente do tráfico de drogas na favela da Rocinha, determinando a distribuição de drogas, e negociando a aquisição de drogas e armamentos para a organização criminosa;[92]

c) alusão às evidências de real possibilidade de fuga: a evasão do distrito da culpa autoriza a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia de aplicação da lei penal;[93]

d) ameaça às testemunhas: é legítima a decretação da prisão cautelar com base na conveniência da instrução criminal em virtude de ameaças de mortes perpetradas contra as testemunhas.[94]

O que não se admite é a decretação da prisão preventiva com base na gravidade em abstrato do tráfico de drogas. Por serem demasiadamente genéricas e, portanto, passíveis de serem invocadas para qualquer conduta de traficância, afirmativas de que o delito de tráfico de drogas é grave, causa repulsa social, gera danos à saúde, destrói a vida de jovens, desestrutura famílias e dá causa ao cometimento de outros delitos, entre outras, não constituem motivação hábil a embasar a restrição cautelar da liberdade de locomoção.[95]

6.3. Infrações inafiançáveis e concessão de liberdade provisória sem fiança cumulada com as medidas cautelares diversas da prisão.

Com a entrada em vigor Lei nº 12.403/11, muito será discutido quanto à possibilidade (ou não) de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão em relação às infrações inafiançáveis previstas na Constituição Federal e na legislação ordinária. A nosso ver, em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), e a regra de tratamento que dele deriva de que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória deva ter natureza cautelar, ficando sua decretação condicionada

90. STF, Pleno, HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/05/2012. Admitindo a possibilidade de concessão de liberdade provisória em se tratando de delito de tráfico de substância entorpecente, devendo o magistrado processante, para manter a prisão, analisar, no caso concreto, se estão presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal: STF, 2ª Turma, HC 110.865/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/12/2011, DJe 239 16/12/2011. Admitindo a concessão de liberdade provisória sem fiança, sem prejuízo da imposição das cautelares diversas da prisão, a flagranteado pelo crime de tráfico de drogas: STF, 1ª Turma, HC 129.474/PR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22/09/2015. No sentido de que é possível a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas: STJ, 5ª Turma, HC 502.126/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18/06/2019, DJe 28/06/2019; STJ, 6ª Turma, RHC 111.686/AL, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11/06/2019, DJe 28/06/2019; STJ, 6ª Turma, RHC 109.799/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28/05/2019, DJe 05/06/2019; STJ, 5ª Turma, HC 463.070/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/02/2019, DJe 14/02/2019.

91. STJ, 5ª Turma, HC 233.469/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12/06/2012, DJe 19/06/2012. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 229.815/SC, Rel. Min. Og Fernandes, j. 29/05/2012, DJe 18/06/2012.

92. STJ, 6ª Turma, HC 207.111/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS –, j. 15/05/2012, DJe 13/06/2012. Com entendimento semelhante: STJ, 5ª Turma, HC 226.772/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 05/06/2012, DJe 12/06/2012.

93. STF, 1ª Turma, HC 111.022/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22/05/2012, DJe 118 15/06/2012.

94. STJ, 5ª Turma, HC 223.853/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14/02/2012, DJe 06/03/2012.

95. No sentido de que a mera alusão à gravidade do delito ou a expressões de simples apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar, sendo certo que a proibição abstrata de liberdade provisória também se mostra incompatível com a presunção constitucional de não culpabilidade: STF, 2ª Turma, HC 110.844, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 19/06/2012. No sentido de que a custódia cautelar imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige fundamentação concreta, nos termos do art. 312 do CPP: STJ, 6ª Turma, HC 235.745/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/05/2012.

à ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI), não se pode privar o magistrado da análise da necessidade (ou não) da manutenção da prisão cautelar do agente, impondo-se verdadeira prisão *ex lege*.

O próprio art. 310, inciso II, do CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11, determina que, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá o juiz fundamentadamente converter a prisão em flagrante em preventiva, se acaso presentes os requisitos constantes do art. 312 e se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Fica evidente que a manutenção da prisão daquele que fora detido em flagrante se baseia em necessidade cautelar, cuja análise deve ser feita exclusivamente pela autoridade judiciária competente à luz das particularidades infinitas que cada caso concreto pode trazer, e não o legislador, partindo de presunções que nem sempre correspondem à realidade. A conversão da prisão em flagrante em preventiva deve, necessariamente, estar calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos que dão legitimidade à medida.

Ao tratar das medidas cautelares diversas da prisão, o legislador não estabeleceu qualquer restrição à concessão dessas medidas aos crimes inafiançáveis. Portanto, quanto ao autor dessas infrações inafiançáveis, quer esteja ele em liberdade desde a prática do delito, quer tenha sido preso em flagrante, embora esteja vedada a concessão de fiança, pensamos ser perfeitamente possível a concessão de liberdade provisória cumulada com a imposição de todas as demais medidas cautelares diversas da prisão listadas no art. 319 do CPP, à exceção da fiança. A propósito, o próprio art. 321 do CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11, estabelece que o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 e observados os critérios constantes do art. 282, quando considerar que a adoção de tais medidas seja suficiente para produzir o mesmo resultado que seria produzido pela prisão preventiva, porém com menor grau de lesividade à liberdade de locomoção do agente.[96]

Aliás, firmada a premissa no sentido do cabimento da liberdade provisória sem fiança para crimes inafiançáveis (v.g., hediondos e equiparados), parece-nos que as demais medidas cautelares diversas da prisão à exceção da fiança devem ser utilizadas pelo magistrado em relação a tais delitos de modo a se evitar que o autor de um crime hediondo, por exemplo, seja colocado em liberdade com a imposição de vínculos menos rigorosos que aqueles estabelecidos para a liberdade provisória com fiança.

Explica-se: quando alguém é beneficiado com a liberdade provisória com fiança, ficará sujeito às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do CPP: comparecimento perante a autoridade todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução, proibição de mudança de residência ou de se ausentar por mais de 8 (oito) dias sem prévia autorização judicial, sob pena de quebramento da fiança. Ora, se para os crimes afiançáveis são impostos tais vínculos, seria no mínimo desarrazoado que o autor de um crime hediondo e/ou equiparado, tido por inafiançável por força da própria Constituição Federal, fosse colocado em regime de liberdade provisória sem fiança com a imposição de vínculos menos gravosos que aqueles. Haveria evidente violação não apenas ao princípio da isonomia, porquanto autores de crimes mais graves estariam recebendo tratamento mais benéfico do que autores de infrações afiançáveis, mas também ao mandamento constitucional do art. 5º, XLIII, que impõe tratamento mais severo aos crimes hediondos e equiparados.

A propósito, Rogério Schietti observa que "não será qualquer medida cautelar que poderá ser imposta ao investigado ou acusado de crime hediondo ou assemelhado, mas tão somente aquelas que lhe tragam alguma *restrição maior se comparadas com a fiança*. A não ser assim, o juiz deixará de levar em conta, ao apreciar o auto de prisão em flagrante, que o propósito do constituinte de 1988 foi o de conferir tratamento mais rigoroso – penal, processual pena e penitenciário – aos autores de crimes hediondos e assemelhados, de maneira a impingir, também no plano judicial, um rigor maior no momento de interpretar e aplicar, em casos tais, o novo sistema cautelar".[97]

96. Admitindo a adoção das medidas alternativas à prisão cautelar descritas no art. 319 do Código de Processo Penal em crimes hediondos e equiparados: STF, 2ª Turma, HC 110.844, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 19/06/2012.

97. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2011. p 45. Na mesma linha: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 222.

7. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

7.1. Regime integral fechado e o princípio da individualização da pena.

Em sua redação original, o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, dispunha que o condenado pela prática de crimes hediondos e equiparados deveria cumprir sua pena em regime integralmente fechado. Consequentemente, não era cabível a progressão de regimes.

Grande parte da doutrina sempre sustentou que essa vedação absoluta à progressão de regimes era incompatível com o princípio da individualização da pena. Como é cediço, referido princípio tem assento constitucional entre nós (art. 5º, XLVI). Segundo Alberto Silva Franco, tal princípio garante, em resumo, a todo cidadão, condenado num processo-crime, uma pena particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada. Trata-se, pois, de verdadeiro direito fundamental do cidadão posicionado frente ao poder repressivo do Estado. Por isso, segundo o autor, "não é possível, em face da ordem constitucional vigente, a cominação legal de pena, exata na sua quantidade, nem a aplicação ou execução de pena, sem intervenção judicial, para efeito de adaptá-la ao fato concreto, ao delinquente ou às vicissitudes de seu cumprimento".[98]

São três os momentos distintos em que se dá essa individualização: a) **individualização legislativa**: processo por meio do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; b) **individualização judicial**: elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais. Por meio do procedimento de aplicação da pena (CP, art. 68), é vedado que o julgador imponha uma sanção padronizada ou mecanizada, olvidando os aspectos únicos do delito cometido; c) **individualização executória**: ocorre durante o cumprimento da sanção penal, objetivando a ressocialização do sentenciado.

Apesar de grande parte da doutrina sustentar que a fixação do regime integral fechado para o cumprimento da pena pela prática de crimes hediondos e equiparados era inconstitucional, por violar o princípio da individualização executória da pena, prevaleceu durante anos perante os Tribunais o entendimento de que o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em sua redação original, era plenamente compatível com a Constituição Federal.[99]

Com o advento da Lei nº 9.455/97, que passou a prever que, pelo menos em regra, o condenado por crime de tortura deve *iniciar* o cumprimento da pena em regime fechado (art. 1º, § 7º), a doutrina também passou a sustentar a tese de revogação tácita da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Explica-se: como o crime de tortura é equiparado a hediondo pela própria Constituição Federal (art. 5º, XLIII), isso significa dizer que a tais delitos deve ser conferido tratamento semelhante, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Logo, se o crime de tortura passou a admitir o cumprimento da pena em regime *inicial* fechado, idêntico benefício também devia ser concedido aos autores de crimes hediondos e equiparados. Esse entendimento, todavia, não foi aceito pelos Tribunais. A propósito, eis o teor da súmula nº 698 do STF: "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura".

Com o passar dos anos, o tema voltou a ser discutido pelo Supremo Tribunal Federal. Enfim, em julgamento histórico ocorrido em data de 23 de junho de 2006, o STF acabou por declarar a inconstitucionalidade da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Na visão da Suprema Corte, por força do princípio da individualização da pena, confere-se ao legislador ordinário o poder de disciplinar a individualização da pena nas fases legislativa, judicial e executória, mas não lhe autoriza excluí-la em nenhuma dessas etapas, sob pena de violação ao art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Afinal, o juiz da execução também precisa dispor de instrumentos para buscar a individualização do cumprimento da reprimenda imposta ao condenado, sobretudo se considerarmos que a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Logo, não se pode privar o preso, em abstrato, do direito à progressão. Por isso, o Supremo deliberou por afastar a vedação em abstrato à progressão de regimes, ficando a critério do Juízo da Execução a apreciação, no caso concreto, dos requisitos

98. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 163. Em sentido semelhante: NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 338.

99. No sentido da constitucionalidade da vedação à progressão de regimes instituída na redação original do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90: STF, Pleno, HC 82.638/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/12/2002, DJ 12/03/2004. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 80.732/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06/03/2001, DJ 20/04/2001.

objetivos e subjetivos listados pelo art. 112 da Lei de Execução Penal.[100]

Apesar de se tratar de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso ou aberto, o Supremo conferiu eficácia *erga omnes* à decisão proferida no HC 82.959/SP, aplicando, por analogia, o quanto disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, que se refere a julgamento de hipóteses de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade. Em nome da segurança jurídica e do excepcional interesse social em torno da matéria, apesar de se tratar de controle incidental de inconstitucionalidade, o Supremo deliberou pela extensão dos efeitos da decisão a outras situações fáticas suscetíveis de serem beneficiadas pela declaração *in concreto* da inconstitucionalidade da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Logo, como a decisão proferida pelo STF no julgamento do HC 82.959/SP é dotada de eficácia *erga omnes*, a admissibilidade da progressão foi estendida a outros processos, beneficiando acusados cujas penas ainda não tivessem sido integralmente cumpridas, desde que os requisitos legais fossem examinados, caso a caso, pelo juiz competente.[101]

A prova mais cabal de que a decisão proferida pelo Supremo não está limitada ao processo objeto de exame no HC 82.959/SP, permitindo que outros magistrados passem a admitir a progressão de regimes é a edição da súmula vinculante nº 26: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico". Apesar de o Supremo não ter deliberado, formalmente, pelo cancelamento da Súmula nº 698, é evidente que sua validade restou prejudicada com a decisão proferida no HC 82.959/SP e com a edição da súmula vinculante nº 26.

7.2. Regime inicial fechado para crimes hediondos e equiparados e novos critérios para progressão de regimes (Lei nº 11.464/07).

Ante a decisão proferida pelo Supremo no julgamento do HC 82.959/SP, o Congresso Nacional deliberou por modificar a redação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que passou a dispor: "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado" (redação determinada pela Lei nº 11.464/07).

Como dito acima, em virtude dos efeitos *erga omnes* emprestados à decisão proferida pelo Supremo no julgamento do HC 82.959/SP, reconheceu-se que condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados teriam direito à progressão de regimes. Eis que surge, então, a Lei nº 11.464/07, dispondo que a pena em relação a crimes hediondos e equiparados deve ser cumprida *inicialmente* em regime fechado (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º).

Nesse ponto, trata-se de evidente exemplo de *novatio legis in pejus*, porquanto, ao invés de ser aplicada a regra prevista no art. 33, § 2º, do Código Penal, a Lei nº 11.464/07 passou a exigir regra mais severa a respeito do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, qual seja, o cumprimento *inicial* da pena em regime fechado. Em outras palavras, independentemente do *quantum* de pena aplicado ao condenado pela prática de crimes hediondos e equiparados, ou seja, mesmo que a pena aplicada seja inferior a 8 (oito) anos, mesmo que se trate de acusado primário e portador de bons antecedentes, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, ainda assim o regime inicial para o cumprimento da pena deve ser o fechado, por força do disposto no art. 2º, § 1º, da lei nº 8.072/90. Por se tratar de *lex gravior*, a fixação obrigatória do regime inicial fechado só é válida em relação aos crimes hediondos e equiparados praticados a partir da vigência da Lei nº 11.464/07, que se deu em 29 de março de 2007. Consequentemente, os fatos anteriores continuam sujeitos ao regramento geral do Código Penal (art. 33, § 2º), salvo no caso do crime de tortura, que já estava submetido ao regime inicial fechado em virtude do art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97. Nesse sentido, confira-se: "Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei nº 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. A previsão constante da Lei nº 11.464, de 28/03/2007, a qual estabelece, em seu art. 1º,

100. STF, Pleno, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006.

101. Por cautela, o STF conferiu efeito *ex nunc* a essa decisão. Consequentemente, é vedada a retroatividade de seus efeitos para atingir condenados que, à época, já tivessem cumprido integralmente sua pena em regime fechado, consoante entendimento jurisprudencial anterior. Assim, o Supremo busca evitar possíveis ações cíveis indenizatórias.

o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado independentemente do quantum de pena aplicado – por ser, no particular, mais gravosa –, não pode retroagir em prejuízo do réu. Ordem concedida, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente".[102]

A Lei nº 11.464/07 também passou a prever, à época – ou seja, antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime –, regramento diverso para a progressão de regimes em crimes hediondos e equiparados. Ao contrário da regra geral, que então demandava apenas o cumprimento de ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário (LEP, redação original do art. 112, *caput*), a Lei dos Crimes Hediondos foi alterada para prever que, no caso de condenados por crimes hediondos e equiparados, a progressão de regime dar-se-ia após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado fosse primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente (Lei nº 8.072/90, art. 2º, revogado §2º).[103]

À primeira vista, fica a impressão de que, no tocante à progressão de regimes, a Lei nº 11.464/07 seria exemplo de *novatio legis in mellius*. Afinal, em sua redação original, o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, dispunha que a pena por crime hediondo e equiparado seria cumprida *integralmente* em regime fechado. Com o advento da Lei nº 11.464/07, esse mesmo dispositivo legal passou a dispor que a pena será cumprida *inicialmente* em regime fechado. No entanto, é certo dizer que não foi a Lei nº 11.464/07 que passou a admitir a progressão em crimes hediondos e equiparados. Na verdade, o regime inicial fechado e a consequente admissibilidade da progressão é resultado do reconhecimento da inconstitucionalidade da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, pelo Supremo no julgamento do HC 82.959/SP, decisão à qual foi conferida eficácia *erga omnes*.

Considerando, então, que a progressão passou a ser admitida em relação a crimes hediondos e equiparados a partir da decisão proferida pelo STF, conclui-se que, nesse ponto, a Lei nº 11.464/07 é exemplo de *novatio legis in pejus*, porquanto, à época, instituiu parâmetros mais gravosos para a progressão: 2/5 (dois quintos) para o acusado primário e 3/5 (três quintos) para o acusado reincidente. Consequentemente, em fiel observância ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL), esse novo patamar mínimo de cumprimento de pena necessário para a progressão de regimes só poderia ser exigido em relação aos crimes cometidos a partir da vigência da Lei nº 11.464/07, que se deu no dia 29 de março de 2007. Logo, em relação aos crimes hediondos e equiparados cometidos até o dia 28 de março de 2007, subsiste a necessidade de cumprimento de apenas 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior.

Nesse contexto, como se pronunciou o Supremo, "a declaração de inconstitucionalidade da redação original do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, havida no julgamento do HC nº 82.959/SP, impede que ele, mesmo em um plano abstrato, seja tomado como parâmetro de comparação quando se investiga se a Lei nº 11.464/07 é mais benéfica ou mais gravosa para o réu. Relativamente aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais, aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica".[104]

Tal entendimento acabou sendo consolidado na súmula nº 471 do STJ: "Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional".

Referindo-se o art. 2º, revogado §2º, da Lei nº 8.072/90, ao cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado fosse primário, e 3/5 (três quintos), *se reincidente*, sem fazer qualquer ressalva quanto à espécie de reincidência, conclui-se que o legislador se referia à reincidência genérica do art. 63 do Código Penal. Afinal, quando a lei deseja se referir à reincidência específica, o faz de maneira expressa. A propósito, basta ver o exemplo do art. 83, inciso V, do CP, que expressamente faz menção aos condenados *reincidentes específicos em crime de natureza hedionda, equiparada e tráfico de pessoas*. Na mesma linha, ao tratar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o art. 44, § 3º, *in fine*, do CP, faz menção expressa à *reincidência operada em virtude da prática do mesmo crime*. Destarte, diante do silêncio da Lei – o art. 2º, revogado §2º, da Lei nº 8.072/90 refere-se genericamente à reincidência –, não é dado ao intérprete incluir requisitos diversos, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

102. STJ, 5ª Turma, HC 53.506/BA, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/02/2010, DJe 15/03/2010.

103. O §2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 foi revogado pelo Pacote Anticrime, que também estabeleceu novos parâmetros objetivos para a progressão de regimes no art. 112 da LEP. O tema será objeto de análise mais adiante.

104. STF, 1ª Turma, HC 94.025/SP, Rel. Min. Menezes Direito, j. 03/06/2008, DJe 142 31/07/2008. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 94.212/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03/06/2008, DJe 177 18/09/2008; STF, Pleno, RE 579.167/AC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/05/2013.

Logo, se alguém cometesse um crime hediondo ou equiparado, depois de já ter sido condenado irrecorrivelmente por outro crime, hediondo ou não, nos últimos cinco anos, poderia progredir apenas depois de cumprir 3/5 (três quintos) da pena no regime anterior.[105]

No ano de 2018, a Lei dos Crimes Hediondos foi novamente alterada, desta vez pela Lei n. 13.769. Referido diploma normativo conferiu ao revogado §2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 a seguinte redação: "A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§3º e 4º do art. 112 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)". Como se percebe, foi mantida, à época, a regra geral para os condenados por crimes hediondos e equiparados: 2/5 (dois quintos), para o acusado primário, e 3/5 (três quintos) para o reincidente. A novidade ficou por conta do novo tratamento que passou a ser conferido exclusivamente à mulher gestante ou à condenada que fosse mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Nesse caso, os requisitos para a progressão de regime seriam, *cumulativamente*: a) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; b) não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; c) ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; d) ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; e) não ter integrado organização criminosa. Na eventualidade de cometimento de novo crime doloso ou falta grave, dar-se-ia a revogação dessa progressão.

7.3. Inconstitucionalidade do regime inicial fechado para crimes hediondos e equiparados.

Como exposto anteriormente, em relação aos crimes hediondos e equiparados cometidos a partir da vigência da Lei nº 11.464/07 (29 de março de 2007), passou a ser obrigatória a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

No entanto, em importante julgado, o Plenário do Supremo também declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, na parte em que contida a obrigatoriedade de fixação de regime fechado para início de cumprimento de reprimenda aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Para o Supremo, se a Constituição quisesse a fixação do regime inicial fechado com base no crime em abstrato, teria incluído a restrição no tópico inscrito no art. 5º, XLIII, da CF, o que não ocorreu, já que referido preceito afasta somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena. Destarte, pelo menos em tese, deve ser admitido o início de cumprimento de reprimenda em regime diverso do fechado a condenados que preencham os requisitos previstos no art. 33, § 2º, b; e § 3º, do CP. Assim como no caso da vedação legal à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito de tráfico — já declarada inconstitucional pelo STF —, entendeu-se que a definição de regime deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração, até mesmo porque, na dicção da Suprema Corte, "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Súmula nº 718 do STF).[106]

Se o Plenário do Supremo afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c/c art. 59, ambos do CP, é evidente que essa interpretação também deve ser aplicada aos crimes equiparados a hediondo, a exemplo da tortura. Logo, a despeito do disposto no art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97, também não é obrigatório que o condenado por crime de tortura inicie o cumprimento da pena no regime prisional fechado.[107]

105. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, REsp 1.491.421/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/12/2014, DJe 15/12/2014; STJ, 6ª Turma, HC 301.481/SP, Rel. Min. Ericson Maranho – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 02/06/2015, DJe 11/06/2015. Para Alberto Silva Franco (op. cit. p. 376), tendo em conta que os crimes hediondos e os crimes a eles assemelhados fazem parte, em verdade, de um subsistema constitucional penal fechado e autônomo alavancado pelo inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, o conceito de reincidência a que se refere o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, deve ser buscado dentro desse subsistema e não no sistema geral e aberto do Código Penal. Dessa forma, o cumprimento de 3/5 da pena no regime anterior só deve ser exigido em relação aos condenados que pratiquem novo crime hediondo já tendo contra si sentença condenatória irrecorrível por outro crime hediondo (ou equiparado).

106. STF, Pleno, HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, 27/06/2012. Admitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime inicial aberto para o crime de tráfico de drogas: STF, 2ª Turma, HC 111.844/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/04/2012; STF, 2ª Turma, HC 112.195/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012. Admitindo a fixação de regime prisional diferente do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas: STJ, 3ª Seção, EREsp 1.285.631/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24/10/2012; STF, 2ª Turma, HC 133.308/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29/03/2016.

107. STJ, 5ª Turma, HC 286.925/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/05/2014, DJe 21/05/2014. Em sentido diverso, mesmo após a decisão proferida pelo Plenário do STF no julgamento do HC 111.840/ES, a 1ª Turma do Supremo vem entendendo que o condenado por crime de tortura deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, nos termos do disposto no § 7º do art. 1º da Lei 9.455/1997. Para o Supremo, em consonância com a Constituição Federal, a Lei n. 9.455/97 teria feito uma opção válida, ao prever que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução da pena, ainda que fixada no mínimo legal, deveria ser cumprida inicialmente

A declaração incidental da inconstitucionalidade do regime inicial fechado para crimes e hediondos e equiparados pelo Plenário do Supremo no julgamento do HC 111.840/ES irá repercutir sobremaneira em relação ao crime de tráfico de drogas (Lei nº 11.343/06, art. 33), já que a pena mínima cominada a este delito é de 5 (cinco) anos de reclusão, o que permite, em tese, a fixação de regime inicial diverso do fechado, desde que, obviamente, preenchidos os demais requisitos enumerados pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Logo, em se tratando de condenado pela prática do crime de tráfico de drogas à pena de 5 (cinco) anos, ainda que não reconhecida a figura privilegiada do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, se a pena fixada for de 5 (cinco) anos e se tratar de acusado primário, com bons antecedentes e circunstâncias judiciais favoráveis, mostra-se cabível, pelo menos em tese, a fixação do regime inicial semiaberto.[108]

Nessa linha, como se pronunciou o STJ, a partir do momento em que o Supremo passou a admitir a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, considerando o total da pena estabelecida não excedente a oito anos, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e inocorrência da reincidência, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, alterada pela Lei nº 11.464/07, com efeito *ex nunc* a contar de 27/06/2012, deve ser admitida a possibilidade de fixação do regime inicial semiaberto para condenados por tráfico de drogas, em que, na primeira fase, estabeleceu-se a pena no mínimo legal, não sendo reconhecido fato concreto que justifique regime mais gravoso.[109]

7.4. Detração na sentença condenatória para fins de determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (Lei nº 12.736/12).

Reconhecida a inconstitucionalidade do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pela prática de crimes hediondos e equiparados pelo Plenário do Supremo (HC 111.840/ES), o que, em tese, autoriza a fixação de regime inicial semiaberto ou até mesmo aberto para tais crimes, é extremamente importante atentarmos para as mudanças produzidas no CPP pela Lei nº 12.736/12, que passou a prever que, em regra, o juiz sentenciante deverá fazer a detração na sentença condenatória para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Prevista no art. 42 do Código Penal, a detração consiste no desconto do tempo de prisão cautelar (ou de internação provisória) do tempo de prisão penal (ou de medida de segurança) imposto ao acusado em sentença condenatória (ou absolutória imprópria) transitada em julgado. A título de exemplo, se determinado acusado for condenado irrecorrivelmente pela prática de um crime de homicídio simples à pena de 6 (seis) anos de reclusão, se acaso tiver permanecido preso preventivamente durante 1 (um) ano, terá direito à detração, restando a ele, portanto, o cumprimento de mais 5 (cinco) anos de reclusão.[110]

Antes da Lei nº 12.736/12, a detração era realizada apenas no momento da execução da pena, recaindo a competência sobre o juízo das execuções penais. Nesse sentido, dispõe o art. 66, III, "c", da Lei nº 7.210/84 (LEP), que compete ao juiz da execução decidir sobre detração e remição da pena. Assim, após a condenação, a Secretaria do Juízo das Execuções Penais determinava a expedição de uma "guia de execução", contendo diversas informações sobre o acusado, tais como o total da pena imposta e o tempo de prisão cautelar, permitindo, então, que fosse feita a detração.

Com o advento da Lei nº 12.736/12, com vigência em 3 de dezembro de 2012, a detração – e não a progressão de regimes – deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, pelo menos em regra. A propósito, eis o teor do art. 387, § 2º, do CPP: "O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade". Isso significa dizer que, a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.736/12, o regime prisional inicial deixa de ser estabelecido com base na pena definitiva, e passa a ser fixado levando-se em conta o *quantum* de pena resultante

em regime fechado, sem prejuízo de posterior progressão. A propósito: STF, 1ª Turma, HC 123.316/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/06/2015, DJe 154 05/08/2015.

108. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 218.558/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11/12/2012, DJe 17/12/2012.

109. STJ, 5ª Turma, HC 209.270/SP, Rel. Min. Campos Marques – Desembargador convocado do TJ/PR –, j. 11/12/2012, DJe 17/12/2012. Para a 1ª Turma do STF (HC 130.411/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 12/04/2016), não se tratando de réu reincidente, ficando a pena no patamar de quatro anos e sendo as circunstâncias judiciais positivas, deve ser aplicado o regime aberto, sem prejuízo de eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Admitindo a fixação do regime inicial semiaberto para indivíduo condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, conquanto se trate de pessoa não reincidente, com pena superior a 4 e inferior a 8 anos, com circunstâncias judiciais favoráveis: STF, 2ª Turma, HC 140.441/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28/03/2017.

110. De se notar que é cabível a detração em processos distintos, desde que o delito pelo qual o sentenciado cumpra pena *tenha sido cometido antes da segregação cautelar*, evitando-se, assim, a criação de um crédito de pena. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 178.894/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/11/2012.

do desconto do tempo de prisão cautelar ou internação provisória a que o acusado foi submetido durante o processo.

Como se pode notar, a intenção do legislador foi tornar mais célere a concessão dos benefícios da execução penal, já que houve uma antecipação do momento de reconhecimento da detração para fins de fixação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade. Deveras, se, antes, a detração era feita apenas pelo juízo da execução, doravante essa análise deverá ser feita pelo próprio magistrado do processo de conhecimento, por ocasião da prolação da sentença condenatória.

Exemplificando, suponha-se que um acusado primário, que permaneceu preso preventivamente durante 4 (quatro) anos, tenha sido condenado irrecorrivelmente à pena de 12 (doze) anos de reclusão pela prática do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º). Nesse caso, ante o disposto no art. 387, § 2º, do CPP, caberá ao próprio juiz do processo de conhecimento reconhecer que o acusado ficara preso cautelarmente por 4 (quatro) anos, conferindo-lhe, então, a detração desse período, de modo que o restante da pena a ser cumprido passe a ser de 8 (oito) anos, com a consequente fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Nesse caso, não se pode objetar que o regime inicial do cumprimento da pena teria que ser o regime fechado, já que se trata de crime hediondo (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º). A uma porque, como visto acima, o próprio Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade do regime inicial fechado para crimes hediondos e equiparados (STF, Pleno, HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, 27/06/2012). A duas porque, apesar de se tratar de espécie de prisão cautelar, e não penal, não se pode negar que a forma do cumprimento da prisão cautelar assemelha-se bastante ao regime inicial fechado, daí por que não se pode desprezar o lapso temporal de 4 (quatro) anos em que o acusado permaneceu encarcerado preventivamente.

Perceba-se que o critério de fixação da pena continua sendo o trifásico de Nelson Hungria, visto que a detração somente será realizada pelo juiz sentenciante após a conclusão da dosimetria da pena e antes da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Em outras palavras, para fins de fixação do regime inicial – e apenas para isso –, a detração deverá ser feita pelo juiz sentenciante tão somente após a fixação da pena definitiva. Esse raciocínio é extremamente importante para fins de cálculo da prescrição da pretensão punitiva ou executória, que deve continuar sendo feito com base na pena definitiva fixada na sentença condenatória, e não levando-se em consideração o *quantum* resultante do desconto inerente à detração.

Nessa linha, como observa Márcio André Lopes Cavalcante, "a Lei nº 12.736/12 não alterou o critério para calcular a prescrição, que continua previsto no art. 110, *caput*, e § 1º, do Código Penal, os quais mencionam expressamente que a prescrição regula-se pela pena aplicada, ou seja, pela reprimenda fixada na dosimetria. Assim, a detração realizada na sentença produz efeitos para fins de fixação do regime inicial e não para cálculo da prescrição. Nesse sentido, a redação do novel § 2º do art. 387 do CPP procurou ser explícita quanto à sua finalidade: o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado *para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade*".[111]

Conquanto não conste qualquer ressalva do art. 387, § 2º, do CPP, do que se poderia deduzir que a detração sempre deverá ser feita na sentença condenatória para fins de determinação do regime inicial do cumprimento da pena, pensamos que, a depender do caso concreto, é possível que o juiz do processo de conhecimento abstenha-se de fazê-lo, hipótese em que esta análise deverá ser feita, ulteriormente, pelo juiz da execução, nos termos do art. 66, III, "c", da LEP, que não foi revogado expressa ou tacitamente pela Lei nº 12.736/12. Explica-se: se a regra, doravante, é que a detração seja feita na própria sentença condenatória (CPP, art. 387, § 2º), não se pode olvidar que, em certas situações, é praticamente inviável exigir-se do juiz sentenciante tamanho grau de aprofundamento em relação à situação prisional do condenado. Basta supor hipótese de acusado que tenha contra si inúmeras prisões cautelares decretadas por juízos diversos, além de inúmeras execuções penais resultantes de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Nesse caso, até mesmo como forma de não se transformar o juiz do processo de conhecimento em verdadeiro juízo da execução, o que poderia vir de encontro ao princípio da celeridade e à própria garantia da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), haja vista a evidente demora que a análise da detração causaria para

111. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei nº 12.736/12, que antecipa, para a sentença condenatória, o momento adequado para realizar a detração da pena. Disponível em: http://www.dizerodireito.com.br. Acesso em 05/12/2012.

a prolação da sentença condenatória na audiência una de instrução e julgamento, é possível que o juiz sentenciante se abstenha de fazer a detração naquele momento, o que, evidentemente, não causará maiores prejuízos ao acusado, já que tal benefício será, posteriormente, analisado pelo juízo da execução. Para tanto, deverá o juiz do processo de conhecimento apontar, fundamentadamente, os motivos que inviabilizam a realização da detração na sentença condenatória.

7.5. Novos parâmetros objetivos para a progressão de regimes, inclusive para crimes hediondos e equiparados (LEP, art. 112, com redação dada pela Lei n. 13.964/19).

Fundamentada na necessidade de individualização da execução e tendo como objetivo precípuo assegurar que a pena privativa de liberdade aplicada ao condenado alcance seu objetivo, que é o de buscar sua reinserção na sociedade, a progressão de regime sempre exigiu, mesmo antes do advento do Pacote Anticrime, a observância **cumulativa** de dois requisitos, um de natureza subjetiva, outro de natureza objetiva.

O requisito de natureza objetiva está relacionado ao *quantum* de cumprimento da pena no regime anterior para que o apenado faça jus à progressão. Na sistemática vigente até o advento do Pacote Anticrime, havia necessidade da observância dos seguintes parâmetros: a) em regra, 1/6 (um sexto) da pena, independentemente da natureza do crime (com ou sem violência ou grave ameaça à pessoa), e pouco importando se o acusado era primário ou reincidente (LEP, redação original do art. 112); b) no caso de crimes hediondos e equiparados, 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado fosse primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente, consoante disposto no art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90, aí incluído por força da Lei n. 11.464/07, o qual, todavia, foi revogado pela Lei n. 13.964/19; c) no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que preenchidos cumulativamente alguns requisitos, que serão analisados mais adiante, bastava o cumprimento de ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior (LEP, art. 112, §3º, incluído pela Lei n. 13.769/18).

Surge, então, o **Pacote Anticrime**, introduzindo novos requisitos objetivos para a progressão de regimes, relativamente mais severos, a depender do caso concreto. Com efeito, tomando-se como exemplo o reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, se até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19 a progressão estava condicionada ao cumprimento de 3/5 (três quintos), ou seja, 60% da pena – revogado §2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 –, doravante, leia-se, em relação aos crimes cometidos a partir da vigência do Pacote Anticrime (23/01/2020), tal apenado terá que cumprir ao menos 70% (setenta por cento) da pena.

Cumprindo determinação constitucional, a Lei n. 13.964/19 individualizou ainda mais a aplicação da pena e o seu cumprimento, exercendo, pois, verdadeira função delegada ao legislador ordinário pela própria Constituição Federal, cujo art. 5º, inciso XLVI, dispõe que "a lei regulará a individualização da pena". Portanto, não há falar em violação ao princípio da individualização da pena, tal como já decidido pelo Supremo em relação ao regime integral[112] - e inicialmente[113] - fechado para condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados. Ora, à lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador deverá efetivar a individualização da pena, observando, evidentemente, o comando da Constituição Federal. Por isso, é perfeitamente possível que o legislador ordinário disponha, nos limites das prerrogativas que lhe foram conferidas pela norma constitucional, que, nos crimes hediondos com resultado morte praticados por apenados reincidentes em tais delitos, o tempo de cumprimento da pena no regime fechado possa ser maior – 70% (setenta por cento) – que aquele previsto para outras infrações penais – em regra, 16% (dezesseis por cento), se o apenado for primário e o crime não tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça –, o que não significa impedir a progressão ou violar a individualização da pena.

A regra, portanto, é que o apenado só faça jus à progressão de regimes se esses requisitos objetivos forem observados. Há de se ficar atento, porém, a uma importante exceção a essa regra geral prevista na Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), cujo art. 4º, §5º, prevê que se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até metade ou será admitida a progressão de regimes *ainda que ausentes os requisitos objetivos*. Nessa hipótese, não há necessidade de o condenado ter cumprido o percentual previsto no art. 112 da LEP. Subsiste, porém, a necessidade de observância do requisito subjetivo – mérito do condenado –, o qual geralmente é evidenciado diante do próprio intuito de colaboração do apenado.

112. STF, Pleno, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006.

113. STF, Pleno, HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, 27/06/2012.

Vejamos, então, os critérios objetivos fixados pelo Pacote Anticrime na nova redação por ele conferida ao art. 112 da LEP:

I - cumprimento de ao menos 16% (dezesseis por cento) da pena, se primário o apenado e desde que o crime não tenha sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça: na sistemática anterior, a regra geral era o cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior, o que equivale a 16,66%, do que se conclui que, nesse ponto, a Lei n. 13.964/19 foi até mais vantajosa para os apenados. Para aplicação desse patamar de 16% (dezesseis por cento), é indispensável que o apenado seja primário – pouco importa se portador de bons ou maus antecedentes, pois a lei não faz qualquer distinção nesse sentido –, e que o crime em questão não tenha sido cometido com violência à pessoa, jamais à coisa, ou grave ameaça. Logo, se o indivíduo tiver sido condenado a 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de pena privativa de liberdade em regime fechado, poderá postular a progressão para o semiaberto após o cumprimento de ao menos 1 (ano) e 4 (quatro) meses, o que corresponde a 16% (dezesseis por cento) do total da pena imposta. Questão polêmica diz respeito à **segunda progressão**, ou seja, à situação em que o apenado iniciou o cumprimento da pena no regime fechado, depois de 16% do total da pena obteve progressão para o semiaberto e pretende, agora, a progressão para o regime aberto.[114] Em tal hipótese, indaga-se: o percentual de 16% deve incidir, mais uma vez, sobre o total da pena imposta – no nosso exemplo, 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses –, ou, em sentido contrário, deve levar em consideração apenas o restante da pena a ser cumprida (7 anos)? Conquanto parte da doutrina sustente a tese que deve ser considerado o total da pena, mesmo em se tratando de uma segunda progressão, é dominante o entendimento no sentido de que, nesse caso, há de ser cumprido tão somente 16% (dezesseis por cento) do restante da pena. Isso porque "pena cumprida é pena extinta", ou seja, "o percentual já pago ao Estado não pode mais servir como parâmetro para o cálculo do período legalmente exigido".[115] Logo, valendo-se mais uma vez do exemplo citado, o *quantum* de 16% necessário para a progressão para o regime aberto deverá ser calculado sobre 7 (sete) anos, e não sobre 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses;[116]

II - cumprimento de ao menos 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça: não se reclama a reincidência específica, ou seja, pelo mesmo tipo penal anterior. Basta a presença de duas condenações por quaisquer crimes sem violência à pessoa ou grave ameaça (v.g., apropriação indébita e furto). Na sistemática anterior ao Pacote Anticrime, o *quantum* necessário para a progressão nesses casos era de 1/6 (um sexto), ou seja 16,66% da pena no regime anterior. Doravante, o patamar será de 20%, o que equivale a 1/5 (um quinto). Trata-se, pois, o inciso II do art. 112 da LEP, com redação determinada pela Lei n. 13.964/19, de evidente exemplo de *novatio legis in pejus*, de aplicação restrita, portanto, aos crimes cometidos após a vigência do Pacote Anticrime (23/01/2020). O fato de a reincidência ser levada em consideração para dificultar a progressão de regimes não caracteriza *bis in idem*, nem tampouco viola o princípio da individualização da pena. Sobre o assunto, o Plenário do Supremo concluiu ser constitucional a aplicação da reincidência não só como agravante da pena em processos criminais (CP, art. 61, inciso I), mas também como fator impeditivo para a concessão de diversos benefícios, sem que se possa objetar a configuração de *bis in idem*. Na visão da Corte, a reincidência não contrariaria a individualização da pena. Ao contrário, levar-se-ia em conta, justamente, o perfil do condenado, ao distingui-lo daqueles que cometessem a primeira infração penal. Asseverou-se que sua aplicação não significaria duplicidade, porquanto não alcançaria delito pretérito, mas novo ilícito, que ocorrera sem que ultrapassado o interregno do art. 64 do CP. Reputou-se razoável o fator de discriminação, considerado o perfil do réu, merecedor de maior repreensão porque voltara a delinquir a despeito da condenação havida, que deveria ter sido tomada como advertência no que tange à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio.[117] De se notar que há precedentes do STJ no sentido de que, "consistindo a reincidência em condição pessoal que, uma vez adquirida pelo sentenciado, influi sobre o requisito objetivo dos benefícios da

114. Por força do art. 114 da LEP, somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime. Poderão ser dispensadas do trabalho o condenado maior de 70 anos, aquele acometido de doença grave, aquela com filho menor ou deficiente físico ou mental e a condenada gestante.

115. MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 14ª ed. São Paulo: Método, 2020. p. 488.

116. Como já se pronunciou o STF, "a nova progressão no regime de cumprimento da pena se fará, ante o critério, considerado o percentual de um sexto a incidir sobre os anos que restam a cumprir" (STF, RHC 89.031/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 28/11/2006, DJe 092 30/08/2007.

117. STF, Plenário, RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/04/2013. Na mesma linha: STF, Plenário, HC 94.361/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/04/2013.

execução, em relação a todas as suas condenações".[118] Logo, na eventualidade de o condenado cumprir pena por crime por ele cometido enquanto primário, se vier a ser condenado definitivamente por novo crime, agora reconhecido reincidente, deverá ser tratado como reincidente para fins de progressão em relação a ambos os crimes após a unificação das reprimendas. Em conclusão, convém ressaltar que é firme o entendimento jurisprudencial do STJ no sentido de que o juízo da execução pode promover a retificação do atestado de pena para constar a reincidência, com todos os consectários daí decorrentes, ainda que não esteja reconhecida expressamente na sentença penal condenatória transitada em julgado. Tratando-se de sentença penal condenatória, o juízo da execução deve se ater ao teor do referido *decisum*, no que diz respeito ao *quantum* de pena, ao regime inicial, bem como ao fato de ter sido a pena privativa de liberdade substituída ou não por restritiva de direitos, fatores que evidenciam justamente o comando emergente da sentença. Todavia, as condições pessoais do réu, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas na execução da pena, independente de tal condição ter sido considerada na sentença condenatória, eis que também é atribuição do juízo da execução individualizar a pena. Uma coisa, portanto, é o reconhecimento da reincidência para fins de agravamento da pena do acusado, incumbência do juiz natural do processo de conhecimento, outra coisa é a aferição dessa condição pessoal para fins de concessão de benefícios da execução penal, competência outorgada ao juiz da Vara das Execuções Penais. Trata-se, portanto, de tarefas distintas. Nada obsta a ponderação da reincidência no âmbito da execução penal do reeducando, ainda que não lhe tenha sido agravada a pena por esse fundamento, quando da prolação da sentença condenatória;[119]

III - cumprimento de ao menos 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça: o inciso III do art. 112 da LEP, com redação determinada pela Lei n. 13.964/19, assemelha-se ao inciso I do mesmo dispositivo por se referir ao apenado primário, diferenciando-se, porém, pelo fato de que o crime em questão deve ter sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça (v.g., roubo circunstanciado pelo concurso de duas ou mais pessoas). Comparando com o regramento anterior, em que se exigia o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para apenas primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência à pessoa ou grave ameaça, é forçoso concluir que estamos diante de regramento mais gravoso, já que 25 (vinte e cinco por cento) equivale a 1/4 (um quarto) da pena. Logo, este novo patamar terá aplicação restrita aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 13.964/19 (23/01/2020), sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa;

IV - cumprimento de ao menos 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça: à semelhança da hipótese anterior, também se trata de *novatio legis in pejus*, eis que, na sistemática anterior ao Pacote Anticrime, bastava o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior. Para fins de incidência desse patamar de 30% (trinta por cento), não basta a *reincidência genérica* a que se refere o art. 63 do Código Penal. Na verdade, ante a redação expressa do dispositivo, o apenado deve ser *reincidente específico em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça*. Não se exige a reincidência específica, ou seja, é prescindível que a condenação posterior seja por crime idêntico ao da condenação anterior. Basta que ambos os delitos tenham sido praticados com violência à pessoa ou grave ameaça (v.g., extorsão e roubo). Noutro giro, se a reincidência versar sobre crime de natureza diversa – a título de exemplo, crime antecedente de roubo e subsequente de furto qualificado, ou vice-versa –, revela-se indevida a aplicação do inciso IV do art. 112 da LEP. Ante o esquecimento do legislador quanto à situação desse reincidente genérico, parece-nos possível, com base no princípio do *favor rei* (ou *favor libertatis*), a aplicação da seguinte solução, sempre levando-se em consideração o crime pelo qual o indivíduo foi considerado reincidente: a) se o crime antecedente não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça (v.g., estelionato) e o subsequente sim (v.g., extorsão), ter-se-á apenado reincidente, porém não específico em crime violento. Como este crime violento foi o delito pelo qual foi declarado reincidente, aplica-se a fração da progressão de 25% (vinte e cinco) por cento do inciso III do art. 112 da LEP. Poder-se-ia objetar, contra tal entendimento, que o agente não seria "primário", como exige o inciso III, daí por que o patamar ali previsto não seria aplicável. Porém, diante da lacuna involuntária da lei, a "primariedade" a que se refere tal dispositivo deve ser interpretada

118. STJ, 5ª Turma, HC 468.756/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26/03/2019, DJe 03/04/2019.

119. STJ, 3ª Seção, EREsp 1.738.968/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/11/2019, DJe 17/12/2019.

não apenas à luz do art. 63 do CP, mas também em contraposição ao inciso IV, que faz remissão à *reincidência em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça*. Por conseguinte, o "primário" do inciso III deve abranger não apenas o apenado primário propriamente dito, mas também o reincidente genérico; b) se o crime antecedente tiver sido cometido com violência ou grave ameaça (v.g., roubo) e o subsequente não (v.g., furto qualificado), tal indivíduo deve ser considerado reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça, daí por que o *quantum* a ser observado é o do inciso II do art. 112, qual seja, o de 20% (vinte por cento);

V - cumprimento de ao menos 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário: para os crimes cometidos após a vigência da Lei n. 11.464/07 (29/03/2007), responsável pela nova redação então conferida ao revogado §2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, a progressão de regimes para condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados estava condicionada ao cumprimento de 2/5 (dois quintos), ou seja, 40% (quarenta por cento) da pena, se o indivíduo fosse primário. Logo, não houve nenhuma mudança quantitativa decorrente da entrada em vigor do Pacote Anticrime. Foi mantido o mesmo patamar de 40%, cuja aplicação, porém, está condicionada ao fato de se tratar de apenado *primário* condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado[120] sem resultado morte, eis que, neste caso, aplicar-se-ia o *quantum* de 50% (cinquenta por cento), *ex vi* do art. 112, inciso VI, alínea "a", da LEP. Na eventualidade de o indivíduo ser condenado por crimes hediondos (ou equiparados) e crimes comuns, a progressão de regime deve ser calculada, no tocante àqueles, com base no percentual correspondente (40%, 50%, 60% ou 70%) para, somando-se ao restante da pena imposta, verificar se já houve o implemento do percentual correspondente ao delito não hediondo, sempre levando-se em consideração o total da pena aplicada. Vejamos o exemplo citado por Masson:[121] "João, primário, foi condenado a 10 (dez) anos de reclusão por estupro (crime hediondo), e a mais 14 (quatorze) anos, por dois roubos com emprego de arma branca, em concurso material, totalizando a pena de 24 (vinte e quatro) anos. Se presente o mérito, a progressão será possível após 6 anos do início da execução da pena, pois ele terá cumprido ao menos 40% da pena do crime hediondo (LEP, art. 112, V), ou seja, 4 anos, bem como 25% do total da pena, percentual aplicável aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça (LEP, art. 112, III);

VI - cumprimento de ao menos 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a. condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional: na sistemática vigente antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime, este apenado faria jus à progressão com o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena no regime anterior. Doravante, é dizer, em relação aos crimes hediondos ou equiparados com resultado morte (v.g., roubo qualificado pelo resultado morte – CP, art. 157, §3º, II, incluído pela Lei n. 13.654/18) cometidos a partir da vigência da Lei n. 13.964/19 (23/01/2020), o novo *quantum* para fins de progressão será de 50% (cinquenta por cento), sendo vedada, ademais, a concessão do livramento condicional;

b. condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado: na eventualidade de o indivíduo ser condenado pela prática do crime previsto no art. 2º, §3º, da Lei n. 12.850/13,[122] e desde que a organização criminosa em questão tenha sido estruturada para a prática de crimes hediondos ou equiparados, a progressão de regime estará condicionada, sob o ponto de vista objetivo, ao cumprimento de ao menos 50% (cinquenta por cento) da pena no regime anterior. Diversamente da alínea "a", não há qualquer distinção entre o primário e o reincidente. Nesse ponto, é de todo relevante destacar que o Pacote Anticrime também introduziu mudanças na Lei das Organizações Criminosas, seja para prever que as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima, seja para dispor que o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado

120. Os crimes hediondos, que serão objeto de análise na sequência, estão listados no art. 1º da Lei n. 8.072/90, cuja redação foi sensivelmente alterada pelo Pacote Anticrime. Os delitos equiparados a hediondos são o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo. Como será visto adiante, para fins de progressão de regimes, o tráfico de drogas privilegiado previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 não é considerado crime equiparado a hediondo (LEP, art. 112, §5º, incluído pela Lei n. 13.964/19).

121. Op. cit. p. 494.

122. Lei n. 12.850/13: Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. (...) §3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução".

por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo (Lei n. 12.850/13, art. 2º, §§8º e 9º, incluídos pela Lei n. 13.964, de 2019);[123]

c. condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada: à semelhança da alínea anterior, o legislador não faz qualquer referência ao fato de o condenado ser primário (ou não). Por outro lado, diversamente da alínea anterior, a alínea "c" do inciso VI do art. 112 da LEP não demanda o exercício de posição de comando na organização paramilitar, milícia particular ou grupo de extermínio, nem tampouco que tal associação seja estruturada para a prática de crimes hediondos ou equiparados. Ao citar a rubrica marginal ou *nomen iuris* do crime de "constituição de milícia privada", queremos crer que o legislador pretendeu se referir ao delito previsto no art. 288-A do CP,[124] incluído pela Lei n. 12.720/12, como um todo, que abrange não apenas a milícia particular propriamente dita, mas também as organizações paramilitares e grupos ou esquadrões (grupos de extermínio);[125]

VII - cumprimento de ao menos 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado: quando ainda em vigor o §2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, o indivíduo condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado que fosse reincidente era obrigado a cumprir 3/5 (três quintos) da pena para fins de progressão de regimes. Como a lei, à época, falava apenas em *reincidência*, sem fazer qualquer ressalva quanto à espécie – genérica ou específica –, era dominante o entendimento de que seu regramento era válido para ambas as hipóteses. Em sentido diverso, o inciso VII do art. 112 da LEP, com redação determinada pelo Pacote Anticrime, é categórico ao apontar o patamar de 60% (sessenta por cento) para o apenado *reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado*. Como se pode notar, trata-se de reincidência específica em crimes dessa natureza, não necessariamente no mesmo delito, porém (v.g., estupro e estupro de vulnerável; homicídio qualificado e terrorismo, etc.). Logo, na hipótese de se tratar de apenado já condenado irrecorrivelmente por um crime qualquer (v.g., furto qualificado) que vier a cometer novo delito, desta vez hediondo ou equiparado, não se revela possível a aplicação do inciso VII do art. 112, devendo ser aplicado, à semelhança do raciocínio anteriormente feito em relação ao inciso IV do art. 112, o patamar previsto no inciso V, qual seja, 40% (quarenta por cento), desde que do crime hediondo (ou equiparado) em questão não tenha resultado morte, hipótese esta em que seria aplicável o percentual de 50% (cinquenta por cento) constante do art. 112, VI, alínea "a", da LEP;

VIII - cumprimento de ao menos 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional: em conclusão, o inciso VIII do art. 112 da LEP, aí incluído por força da Lei n. 13.964/19, estabelece o critério mais rigoroso para fins de progressão, qual seja, 70% (setenta por cento). Para tanto, o apenado deve ser reincidente específico em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, ou seja, é dispensável que a condenação posterior seja por delito idêntico ao da condenação anterior (v.g., homicídio qualificado e latrocínio). Noutro giro, se a reincidência for genérica, ou, ainda que específica em crimes hediondos ou equiparados, não versar sobre delitos dessa natureza com resultado morte, não será possível a aplicação do inciso sob comento, hipótese em que deverá ser aplicado o patamar previsto nos incisos V, VI, "a", e VII do art. 112 da LEP, a depender do caso concreto. Por exemplo, se o indivíduo cometeu um crime hediondo (ou equiparado) com resultado morte (v.g., homicídio qualificado consumado), e é reincidente em crime hediondo ou equiparado, porém sem o resultado morte (v.g., tráfico de drogas), a progressão dependerá do cumprimento de 60% da pena, *ex vi* do art. 112, VII, da LEP, eis que estamos diante de condenado reincidente em crime hediondo ou equiparado. Por se tratar de evidente exemplo de *novatio legis in pejus*, esse novo patamar de 70% (setenta por cento) só poderá ser aplicado quando ambos os crimes – originário e subsequente – forem cometidos após a vigência da Lei n. 13.964/19, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

No caso de **mulher gestante** – como a lei não faz qualquer ressalva, pouco importa se a gravidez é anterior ou posterior ao início do cumprimento da

123. As mudanças produzidas pelo Pacote Anticrime no âmbito da Lei das Organizações Criminosas serão objeto de análise mais adiante.

124. CP: Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

125. Para mais detalhes acerca desses 3 (três) grupos – organização paramilitar, milícia particular e grupo ou esquadrão –, remetemos o leitor aos comentários ao art. 24 da Lei das Organizações Criminosas.

pena – **ou que for mãe ou responsável**[126] **por crianças**[127] **ou pessoas com deficiência,**[128] os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente (LEP, art. 112, §3º, incluído pela Lei n. 13.769/18): I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; IV – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V – não ter integrado organização criminosa. Conquanto o dispositivo fale impropriamente em "crianças" ou "pessoas com deficiência", a concessão dessa progressão especial não depende da maternidade (ou responsabilidade) plural. Um único filho menor de 12 (doze) anos ou com deficiência é suficiente para a concessão do benefício. Outrossim, o cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação de tal benefício (LEP, art. 112, §4º, incluído pela Lei n. 13.769/18). Para tanto, não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Basta a existência de prova robusta de que a apenada teria cometido o crime doloso ou fato definido como falta grave, sem que se possa objetar qualquer violação ao princípio da presunção de inocência, à semelhança, aliás, do que ocorre no caso do art. 118, inciso I, da LEP.

De se notar que não consta do art. 112, §3º, da LEP, qualquer menção à natureza hedionda e equiparada (ou não) do delito, do que se conclui que, preenchidos os requisitos aí elencados, será de rigor o deferimento da progressão, mesmo em se tratando de crimes dessa natureza. Quando ainda em vigor o revogado §2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, tal conclusão era mais evidente, eis que o dispositivo, quando alterado pela Lei n. 13.768/18, mesmo diploma normativo que acrescentou essa progressão especial ao art. 112, §3º, à LEP, dispunha expressamente que a progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-ia após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado fosse primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, *observado o disposto nos §§3º e 4º do art. 112 da Lei de Execução Penal.* Conquanto o referido dispositivo tenha sido revogado pela Lei n. 13.964/19, consideramos que o mesmo entendimento deve ser mantido. A uma porque, ao promover a introdução dessa progressão especial na LEP, a Lei n. 13.768/18 claramente estendeu sua abrangência aos crimes hediondos e equiparados, tanto é que alterou a redação do então vigente §2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. A duas porque não consta do art. 112, §3º, da LEP, qualquer ressalva quanto à natureza hedionda ou equiparada do crime. Ao revogar o §2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, o Pacote Anticrime não teve a intenção de alterar a sistemática até então vigente, fazendo-o tão somente com o objetivo de expurgar do ordenamento jurídico os critérios objetivos para a progressão de regimes em crimes hediondos e equiparados até então vigentes – 2/5 (dois quintos), se primário; 3/5 (três quintos), se reincidente. Quisesse a Lei n. 13.964/19 restringir a concessão da progressão especial aos crimes hediondos e equiparados, deveria ter alterado a redação do §3º do art. 112 da LEP. Se não o fez, ao intérprete não é dado fazê-lo, sob pena de odiosa violação ao princípio da legalidade.[129]

Ainda em relação aos requisitos objetivos a serem preenchidos para fins de progressão de regimes, especial atenção deve ser dispensada ao art. 33, §4º, do Código Penal, incluído pela Lei n. 10.763/03, segundo o qual o condenado por **crime contra a administração pública** terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado. Não há falar em suposta inconstitucionalidade desse dispositivo sob o argumento de que se trata de prisão civil por dívida. Na verdade, cuida-se de importante instrumento concebido pelo legislador de modo a coibir a prática de crimes contra a Administração Pública. Como já se pronunciou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, "é constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito. Tendo o acórdão condenatório fixado expressamente o valor

126. Como destaca Masson (op. cit. p. 490), "se a mulher não for mãe da criança ou da pessoa com deficiência, a situação de responsável deve ser interpretada ampliativamente, abrangendo a guarda, a tutela e a curatela, bem como situações informais em que a condenada era a única pessoa que cuidava da criança ou da pessoa com deficiência (exemplo: vizinha que assumiu os cuidados de criança cujos pais foram assassinados)". O autor também destaca que a "condenada não terá direito à progressão especial se tiver sido judicialmente decretada sua suspensão ou destituição do poder familiar, por qualquer motivo diverso do cumprimento da pena".

127. Lei n. 8.069/90: "Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa com até doze anos de idade incompletos".

128. Lei n. 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): "Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas". Nesse caso, pouco importa a idade da pessoa com deficiência, leia-se, se se trata de criança ou adolescente.

129. Em sentido diverso, Masson (Op. cit. p. 491) entende que na hipótese de crime hediondo ou equiparado, deverão ser respeitados os índices de 40%, 50%, 60% ou 70%, dependendo da primariedade ou reincidência, e de eventual resultado morte (LEP, art. 112, V, VI, "a", VII e VIII).

a ser devolvido, não há como se afirmar não se tratar de quantia líquida. A alegação de falta de recursos para devolver o dinheiro desviado não paralisa a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal. O sentenciado é devedor solidário do valor integral da condenação. Na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas".[130]

7.6. Requisitos subjetivos.

Em todos os casos acima enumerados – incisos I a VIII do art. 112 da LEP –, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. É exatamente nesse sentido, aliás, o teor do art. 112, §1º, da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, o qual reproduz, grosso modo, o quanto previsto na parte final da antiga redação do art. 112, *caput*, da LEP.

Pelo menos em regra, esse bom comportamento deverá ser aferido pelo juízo da execução com base em atestado fornecido pelo diretor do estabelecimento prisional, certificando a ausência de registro de falta disciplinar (leve, média ou grave) no prontuário do preso. Não que se trate de prova absoluta. Fosse assim, transferir-se-ia a competência para conceder a progressão do Poder Judiciário ao diretor do estabelecimento prisional. Logo, o ideal é concluir que tal atestado funciona apenas como um elemento mínimo de formação do convencimento do magistrado, que não só pode, como deve, se assim reputar necessário, se valer de outros fatores para avaliar a capacidade provável de adaptação do condenado ao regime menos severo.

A propósito, em sua redação originária – antes da Lei n. 10.792/03 –, o art. 112 da LEP dispunha que a progressão do regime carcerário estava condicionada à emissão de parecer prévio da Comissão Técnica de Classificação e à realização de exame criminológico.[131] Com a vigência da Lei n. 10.792/03, tais exigências foram suprimidas, limitando-se o legislador a exigir, no tocante ao aspecto subjetivo, apenas o bom comportamento carcerário atestado pela direção do estabelecimento penitenciário. Sem embargo da modificação legislativa, os Tribunais Superiores entendem que o silêncio da LEP não impede que o juiz determine a realização de tais exames para aferir o mérito do agente (CP, art. 33, §2º), desde que o faça de maneira fundamentada. Prova disso, aliás, é o teor da **súmula vinculante n. 26** ("Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072/90, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, *podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico*") e da **súmula n. 439 do STJ** ("Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada").[132]

130. STF, Pleno, EP 22 ProgReg-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2014, DJe 52 17/03/2015.

131. Por meio da análise de questões de ordem psicológica e psiquiátrica do condenado, este exame pericial visa revelar elementos como maturidade, frustrações, vínculos afetivos, grau de agressividade e periculosidade, eventual dissimulação, nível de reflexão sobre os atos cometidos, (in) segurança da personalidade, dificuldade de observar leis e normas, interesse em trabalhar ou frequentar cursos profissionalizantes e, a partir daí, prognosticar a potencialidade de novas práticas criminosas por parte do apenado. Trata-se de avaliação não invasiva, já que se efetiva por meio de entrevista com técnico ou especialista, não produzindo qualquer ofensa física ou moral. Apesar de a LEP não o dizer, cuida-se de espécie de perícia, que busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir; o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, através de um exame genético, antropológico, social e psicológico.

132. No sentido de que se defere ao juízo da execução a faculdade de requisitar o exame criminológico e utilizá-lo como fundamento da decisão que julga o pedido de progressão, concluindo, ademais, que a adoção de textos semelhantes em despachos relacionados a procedimentos idênticos não viola o princípio da individualização da pena nem gera nulidade por falta de fundamentação quando o conteúdo tratar de especificidades do caso concreto sob análise: STF, 2ª Turma, Rcl 27.616 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09/10/2018. Em sentido semelhante: "(...) Hipótese em que o Juízo das Execuções Criminais solicitou a realização de exame criminológico antes de decidir o pleito de progressão de regime prisional. A jurisprudência tem se orientado no sentido de que a nova redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais, conferida pela Lei 10.792/03, deixou de exigir a submissão do condenado a exame criminológico, anteriormente imprescindível para fins de progressão do regime prisional, sem, no entanto, retirar do Juiz a faculdade de requerer sua realização quando, de forma fundamentada e excepcional, entender absolutamente necessária sua confecção para a formação de seu convencimento. Se o Magistrado singular considerou necessário o exame criminológico, em virtude da individualidade do caso do paciente e da necessidade de instrução do pedido para a formação do seu convencimento, não há que se falar em constrangimento ilegal. Precedentes do STJ e do STF. Recurso desprovido". (STJ, 5ª Turma, RHC 20.698/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 24/04/2007, DJ 04/06/2007 p. 380). No mesmo contexto: STJ, 5ª Turma, HC 103.352/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11/11/2008, DJe 15/12/2008. Admitindo a realização de exame criminológico na hipótese de fuga do condenado: STJ, 6ª Turma, HC 105.337/RS, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 26/08/2008, DJe 08/09/2008. E ainda: "(...) O advento da Lei 10.792/03 tornou prescindíveis os exames periciais antes exigidos para a concessão da progressão de regime prisional e do livramento condicional, bastando, para os aludidos benefícios, a satisfação dos requisitos objetivo - temporal – e subjetivo - atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional. O Supremo Tribunal Federal, todavia, no julgamento do HC 88.052/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 28/4/06, afirmou que "Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 112 da LEP - para dele excluir a referência ao exame criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada". A particularização da situação do sentenciado, pela qual se motiva a necessidade da diligência com os indícios sobre a sua personalidade perigosa, extraídos do caso concreto, constitui fundamentação idônea a justificar a realização do exame criminológico. Na hipótese dos autos, realizada avaliação técnica pelo órgão competente, concluiu-se pela ausência do requisito subjetivo, motivo pelo qual o paciente não faz jus ao benefício

Portanto, se antes o exame criminológico era obrigatório, passou a ser facultativo com o advento da Lei n. 10.792/03. Trabalha-se com a premissa de que nem sempre o mérito do condenado poderá ser aferido pelo juízo da execução com base em um simples atestado de bom comportamento carcerário emitido pelo diretor do presídio. Se, de um lado, talvez seja possível aferir o bom comportamento carcerário do autor de crimes de furto por meio de um simples atestado, do outro, revela-se mais prudente a realização do exame criminológico para se conceder a progressão de regimes a condenado por vários homicídios, com histórico de fugas e participação em rebeliões, permitindo-se, a partir de uma visão mais global do condenado, que o juízo da execução tenha mais segurança para avaliar o requisito subjetivo exigido para a progressão. Logo, nas hipóteses de condenados com históricos de fugas, faltas disciplinares de natureza grave, cometimento de delitos quando anteriormente beneficiado com regimes mais brandos, o exame criminológico *poderá* ser determinado de maneira fundamentada pelo magistrado de modo a aferir de maneira mais precisa e consciente se o apenado efetivamente absorveu a terapêutica penal – se é que isso é possível nos dias de hoje. De todo modo, ainda que determinada a realização do exame criminológico, convém destacar que o magistrado não fica vinculado à conclusão dos *experts*. Desde que o faça de maneira fundamentada, o magistrado é livre para decidir em sentido contrário, nos termos do art. 182 do CPP ("O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceita-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte").

7.7. (Des) necessidade de fundamentação e oitiva das partes.

Com o objetivo de afastar quaisquer controvérsias acerca do assunto, o art. 112, §2º, da LEP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, dispõe expressamente que "a decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes".

7.8. Questões controvertidas.

Ainda em relação à progressão de regimes, especial atenção deve ser dispensada às seguintes questões:

pleiteado. Ordem denegada. Liminar cassada". (STJ, 5ª Turma, HC 114.882/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27/04/2009, DJe 25/05/2009).

a) *Quantum* de pena a ser levado em consideração para fins de progressão de regimes quando aplicada pena superior a 40 (quarenta) anos: de nada adiantaria a Constituição Federal proibir a prisão perpétua (art. 5º, XLVII, "b"), se fosse possível que alguém fosse condenado ao cumprimento efetivo de uma pena privativa de liberdade de 60 (sessenta), 70 (setenta) anos, ou mais. Por isso, o art. 75, *caput*, do Código Penal, em sua redação original, preceituava que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não poderia ser superior a 30 (trinta) anos. Recentemente, porém, o Pacote Anticrime alterou a redação do referido dispositivo para dispor que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. Importante não confundir esse limite máximo de cumprimento de pena com o tempo máximo de condenação, que pode ser superior a 40 (quarenta) anos. Deveras, a depender do caso concreto, é perfeitamente possível que alguém seja condenado a uma pena superior a esse patamar em virtude da prática de crimes diversos. Nesse caso, incumbe ao juiz das execuções (LEP, art. 66, III, "a") proceder à unificação das penas, nos termos do §1º do art. 75 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/19: "Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo". Essa unificação das penas prevista no art. 75, §1º, do CP, leia-se, a transformação de várias penas em uma única, refere-se exclusivamente ao cumprimento da pena, não se aplicando a benefícios da execução penal, como, por exemplo, a progressão de regimes. Por consequência, na hipótese de alguém ser condenado pela prática de crime diversos a pena superior a 40 (quarenta) anos de reclusão, o cálculo da progressão deve ser feito com base na reprimenda aplicada, e não sobre o máximo de 40 (quarenta) anos de que trata o art. 75 do Código Penal, que se refere ao limite de tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade. É nesse sentido, aliás, o teor da **súmula n. 715 do STF** ("A pena unificada para atender ao limite de *trinta* anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução"), cujos fundamentos continuam válidos, cabendo tão somente interpretá-la em sintonia com o novo limite de 40 (quarenta) anos fixado pelo Pacote Anticrime;[133]

133. No sentido de que a pena resultante da unificação (CP, art. 75, § 1º) há de ser considerada, unicamente, para efeito de cumprimento do limite temporal máximo de trinta (30) anos – atualmente, 40 (quarenta) anos –, não se prestando ao cálculo de outros benefícios legais (RTJ 118/497 - RTJ

b) (Im) possibilidade de progressão de regimes para presos cautelares: não se trata, a progressão de regimes, de benefício exclusivo dos presos penais, é dizer, daqueles que têm contra si sentença condenatória transitada em julgado. Na verdade, sendo necessária a manutenção ou a decretação da prisão cautelar do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em virtude da presença de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, nada impede a concessão antecipada dos benefícios da execução penal, dentre eles a progressão de regimes. De fato, supondo que já tenha se operado o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, mas ainda pendente recurso da defesa, é certo que, por força do princípio da *non reformatio in pejus*, a pena imposta ao acusado não poderá ser agravada (CPP, art. 617, *in fine*). Logo, estando o cidadão submetido à prisão cautelar, justificada pela presença dos requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, afigura-se possível a incidência da progressão de regime. Em outras palavras, a vedação à execução provisória da pena decorrente do princípio da presunção de não culpabilidade – STF, ADC's 43, 44 e 54 – não impede a antecipação cautelar dos benefícios da execução penal definitiva ao preso processual.[134] De se ver que a própria Lei de Execução Penal estende seus benefícios aos presos provisórios (Lei nº 7.210/84, art. 2º, parágrafo único), sendo que a detração prevista no art. 42 do Código Penal permite que o tempo de prisão provisória seja descontado do tempo de cumprimento de pena. Nessa linha, de acordo com a **Súmula 716 do STF**, "admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". A **súmula 717 do STF**, por sua vez, preceitua que "não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial". Nessa hipótese de custódia cautelar, o termo inicial para a contagem do percentual de cumprimento da pena necessário para a progressão de regime será a data do cumprimento do mandado de prisão preventiva, e não a data da publicação da sentença condenatória. É nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos: "(...) A custódia cautelar necessariamente deve ser computada para fins de obtenção de progressão de regime e demais benefícios da execução, desde que não ocorra condenação posterior apta a configurar falta grave, não se limitando, de toda sorte, o período de prisão provisória à detração. (...) Destarte, partindo-se da premissa de que, diante da execução de uma única condenação, o legislador não impôs qualquer requisito adicional além dos estabelecidos no artigo 112 da Lei de Execução Penal, impende considerar a data da prisão preventiva como marco inicial para obtenção de benefícios em sede de execução penal, desde que não se tenha notícia do cometimento de falta grave pelo reeducando, servindo a sentença condenatória como parâmetro acerca do *quantum* de pena que deverá ter sido cumprido e não como marco interruptivo para obtenção de benefícios relacionados à progressão de regime. (...)";[135]

c) (In) admissibilidade da progressão *per saltum*: como exposto anteriormente, a progressão consiste na transferência de um regime de cumprimento mais severo para outro mais brando. Não se admite que o condenado passe diretamente do regime fechado para o aberto, o que se denomina de **progressão *per saltum***, visto que nosso sistema de execução da pena é progressivo, de forma que é exigido do apenado, antes de passar para o estágio subsequente, que tenha cumprido um tempo mínimo no regime anterior (LEP, art. 112, *caput*). O que se permite, excepcionalmente, e que não se confunde com a progressão por salto, é o aproveitamento do tempo excedente cumprido indevidamente no regime mais severo na avaliação da próxima progressão de pena. Assim, imperiosa a passagem do condenado pelo regime intermediário, ainda que por tempo menor do que o ordinariamente previsto, pois, se não inserido anteriormente no regime menos rigoroso a que fazia jus, tal fato se deu puramente por desídia estatal. É nesse sentido, aliás, o teor da **súmula n. 491 do STJ:** "É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional". Há diversos precedentes nesse

137/1204 - RTJ 147/637), tais como a remição, o livramento condicional, o indulto, a comutação e a progressão para regime de execução penal mais favorável: STF, 2ª Turma, HC 84.766/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11/09/2007, DJe 74 24/04/2008.

134. A execução provisória da pena, considerada válida pelo Supremo Tribunal Federal entre o julgamento do HC 126.292 e das ADC's 43, 44 e 54, não se confunde com a concessão antecipada de benefícios prisionais ao preso cautelar. Naquela, não estão presentes os requisitos para a prisão cautelar. A prisão penal do indivíduo, decorrente de acórdão condenatório proferido por Tribunal de 2ª instância, surge, assim, como verdadeira antecipação da pena, em flagrante contrariedade, a nosso juízo, ao princípio da presunção de inocência. Na antecipação dos benefícios, o cidadão está submetido à prisão cautelar, justificada pela existência dos requisitos do art. 312 do CPP, e, como há privação de liberdade, seria possível a incidência de institutos como a progressão de regime e outros incidentes da execução. Com entendimento semelhante: BOTTINI, Pierpaolo. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 468. Na mesma linha: FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. Op. cit. p. 318.

135. STF, 1ª Turma, RHC 142.463/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 12/09/2017, DJe 225 02/10/2017.

sentido, senão vejamos: "(...) Hipótese em que o magistrado da execução deferiu a progressão para o regime semiaberto com data retroativa e, logo em seguida, antes mesmo do cumprimento da decisão, deferiu nova progressão para o regime aberto. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, não se admite a denominada progressão de regime *per saltum*, considerando a inteligência do art. 112 da Lei de Execução Penal, no qual é estabelecido que o sentenciado deve descontar 1/6 da pena imposta no regime em que se encontra e, posteriormente, progredir para o regime subsequente. Hipótese na qual Colegiado a quo determinou o retorno do paciente ao regime intermediário em razão do não preenchimento do requisito objeto necessário para a concessão da benesse, porquanto o apenado não havia ainda descontado 1/6 da reprimenda no regime intermediário quando obteve a progressão ao regime aberto. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator".[136] Na verdade, essa progressão por saltos só é admitida em situações absolutamente teratológicas, como ocorre, por exemplo, quando o condenado, após o cumprimento de 16% (dezesseis por cento) da pena no regime fechado, tiver negado o direito à progressão ao semiaberto por conta da ausência de vaga nesse regime, cumprindo, assim, mais 16% (dezesseis por cento) do restante da pena no fechado;

d) Inadimplemento deliberado da pena de multa e possibilidade de progressão de regime prisional: na visão do Plenário do Supremo Tribunal Federal,[137] o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional, salvo se comprovada a impossibilidade econômica do apenado em pagar o valor, ainda que parceladamente. A alteração legislativa do art. 51 do Código Penal pela Lei n. 9.268/96 não retirou da multa o seu caráter de pena, conforme disposição constitucional (CF, art. 5º, XLVI) e legal (CP, art. 32, III). Para a Suprema Corte, a análise dos requisitos necessários para a progressão de regimes não estaria restrita ao art. 112 da LEP, pois outros elementos deveriam ser considerados pelo julgador para individualizar a pena. Considerando-se que a parte verdadeiramente severa da pena, notadamente em crimes contra a Administração Pública, haveria de ser a de natureza pecuniária, que teria o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes a envolver apropriação de recursos públicos, não seria possível a progressão de regime sem o pagamento da multa fixada na condenação. Por conseguinte, o não recolhimento da multa por condenado que tivesse condições econômicas de pagá-la, sem sacrifício dos recursos indispensáveis ao sustento próprio e de sua família, constituiria deliberado descumprimento de decisão judicial e deveria impedir a progressão de regime. Tal interpretação seria reforçada pelo art. 36, § 2º, do CP e pelo art. 118, § 1º, da LEP, que estabelecem a regressão de regime para o condenado que não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. Assim, o deliberado inadimplemento da multa sequer poderia ser comparado à vedada prisão por dívida (CF, art. 5º, LXVII), configurando apenas óbice à progressão no regime prisional;

e) Data-base para subsequente progressão de regime: é aquela em que o reeducando preencher os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ eram firmes em assinalar que o termo inicial para obtenção de nova progressão pelo apenado era a data do seu efetivo ingresso no regime anterior e não a data da decisão judicial concessiva do benefício ou aquela em que houve o preenchimento dos requisitos do art. 112 da LEP. No entanto, a Quinta Turma modificou seu entendimento sobre o tema e, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, passou a considerar como data-base para concessão de nova progressão aquela em que o apenado preencheu os requisitos do art. 112 da LEP. O STJ, em casos de punição disciplinar, determina que a data-base para nova progressão de regime será contada a partir do dia da falta grave, e não do dia em que for publicada a decisão que a reconhece judicialmente. Na situação de progressão de regime, a regra deverá ser a mesma. O sistema progressivo da execução penal não pode ser erigido em detrimento do apenado em casos específicos de mora judiciária. A teor de julgados do Supremo Tribunal Federal, a decisão do Juízo das Execuções, que defere a progressão de regime, é meramente declaratória, e não constitutiva. Primeiramente o reeducando preenche os requisitos objetivo e subjetivo e, depois, pronunciamento judicial reconhece seu direito ao benefício. Embora a análise célere do pedido seja o ideal, é cediço que a providência jurisdicional não ocorre dessa forma e, por vezes, pode demorar meses ou anos para ser implementada. Por tais motivos, o período de permanência no regime mais gravoso, por mora do Judiciário em analisar requerimento de progressão ao modo intermediário

136. STJ, 5ª Turma, HC 191.223/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01/03/2012, DJe 08/03/2012. No mesmo contexto: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 243.901/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11/12/2012, DJe 17/12/2012.

137. STF, Pleno, EP 12 ProgReg-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 08/04/2015, DJe 93 19/05/2015.

de cumprimento da pena, deverá ser considerado para o cálculo de futuro benefício, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade do apenado, como pessoa humana (art. 1°, III, CF) e prejuízo ao seu direito de locomoção. Portanto, o marco para a subsequente progressão deve ser a data em que o reeducando preencher os requisitos legais do art. 112 da LEP;[138]

f) remição pelo trabalho (ou pelo estudo) para fins de progressão de regimes: consoante disposto no art. 128 da LEP, com redação dada pela Lei n. 12.433/11, o tempo remido pelo trabalho (ou pelo estudo) do preso deve ser computado como *pena cumprida para todos os efeitos*, inclusive para fins de progressão de regime prisional. Por consequência, os dias remidos hão de ser somados ao total da pena já cumprido, para fins de integrar o lapso necessário à obtenção de benefícios em sede de execução penal;[139]

g) cabimento da progressão de regimes no regime disciplinar diferenciado: a par de modificar o procedimento atinente ao interrogatório judicial, a Lei n. 10.792/03 introduziu substanciais alterações na Lei de Execução Penal, dentre elas o denominado regime disciplinar diferenciado, verdadeira forma especial de cumprimento de pena no regime fechado, que funciona ora como espécie de **sanção disciplinar (RDD punitivo)**, à qual estará sujeito o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, que praticar fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem e da disciplina internas (LEP, art. 52, *caput*, com redação dada pela Lei n. 13.964/19), ora como verdadeira **medida cautelar (RDD cautelar)**, aplicável aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave (LEP, art. 52, §1°, incisos I e II, com redação dada pela Lei n. 13.964/19). Com duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, caracteriza-se, grosso modo, pelo recolhimento do apenado em cela individual, limitações ao direito de visitas e à saída da cela para banho de sol, monitoramento de entrevistas, exceto aquelas com seu defensor, salvo expressa autorização judicial em contrário, fiscalização do conteúdo da correspondência e pela participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência (LEP, art. 52, incisos I a VII, com redação dada pela Lei n. 13.964/19). Discute-se, então, se a progressão de regimes seria cabível para presos submetidos ao RDD. De um lado, há quem entenda que, diante da ausência de vedação legal expressa, não há por que se negar a concessão do referido benefício. É nesse sentido, entre outros, a opinião de Renato Marcão: "É de admitir, portanto, a possibilidade de progressão de regime prisional estando preso submetido a Regime Disciplinar Diferenciado. Cumpre seja cada caso apreciado com especial atenção, ficando afastada a genérica e superficial conclusão no sentido da impossibilidade por incompatibilidade. Importa observar, também, que, mesmo recebendo a progressão, por exemplo, para o regime semiaberto, o preso deverá cumprir a sanção disciplinar integralmente, antes de ir, de fato, para o novo regime. Vale dizer: deverá cumprir todo o tempo restante de Regime Disciplinar Diferenciado antes de ver efetivada sua transferência para o novo regime".[140] Em sentido diverso, porém, parte da doutrina (nossa posição) sustenta que, a despeito de não haver vedação expressa nesse sentido e, por mais que, em tese, o preso possa ter preenchido os requisitos objetivos (v.g., 16%, 20%, 25%, 40%, etc.), é no mínimo questionável se tal indivíduo preenche os requisitos subjetivos (mérito do apenado) indispensáveis para a progressão de regimes. Haveria, de fato, verdadeira *contradictio in terminis* em submeter o preso ao RDD, por exemplo, pelo fato de ter incorrido na prática de fato previsto como crime doloso (falta grave), capaz de ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, e, ao mesmo tempo, afirmar que tal indivíduo ostenta boa conduta carcerária (LEP, art. 112, §1°). Como destaca Avena, "as situações previstas no art. 52, *caput*, e §1°, da LEP, sugerem periculosidade, desajuste carcerário e inadequação à terapêutica penal aplicada, revelando que o apenado está longe de alcançar a reintegração social que se espera com o cumprimento da pena privativa de liberdade. Tudo isso, afinal, mostra-se absolutamente incompatível com o reconhecimento do mérito necessário à concessão da progressão (...)";[141]

138. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 369.774/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 22/11/2016, DJe 07/12/2016.

139. Com esse entendimento: AVENA, Norberto. *Execução penal esquematizado*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015. P. 226.

140. MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 190.

141. Op. cit. p. 239.

h) cabimento da progressão de regimes no caso de cumprimento da pena em penitenciária federal de segurança máxima: com base nos mesmos argumentos expostos no tópico anterior, consideramos que o cumprimento da pena em penitenciária federal de segurança máxima também tem o condão de obstar a progressão de regime prisional, haja vista a ausência do requisito subjetivo legalmente exigido para tanto, qual seja, o mérito do condenado. Nas palavras da 2ª Turma do STF, "(...) o cumprimento de pena em penitenciária federal de segurança máxima por motivo de segurança pública não é compatível com a progressão de regime prisional. (...) A 2ª Turma afirmou que a transferência do apenado para o sistema federal tem, em regra, como fundamento razões que atestam que, naquele momento, o condenado não tem mérito para progredir de regime. Observou que a transferência seria cabível no interesse da segurança pública ou do próprio preso (Lei n. 11.671/08, art. 3º)";[142]

i) progressão e nova condenação: a superveniência de sentença criminal veda a progressão de regimes, mesmo que eventualmente já deferida pelo juízo da execução penal, quando a nova pena tiver que ser cumprida em regime mais rigoroso. A título de exemplo, se ao apenado fora concedida a progressão para o regime semiaberto, mas, na sequência, sobrevém uma pena a ser cumprida no regime fechado, ter-se-á como inviabilizada a passagem para o regime mais brando. Como já se pronunciou o STF, "(...) a unificação de penas decorrente de condenação transitada em julgado, durante o cumprimento de reprimenda atinente a outro crime, altera a data-base para a obtenção de benefícios executórios e progressão de regime, a qual passa a ser contada a partir da soma da nova condenação e tem por parâmetro o restante da pena a ser cumprido".[143] Há, todavia, precedentes do STJ no sentido da inadmissibilidade de alteração da data-base para a concessão de benefícios durante a execução penal, inclusive a progressão de regime prisional, em face da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória. A propósito, confira-se: "(...) A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando. Caso o quantum obtido após o somatório torne incabível o regime atual, está o condenado sujeito a regressão a regime de cumprimento de pena mais gravoso, consoante inteligência dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal. A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal. Portanto, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução. Caso o crime cometido no curso da execução tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena, pois, segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novos benefícios executórios, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto. Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante *bis in idem*. O delito praticado antes do início da execução da pena não constitui parâmetro idôneo de avaliação do mérito do apenado, porquanto evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do sentenciado. As condenações por fatos pretéritos não se prestam a macular a avaliação do comportamento do sentenciado, visto que estranhas ao processo de resgate da pena";[144]

j) progressão de regime prisional para condenado estrangeiro e processo de expulsão em andamento: é perfeitamente possível a progressão de regime prisional para cumprimento de pena privativa de liberdade imposta a estrangeiro que responde a processo de expulsão do território nacional, pela prática de crime comum. É nesse sentido, aliás, o teor do art. 54, §3º, da Lei de Migração;[145]

k) progressão de regimes e crimes militares: a progressão de regimes também é aplicável aos crimes militares, ainda que o militar esteja cumprindo pena em penitenciária militar (CPM, art. 61), sob pena de manifesta violação ao princípio

142. STF, 2ª Turma, HC 131.649/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06/09/2016, noticiado no informativo n. 838.

143. STF, 1ª Turma, HC 100.499/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/10/2010, DJe 228 26/11/20210. No mesmo contexto: STF, 1ª Turma, HC 96.824/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2011, DJe 86 09/05/2011.

144. STJ, 3ª Seção, REsp 1.557.461/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 22/02/2018, DJe 15/03/2018.

145. Lei n. 13.445/17: "Art. 54. A expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado. (...) §3º O processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro".

da individualização da pena no curso da execução. Na dicção do Supremo Tribunal Federal, "(...) os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. (...) É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do paciente, e que aplique, para tanto, o Código Penal e a Lei 7.210/1984 naquilo que for omissa a Lei castrense".[146]

7.9. Natureza do crime de tráfico de drogas previsto no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 para fins de progressão de regimes.

De maneira inovadora, a Lei nº 11.343/06 passou a prever uma causa de diminuição de pena em seu art. 33, § 4º, nos seguintes termos: "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)". Apesar de muitos se referirem a este dispositivo com a denominação de *tráfico privilegiado*, tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se apenas a prever a possibilidade de diminuição da pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase do cálculo da pena no sistema trifásico de Nelson Hungria (CP, art. 68).

De acordo com o antigo entendimento do STJ, a presença desta minorante não tinha o condão de afastar a natureza hedionda do tráfico de drogas. Era nesse sentido, aliás, o teor da **súmula n. 512 do STJ** ("A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas"). Todavia, por ocasião do julgamento do HC 118.533/MS (Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/06/2016), o Plenário do STF concluiu que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, revogado §2º). Para o STF, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, "caput" e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. A Corte observou que, no caso do tráfico privilegiado, a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstrariam o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição dessas pessoas. Não se poderia, portanto, chancelar-se a hediondez a essas condutas, até mesmo porque a etiologia do crime privilegiado seria incompatível com tal natureza. Com a nova orientação do STF acerca do assunto, o STJ foi obrigado a alterar seu entendimento, deliberando, assim, pelo cancelamento da súmula n. 512.

Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime e, de modo a evitar quaisquer controvérsias em relação ao assunto para fins de progressão de regimes, esse entendimento foi positivado no §5º do art. 112 da LEP, *in verbis:* "Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006". Por conseguinte, em se tratando de apenado primário condenado pelo referido delito, o *quantum* para fins de progressão será aquele previsto no inciso I do art. 112, é dizer, 16% (dezesseis por cento); se reincidente, 20% (vinte por cento), *ex vi* do art. 112, inciso II, da LEP.

7.10. Prática de falta grave como causa interruptiva da contagem do prazo para a progressão de regime.

De acordo com o art. 50 da Lei de Execução Penal, comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade (ou preso cautelar) que incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina, fugir, possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem, provocar acidente de trabalho, descumprir, no regime aberto, as condições impostas, não observar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, da LEP, tiver em sua

146. STF, 2ª Turma, HC 104.174/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/03/2011, DJe 93 17/05/2011.

posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. A prática de fato previsto como crime doloso também constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 52, *caput,* com redação determinada pela Lei n. 13.964/19).

Mesmo antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime, doutrina e jurisprudência já se manifestavam no sentido de que a contagem do lapso temporal necessário para a progressão de regimes deveria ser zerada se o preso cometesse falta grave. Impunha-se, portanto, o início de novo prazo para a contagem do benefício da progressão do regime prisional, uma vez que o cometimento da falta grave teria o condão de excluir o mérito legalmente exigido para a passagem ao regime prisional mais brando. Por consequência, levando-se em consideração como *dies a quo* a data do cometimento da falta grave, o condenado (ou preso provisório) deveria cumprir novamente o lapso temporal fixado em lei para que fizesse jus à progressão. A contagem desse novo período aquisitivo do requisito objetivo deveria ser feita, porém, sobre o remanescente da pena, e não sobre a sua totalidade.

Há, de fato, diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, senão vejamos: "(...) A orientação firmada na 3.ª Seção, no julgamento do EREsp n. 1.176.486/SP, é claro ao consignar que a falta grave interrompe o prazo exigido para obtenção da progressão de regime, não acarretando efeitos interruptivos no prazo exigido para obtenção de livramento condicional, comutação de pena e indulto, salvo se o decreto concessivo trouxer previsão. Precedentes. À luz do mencionado precedente e de recentes julgados de ambas as Turmas que julgam matéria criminal, a divergência foi superada nos exatos termos da decisão agravada, merecendo ser mantida. Agravo Regimental improvido".[147] Daí, aliás, os dizeres da **súmula n. 534 do STJ:** "A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração".

Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime no dia 23 de janeiro de 2020, esse entendimento jurisprudencial consolidado na súmula n. 534 do STJ foi positivado no §6º do art. 112 da LEP: "O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente".

7.11. (Im) possibilidade de reaquisição do bom comportamento após 1 (um) ano da ocorrência do fato.

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o §7º do art. 112 do então Projeto de Lei n. 6.341/19 (n. 10.372/18 na Câmara dos Deputados) tinha a seguinte redação: "§7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito". Ocorre que o Presidente da República deliberou por vetar o referido dispositivo, fazendo-o com base nos seguintes argumentos: "A propositura legislativa, ao dispor que o bom comportamento, para fins de progressão de regime, é readquirido após um ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito, contraria o interesse público, tendo em vista que a concessão da progressão de regime depende da satisfação de requisitos não apenas objetivos, mas, sobretudo de aspectos subjetivos, consistindo este em bom comportamento carcerário, a ser comprovado, a partir da análise de todo o período da execução da pena, pelo diretor do estabelecimento prisional. Assim, eventual pretensão de objetivação do requisito vai de encontro à própria natureza do instituto, já pré-concebida pela Lei nº 7.210, de 1984, além de poder gerar a percepção de impunidade com relação às faltas e ocasionar, em alguns casos, o cometimento de injustiças em relação à concessão de benesses aos custodiados."

8. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

Importante alternativa aos efeitos traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere, o art. 43 do Código Penal enumera as seguintes penas restritivas de direitos: prestação pecuniária, perda de

147. STJ, 3ª Seção, AgRg no EREsp 1.238.180/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 27/11/2013, DJe 09/12/2013. E ainda: "(...) A prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo. Em se tratando de livramento condicional, não ocorre a interrupção do prazo pela prática de falta grave. Aplicação da Súmula 441/STJ. Também não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos. Recurso especial parcialmente provido para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime". (STJ, 3ª Seção, REsp 1.364.192/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 12/02/2014, DJe 17/09/2014).

bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana. Essas penas são autônomas e substituem as privativas de liberdade. Logo, não se pode admitir que alguém seja condenado a cumprir determinada pena privativa de liberdade e, simultaneamente, ao cumprimento de penas restritivas de direito. A propósito, eis o teor da Súmula nº 493 do STJ: "É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto".

Quanto aos requisitos para a substituição por restritiva de direitos, pode-se dizer que, no tocante aos crimes culposos, não há qualquer pressuposto específico, a não ser a verificação das circunstâncias judiciais. Ou seja, basta que o juiz constate que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do fato indicam que a medida seja suficiente, pouco importando o *quantum* de pena cominado ao delito. A reincidência, por si só, não impede a aplicação do benefício no caso de crime culposo, já que tal circunstância somente figura como óbice à substituição se o agente for *reincidente específico em crime doloso* (CP, art. 44, II). Evidentemente, se o juiz concluir que a reincidência demonstra que a substituição poderá não se mostrar medida suficiente, por revelar conduta social ou personalidade incompatível com o benefício, poderá denegar a substituição por restritiva de direitos.

Em se tratando de crimes dolosos, alguns requisitos devem ser preenchidos pelo acusado, a saber:

1) **Pena não superior a 4 (quatro) anos**: se o acusado for condenado no mesmo processo por vários crimes, o parâmetro a ser utilizado é a pena total imposta na sentença, e não aquela aplicada a cada delito isoladamente. Na hipótese de concurso formal próprio ou crime continuado, o parâmetro também será a pena final, nos termos dos arts. 70 e 71 do CP, não sendo possível a aplicação da regra do art. 119 do CP, referendada pela súmula nº 497 do Supremo ("Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação"), que se refere apenas ao cálculo da prescrição;[148]

2) **Crime cometido sem o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa (CP, art. 44, I, *in fine*)**: na visão dos tribunais, tratando-se de norma restritiva da liberdade, esse dispositivo deve ser interpretado restritivamente. Por isso, entende-se que a violência a que se refere o art. 44, I, do CP, é apenas a violência *real*, ou seja, o emprego de força física sobre o corpo da vítima como meio de execução do delito. Portanto, se acaso o crime de roubo do art. 157, *caput*, do CP, for cometido mediante o emprego de violência imprópria – redução da possibilidade de resistência da vítima por qualquer outro meio que não caracterize violência ou grave ameaça, tal como, por exemplo, amarrar alguém a um poste –, tem sido admitida a substituição por restritiva, desde que preenchidos, obviamente, os demais requisitos.[149]

3) **Acusado não reincidente específico em crime doloso (ou preterdoloso)**: de acordo com o art. 44, II, do CP, para que seja possível a substituição, o acusado não pode ser reincidente em crime doloso. Perceba-se que não basta que o acusado seja reincidente. Há necessidade de que sua reincidência seja específica em relação a crime doloso, ou seja, tanto aquele objeto anterior da condenação, quanto o outro delito, posteriormente cometido, devem ser crimes dolosos ou preterdolosos. De todo modo, mesmo em se tratando de reincidente específico em crime doloso (ou preterdoloso), o art. 44, § 3º, do CP, autoriza a substituição, mas desde que o juiz verifique que a medida se mostra socialmente recomendável e que a reincidência não tenha ocorrido pela prática do mesmo tipo penal de crime doloso, ainda que a classificação jurídica não seja a mesma (v.g., furto simples, e, após o trânsito em julgado, furto qualificado).

4) **Circunstâncias judiciais favoráveis**: de acordo com o art. 44, III, do CP, a substituição por restritiva de direitos deve ser deferida pelo juiz quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Apesar de a Lei nº 8.072/90 não vedar expressamente a possibilidade de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos, grande parte da doutrina posiciona-se contrariamente a essa possibilidade. Para tanto, costuma-se invocar o argumento de que a Lei nº 8.072/90 determina que os condenados por crimes hediondos e equiparados

148. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 94.646/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11/12/2008, DJe 02/02/2009.

149. No sentido de que a violência a que se refere o art. 44, inciso I, do CP, é apenas a violência real: STJ, 6ª Turma, RHC 9.135/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 06/04/2000, DJ 19/06/2000 p. 210. Com raciocínio semelhante, Estefam adverte que, se uma pessoa cometer uma tentativa de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), poderá, em tese, ter sua pena de prisão substituída. (ESTEFAM, André. *Direito penal*, volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 322).

iniciem o cumprimento da pena em regime fechado, daí por que não seria cabível a substituição. A Lei de Drogas caminha na mesma direção, já que o art. 44, *caput*, veda expressamente a conversão de suas penas em restritivas de direitos.[150]

Ocorre que, ao apreciar o HC 97.256, o plenário do Supremo declarou, incidentalmente, com efeito *ex nunc*, a inconstitucionalidade da expressão *vedada a conversão em penas restritivas de direitos*, constante do § 4º do art. 33, e da parte final do art. 44, ambos da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006). Para o Supremo, a vedação, em abstrato, da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos seria incompatível com o princípio da individualização da pena, porquanto subtrai da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. Ademais, as penas privativas de liberdade não seriam as únicas a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. Na dicção da Corte, as demais penas, aí incluídas as restritivas de direitos, também são vocacionadas para esse papel de retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. O Relator também fundamentou seu voto no permissivo da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena de 1988, internalizada pelo Decreto nº 154/91 –, que permite, em seu art. 3º, § 4º, "c", a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando se tratar de infrações de caráter menor. Por tais motivos, foi concedida a ordem em *habeas corpus* não para assegurar ao paciente a imediata substituição, mas pelo menos para remover o obstáculo da Lei nº 11.343/06, devolvendo ao juiz da causa a tarefa de aferir a presença das condições objetivas e subjetivas listadas no art. 44 do Código Penal.[151]

Ora, diante desse entendimento, não há como negar a possibilidade, pelo menos em tese, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação aos crimes hediondos. Afinal, se o tráfico de drogas, que é crime *equiparado a hediondo* por força da própria Constituição Federal (art. 5º, XLIII), admite essa possibilidade, não há como não estendê-la às demais infrações do mesmo gênero. De mais a mais, removida a vedação legal à progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo em virtude do julgamento do HC 82.959/SP, também resta ultrapassada a argumentação que era utilizada para vedar a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos. Logo, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, é plenamente possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pouco importando o fato de se tratar de acusado estrangeiro.[152]

9. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (*SURSIS*).

O *sursis* funciona como um substitutivo da execução de penas privativas de liberdade de curta duração, por meio do qual o condenado fica sujeito ao cumprimento de certas condições durante um período de prova, findo o qual estará extinta sua punibilidade.

De acordo com o art. 77 do Código Penal, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: a) o condenado não seja reincidente em crime doloso; b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizarem a concessão do benefício; III – não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício (CP, art. 77, § 1º). Ademais, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta)

150. No sentido de que a obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime integralmente fechado em relação a crimes hediondos e equiparados inviabilizava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: STF, 2ª Turma, HC 85.906/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 02/08/2005, DJ 02/09/2005. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 84.515/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24/05/2005, DJ 21/10/2005.

151. STF, Pleno, HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJe 247 15/12/2010. Por conta dessa decisão, o Senado Federal deliberou pela suspensão da execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, porém não fez o mesmo em relação à expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos" do art. 44 (Resolução nº 5, de 2012). Na visão da 6ª Turma do STJ, o fato de o tráfico de drogas ser praticado com o intuito de introduzir substâncias ilícitas em estabelecimento prisional não impede, por si só, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, devendo essa circunstância ser ponderada com os requisitos necessários para a concessão do benefício: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.359.941/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 4/2/2014.

152. No sentido de que o fato de se tratar de *estrangeiro* condenado pelo crime de tráfico ilícito de drogas não pode ser utilizado como óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que, logicamente, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do CP: STF, 1ª Turma, HC 103.311/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07/06/2011, DJe 123 28/06/2011.

anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão (CP, art. 77, § 2º).

Em relação à concessão do *sursis* ao condenado pela prática de crimes hediondos e equiparados, não há qualquer vedação expressa constante da Constituição Federal, nem tampouco da Lei nº 8.072/90. No entanto, como o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, dispunha, em sua redação original, que a pena devia ser cumprida integralmente em regime fechado, os Tribunais sempre entenderam que a Lei dos Crimes Hediondos estaria a exigir a efetiva execução da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, o que, em tese, funcionaria como óbice à concessão de quaisquer benefícios penais que viessem a substituir o efetivo cumprimento da pena de prisão.[153]

Em sentido diverso, grande parte da doutrina sempre entendeu que a Lei dos Crimes Hediondos exigia apenas o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado integral, ou, a partir da Lei nº 11.464/07, em regime inicial fechado, o que, no entanto, não seria incompatível com a concessão do *sursis*, que, aliás, funciona exatamente como causa suspensiva da execução da pena de prisão. Em outras palavras, o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não impede a concessão do *sursis*. Afinal, como o *sursis* substitui condicionalmente a execução da pena privativa de liberdade, é de todo evidente que a concessão desse benefício antecede o efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade, que, se acaso fosse necessário, aí sim deveria ser feito em regime inicial fechado.

A partir do momento em que os Tribunais Superiores reconheceram a inconstitucionalidade do regime integral fechado para o cumprimento da pena pela prática de crimes hediondos (STF, HC 82.959/SP), passando a admitir, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (STF, HC 97.256/RS), houve inevitável mudança de orientação jurisprudencial em relação à concessão do *sursis*, cuja aplicação vem sendo admitida inclusive em relação a crimes hediondos, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 77 do Código Penal.[154]

Não obstante a possibilidade de concessão do *sursis* aos crimes hediondos, é bom ressaltar que, especificamente em relação ao tráfico de drogas, ante a vedação constante do art. 44 da Lei nº 11.343/06, os Tribunais ainda vêm considerando ser legítima a proibição da concessão da suspensão condicional da pena aos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da referida Lei, o que, a nosso ver, causa bastante estranheza, porquanto se confere tratamento desigual a crimes que são equiparados por força da própria Constituição Federal.[155]

10. BENEFÍCIOS PRISIONAIS.

As diversas restrições estabelecidas pela Lei nº 8.072/90 em relação a benefícios penais e processuais penais também provoca certa controvérsia no tocante ao gozo de certos direitos previstos na Lei de Execução Penal.

10.1. Prisão domiciliar.

Levando em consideração certas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão penal pela prisão domiciliar visa tornar menos desumana a segregação, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. De acordo com o art. 117 da LEP, é possível o recolhimento do beneficiário do regime aberto em residência particular quando se tratar de: I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.[156]

Além das hipóteses previstas no art. 117 da LEP, é pacífica a jurisprudência no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime a que faz jus o apenado (v.g, semiaberto), configura constrangimento ilegal a sua submissão ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprir a reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado.[157]

153. No sentido de que, em virtude da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, a imposição legal de regime integralmente fechado seria incompatível com a concessão do *sursis*, porquanto a sanção privativa de liberdade devia ser cumprida integralmente em regime fechado: STF, 1ª Turma, HC 72.697/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/03/1996, DJ 21/05/1999. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 31.656/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 06/05/2004, DJ 07/06/2004 p. 251. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 28.227/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 16/10/2003, DJ 19/12/2003 p. 524.

154. No sentido de que a interpretação sistemática dos textos relativos aos crimes hediondos e à suspensão condicional da pena conduz à conclusão sobre a compatibilidade entre ambos: STF, 1ª Turma, HC 84.414/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14/09/2004, DJ 26/11/2004.

155. Para o Supremo, "o óbice, previsto no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, à suspensão condicional da pena imposta ante tráfico de drogas mostra-se afinado com a Lei nº 8.072/90 e com o disposto no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal": STF, 1ª Turma, HC 101.919/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/09/2011, DJe 206 25/10/2011. Com entendimento semelhante: STJ, 5ª Turma, HC 197.268/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/02/2013, DJe 06/03/2013.

156. A prisão domiciliar a que se refere o art. 117 da LEP não se confunde com a novel prisão domiciliar de natureza cautelar introduzida nos arts. 317 e 318 do CPP pela Lei nº 12.403/11, que cuida da possibilidade de substituição da prisão preventiva, espécie de prisão cautelar, pela prisão domiciliar, ao passo que a prisão-albergue domiciliar prevista no art. 117 da LEP funciona como modalidade de prisão aberta, ou seja, hipótese de cumprimento de prisão penal de regime aberto em residência particular.

157. STJ, 5ª Turma, 1.187.343/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17/03/2011, DJe 04/04/2011. E ainda: STJ, 6ª Turma, HC 158.783/RS, Rel. Min. Celso Limongi, Desembargador Convocado do TJ/SP, j. 31/08/2010, DJe 20/09/2010. No

À época em que a Lei dos Crimes Hediondos entrou em vigor, como se exigia o cumprimento integral da pena em regime fechado, era absolutamente inconcebível a substituição da pena privativa de liberdade pela prisão domiciliar, porquanto, segundo o art. 117 da LEP, este benefício podia ser concedido apenas àqueles que estivessem cumprindo pena em regime aberto. Hoje, no entanto, admitida a possibilidade de progressão de regimes em relação a crimes hediondos e equiparados (STF, HC 82.959/SP), e declarada a inconstitucionalidade do regime inicial fechado pelo plenário do Supremo (STF, HC 111.840/ES), conclui-se que o argumento outrora utilizado para a vedação da substituição da prisão penal pela domiciliar encontra-se ultrapassado. Por isso, desde que preenchidos os pressupostos do art. 117 da LEP, é possível a concessão de prisão domiciliar aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, até mesmo como forma de se preservar o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Nesse contexto, como se pronunciou o Supremo, "o fato de o paciente estar condenado por delito tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República (art. 1º, inciso III, da CF/88). Por outro lado, incontroverso que essa mesma dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionalíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado".[158]

10.2. Autorizações de saída.

As *autorizações de saída* são o gênero, do qual são espécies as *permissões de saída* e as *saídas temporárias*.

Por meio das permissões de saída previstas nos arts. 120 e 121 da LEP, fundamentadas em razões humanitárias – falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão, ou necessidade de tratamento médico, nesse caso, apenas quando o presídio não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária ao preso –, o diretor do estabelecimento autoriza o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto e os presos cautelares a saírem do presídio, mediante escolta.

Por sua vez, as saídas temporárias estão previstas nos arts. 122 a 125 da LEP. Diversamente das permissões de saída, a LEP (art. 122) restringe a concessão da saída temporária exclusivamente aos condenados que cumprem pena no regime semiaberto – a jurisprudência entende que o benefício também é válido para os condenados que cumprem pena no regime aberto –, sem vigilância direta – admite-se o uso de monitoramento eletrônico (LEP, art. 122, §1º) –, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior; III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Mais do que benesses concedidas ao condenado, as saídas temporárias consubstanciam-se em direito quando cumpridos os requisitos, e visam à sua reinserção gradual na sociedade, sendo uma forma de permitir ao Juiz da execução a análise de sua adaptação ao meio aberto, para concessão de futuros benefícios, como a progressão para o regime aberto ou o livramento condicional. Funcionam, pois, como importante elemento para a consecução das finalidades da execução penal, pois fortalecem os vínculos familiares, além de reduzir as tensões inerentes ao encarceramento.

Respeitado o limite anual de 35 (trinta e cinco) dias, fixado pelo art. 124 da LEP, é cabível a concessão de maior número de autorizações de curta duração. Enfim, atenta às peculiaridades da execução penal, é possível à autoridade judiciária conceder maior número de saídas temporárias – mais de 5 (cinco) vezes durante o ano –, de menor duração – inferior a 7 (sete) dias –, desde que respeitado o limite de 35 dias no ano, porquanto o fracionamento do benefício é coerente com o processo reeducativo e com a reinserção gradativa do apenado ao convívio social. As autorizações de saída temporária para visita à família e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, se limitadas a cinco vezes durante o ano, deverão observar o prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre uma e outra (LEP, art. 124, §3º). Todavia, na hipótese de maior número de saídas temporárias de curta duração, já intercaladas durante os doze meses do ano e

sentido de que o condenado em regime semiaberto que faz jus à progressão tem direito a cumprir a pena em prisão domiciliar pelo menos enquanto não surgir vaga em estabelecimento prisional com as condições necessárias ao adequado cumprimento da pena em regime aberto. STJ, 6ª Turma, HC 216.828/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/02/2012.

158. STF, 1ª Turma, HC 83.358/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 04/05/2004, DJ 04/06/2004. No sentido de que o regime domiciliar concedido ao apenado em regime fechado, comprovadamente acometido de doença grave, é medida de exceção, cabível apenas naquelas hipóteses em que inviável o tratamento no interior do próprio estabelecimento prisional: STJ, 6ª Turma, HC 40.448/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 21/02/2006, DJ 05/02/2007 p. 385.

muitas vezes sem pernoite, não se faz necessária a observância desse intervalo, na medida em que tal exigência criaria verdadeira dificuldade à fruição dos 35 dias de saídas temporárias anuais, além de ir de encontro ao objetivo de solidificação dos laços familiares, essencial para a recuperação do reeducando. A contagem do prazo do benefício da saída temporária deve ser feito em dias (CP, art. 10), e não em horas. Logo, não se pode admitir a contagem de tal benesse a partir da 00:00 hora do primeiro dia, sob pena, inclusive, de se colocar em risco a própria segurança do estabelecimento prisional.[159]

Diversamente da permissão de saída, que é autorizada pelo diretor do estabelecimento prisional (LEP, art. 120, parágrafo único), a saída temporária só pode ser autorizada pelo juízo da execução (LEP, art. 123, *caput*). Na mesma linha, o art. 66, IV, da LEP, dispõe expressamente que *compete ao juiz da execução autorizar saídas temporárias*. Por sua vez, o art. 123 da LEP dispõe expressamente que a *autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução*, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária. Percebe-se, à evidência, que a autorização das saídas temporárias é *ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais*, que deve ser motivado com a demonstração da conveniência da medida. É o que preceitua o art. 124 da Lei de Execução Penal, que expressa a necessidade de autorização do Magistrado, após Manifestação do Ministério Público e da Autoridade Penitenciária. Desse modo, é indevida a delegação do exame do pleito à Autoridade Penitenciária, impedindo o *Parquet* de se manifestar quanto à concessão do benefício e, ainda, de exercer a sua função fiscalizadora no tocante à ocorrência de excesso, abuso ou mesmo de irregularidade na execução da medida. É nesse sentido a orientação consolidada na **súmula n. 520 do STJ**: "O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional".

É recomendável que cada autorização de saída temporária do preso seja precedida de decisão judicial motivada. Entretanto, se a apreciação individual do pedido estiver, por deficiência exclusiva do aparato estatal, a interferir no direito subjetivo do apenado e no escopo ressocializador da pena, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de fixação de calendário anual de saídas temporárias por ato judicial único, observadas as hipóteses de revogação automática do art. 125 da LEP.[160] A deficiência do aparato estatal e a exigência de decisão isolada para cada saída temporária - dada a necessidade de cumprimento de diversas diligências para instrução e posterior decisão do pleito - estão a ocasionar excessiva demora na análise do direito dos apenados, com inexorável e intolerável prejuízo ao seu processo de progressiva ressocialização, objetivo-mor da execução das sanções criminais, conforme deixa claro o art. 1º da Lei n. 7.210/1984. Nesse contexto, as autorizações de saída temporária não podem negligenciar a natureza desse instituto, concebido como instrumento integrativo voltado para o restabelecimento do vínculo familiar e para a reaproximação do recluso com a sociedade. É, por conseguinte, inoportuno e atentatório à dignidade que o condenado permaneça no regime semiaberto e, por mera e exclusiva deficiência estrutural e funcional do aparato estatal, não tenha condições de usufruir o benefício em questão, apesar de preencher os requisitos legais. Pela estabilidade e pela coerência da interpretação do art. 123 da LEP, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de a autoridade judicial, em única decisão motivada, autorizar saídas temporárias anuais previamente programadas, observadas as hipóteses de revogação automática do art. 125 da LEP. Ressalte-se que a autorização continuará a ser deferida por ato do Juízo da execução, ouvidos previamente o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos requisitos legais, idênticos para os benefícios futuros. A meta continua a ser a análise individual e célere de cada saída temporária, de modo a proporcionar aos reeducandos a almejada jurisdição e a gradativa reinserção no meio familiar e social. Entretanto, se a tramitação individual de cada pedido estiver, por questões locais, a interferir no direito subjetivo do apenado e a ocasionar demora excessiva do Judiciário para proferir decisões sobre o benefício, por carência exclusiva do aparato estatal, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de o juiz estabelecer calendário prévio de saídas temporárias anuais em ato judicial único, respeitadas as hipóteses de revogação automática do benefício.

159. No sentido de que o prazo máximo de sete dias previsto no art. 124 da Lei nº 7.210/84 tem natureza penal, haja vista que se imbrica com a própria execução da pena, incluindo-se o dia do começo, portanto, no cômputo do prazo da saída temporária (art. 10, CP): STF, 2ª Turma, HC 130.883/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 31/05/2016, DJe 125 16/06/2016.

160. No sentido de que um único ato judicial que analisa o histórico do sentenciado e estabelece um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações poderão ser revistas em caso de cometimento de falta, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras: STF, 2ª Turma, HC 128.763/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/08/2015, DJe 18 29/01/2016.

Esse calendário prévio deve ser fixado, obrigatoriamente, pelo Juízo das execuções, não se lhe permitindo delegar à autoridade prisional a escolha das datas específicas nas quais o apenado irá usufruir os benefícios, nos termos da **súmula n. 520 do STJ**. Decerto que a administração penitenciária será ouvida e poderá subsidiar o órgão julgador com informações relacionadas à rotina carcerária, a fim de melhor escolher as datas que serão ideais para a fiscalização do cumprimento dos horários e das condições do benefício. Todavia, o diretor do presídio não detém atribuição legal, ou mesmo as garantias constitucionais da magistratura, para escolha, por discricionariedade, da data em que, por conveniência do presídio ou por pedido particular do reeducando, deverá ser usufruída a saída temporária do art. 122 da LEP.

A propósito, no julgamento do **REsp 1.544.036/RJ** (Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 14/09/2016, DJe 19/09/2016), a 3ª Seção do STJ fixou as seguinte teses: **1ª tese**: "É recomendável que cada autorização de saída temporária do preso seja precedida de decisão judicial motivada. Entretanto, se a apreciação individual do pedido estiver, por deficiência exclusiva do aparato estatal, a interferir no direito subjetivo do apenado e no escopo ressocializador da pena, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de fixação de calendário anual de saídas temporárias por ato judicial único, observadas as hipóteses de revogação automática do art. 125 da LEP"; **2ª tese**: "O calendário prévio das saídas temporárias deverá ser fixado, obrigatoriamente, pelo Juízo das Execuções, não se lhe permitindo delegar à autoridade prisional a escolha das datas específicas nas quais o apenado irá usufruir os benefícios. Inteligência da Súmula n. 520 do STJ"; **3ª Tese**: "Respeitado o limite anual de 35 dias, estabelecido pelo art. 124 da LEP, é cabível a concessão de maior número de autorizações de curta duração"; **4ª tese**: "As autorizações de saída temporária para visita à família e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, se limitadas a cinco vezes durante o ano, deverão observar o prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre uma e outra. Na hipótese de maior número de saídas temporárias de curta duração, já intercaladas durante os doze meses do ano e muitas vezes sem pernoite, não se exige o intervalo previsto no art. 124, § 3°, da LEP".

Para que a saída temporária seja concedida, devem ser atendidos os seguintes requisitos: a) comportamento adequado; b) compatibilidade do benefício com os objetivos da pena; c) cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e ¼ (um quarto), se reincidente. Na hipótese de progressão do regime fechado para o semiaberto, a LEP não exige que o tempo mínimo de pena exigido tenha sido cumprido integralmente no regime semiaberto, podendo ser computado o período em que esteve no regime fechado. É nesse sentido o teor da **súmula n. 40 do STJ**,[161] ao dispor que, para fins de obtenção do benefício de saída temporária, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado. Exemplificando, suponha-se que determinado indivíduo primário tenha sido condenado ao cumprimento de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão no regime inicial fechado pela prática de crime não hediondo cometido sem violência ou grave ameaça. Após o cumprimento de 16% (dezesseis por cento) da pena no regime fechado, é beneficiado com a progressão. Nesse caso, poderá, desde já, pleitear o benefício da saída temporária, independentemente de satisfazer mais 1/6 (um sexto) da pena no regime semiaberto.

Pelo menos até o advento do Pacote Anticrime, não havia qualquer vedação à saída temporária em virtude da natureza do delito praticado pelo agente. Especificamente em relação a crimes hediondos e equiparados, como não havia, pelo menos até o advento do Pacote Anticrime, qualquer vedação expressa às autorizações de saída na Lei nº 8.072/90, sempre se entendeu que, a partir do momento em que o Plenário do Supremo passou a admitir a progressão de regimes em relação a crimes hediondos e equiparados, tendo inclusive declarado a inconstitucionalidade do regime inicial fechado, não haveria qualquer óbice à concessão da permissão de saída e da saída temporária, desde que preenchidos os respectivos pressupostos objetivos e subjetivos listados pela LEP. A título de exemplo, se o condenado pela prática de um crime hediondo qualquer estivesse cumprindo pena em regime semiaberto, ostentasse comportamento adequado, tivesse cumprido o mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se primário, e 1/4 (um quarto) da pena, se reincidente, havendo compatibilidade do benefício com os objetivos da pena, poderia, em tese, obter autorização para saída temporária do

161. **Súmula n. 40 do STJ:** "Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado". Como já decidiu o STJ, "(...) o condenado que houver progredido para o regime semiaberto e já tiver cumprido um sexto da pena no regime fechado fica isento da satisfação desse requisito temporal no novo regime, para efeito de obter saída temporária, sem vigilância. Recurso provido, para determinar-se a apreciação do pedido do paciente, pelo juiz da execução, quanto aos demais requisitos". (STJ, 6ª Turma, RHC 1.926/RJ, Rel. Min. Carlos Thibau, j. 05/05/1992, DJ 01/06/1992). No mesmo contexto: STJ, 5ª Turma, HC 134.102/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29/09/2009, DJe 26/10/2009.

estabelecimento prisional para visitar a família, sem prejuízo da utilização de equipamentos de monitoração eletrônica (LEP, art. 122, I, e §1º). No entanto, como esse benefício não é um direito absoluto do preso, não deveria ser concedido de maneira indiscriminada, até mesmo para não possibilitar uma oportunidade de fuga para condenados que ainda tivessem muitos anos de pena privativa de liberdade a cumprir.[162]

Com a vigência da Lei n. 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020, especial atenção deverá ser dispensada ao teor do art. 122, §2º, da LEP, incluído pelo Pacote Anticrime: "§2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o *caput* deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte". Quanto ao referido dispositivo, duas observações hão de ser feitas: a) a vedação em questão está restrita à saída temporária. Não abrange, portanto, a permissão de saída prevista nos arts. 120 e 121 da LEP; b) estranhamente, o Pacote Anticrime vedou a concessão da saída temporária apenas para condenados pela prática de crimes hediondos com resultado morte (v.g., homicídio qualificado, latrocínio, estupro qualificado pela morte, etc.), mas se olvidou de fazer menção aos crimes equiparados com idêntico resultado (v.g., tortura e terrorismo). Evidente o lapso do legislador, que, no entanto, não pode ser corrigido pelo intérprete, sob pena de indevida analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade.

10.3. Remição.

De acordo com o art. 126 da LEP, com redação determinada pela Lei nº 12.433/11, o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da penal. Essa contagem de tempo será feita à razão de: a) 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; b) 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. Como não há qualquer restrição expressa acerca do assunto na Lei nº 8.072/90, é perfeitamente possível a concessão da remição aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.[163]

10.4. Trabalho externo.

Mais uma vez, ante a ausência de vedação expressa acerca do assunto pela Lei dos Crimes Hediondos, não se pode estabelecer vedação em abstrato à concessão de trabalho externo aos acusados condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados. Assim, preenchidos os pressupostos dos arts. 36 e 37 da LEP, poderá o diretor do estabelecimento autorizar a prestação de trabalho externo, devendo, evidentemente, adotar cautelas de modo a evitar possíveis fugas.

Na dicção da 6ª Turma do STJ, na medida em que a Constituição Federal (art. 6º), o Código Penal (art. 34, § 3º) e a Lei de Execução Penal (art. 36) garantem ao preso o direito de trabalhar, deve ser admitido o exercício de atividade laboral externa por parte do condenado por crime hediondo, não havendo qualquer incompatibilidade desses dispositivos com o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.[164]

11. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR.

De acordo com o art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90, "em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade". De maneira bem semelhante ao quanto disposto no revogado art. 594 do CPP ("O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto"), o art. 2º, § 3º, da Lei dos Crimes Hediondos, autoriza o juiz a impor o recolhimento do acusado à prisão como condição de admissibilidade recursal.

É sabido que, durante anos e anos, o recolhimento à prisão figurou no Código de Processo Penal e na legislação especial como condição de admissibilidade recursal. Desde o advento da Constituição Federal, este draconiano fato impeditivo do

162. No sentido de que a saída temporária não é um direito absoluto do preso, mas estrita faculdade outorgada ao magistrado, daí por que pode ser indeferida em decisão devidamente fundamentada pelo juízo da execução se acaso ausentes os requisitos de índole objetiva e subjetiva necessários à concessão do referido benefício: STF, 1ª Turma, HC 104.870/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04/10/2011, DJe 206 25/10/2011.

163. De se lembrar que o condenado que cumpre pena no regime aberto não tem direito à remição pelo trabalho, nos termos do art. 126 da LEP: STJ, 6ª Turma, HC 186.389/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28/2/2012, DJe 21/03/2012. Quanto à possibilidade de remição pelo desempenho de atividade laborativa extramuros, especial atenção deve ser dispensada à súmula n. 562 do STJ: "É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros".

164. STJ, 6ª Turma, HC 35.004/DF, Rel. Min. Paulo Medina, j. 24/02/2005, DJ 18/04/2005. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 45.392/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 09/03/2006, DJ 03/04/2006. No sentido de que é inviável a concessão do trabalho externo quando o Estado não dispuser de escolta policial a fim de assegurar as cautelas necessárias contra a fuga e em favor da disciplina: STJ, 5ª Turma, HC 41.940/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 24/05/2005, DJ 01/08/2005 p. 496.

conhecimento de um recurso já era questionado por boa parte da doutrina, sob o argumento de que o direito ao duplo grau de jurisdição não podia ser tolhido em virtude do não recolhimento do acusado à prisão. Não obstante a posição doutrinária, tal requisito era tido como válido pelos Tribunais Superiores, como se depreende da própria súmula nº 9 do STJ: "A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

Ocorre que, em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento acerca do assunto, pondo um fim à vinculação do conhecimento do recurso ao recolhimento do acusado à prisão. Entendeu a Suprema Corte que haveria um conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, § 2º, "h", do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, § 2º, da CF, e a exigência de o condenado recolher-se ao cárcere para que a apelação fosse processada.[165]

À época, ainda não havia consenso na Suprema Corte quanto ao status normativo supralegal dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Porém, concluiu-se que, mesmo que se entendesse que se situam no mesmo plano de validade das leis ordinárias, se a Convenção Americana de Direitos Humanos (que assegura o duplo grau de jurisdição de maneira ampla e irrestrita) entrou em vigor no ordenamento jurídico interno em 09 de novembro de 1992 – data em que foi publicado o Decreto presidencial que determinou seu integral cumprimento (Dec. 678/92) – e, portanto, em data posterior ao Código de Processo Penal, há de se concluir que restou revogada a legislação anterior que com ela era incompatível (*lex posterior derrogat priori*). Em outras palavras, se, no mínimo, o Pacto de São José da Costa Rica tem valor de lei ordinária, isso significa dizer que o art. 8º, § 2º, 'h', do Dec. 678/92, revogou lei ordinária anterior que com ele era incompatível, *in casu*, o revogado art. 594 do CPP.

De se ver que dois foram os fundamentos invocados pelo Relator para admitir a tese de que o duplo grau de jurisdição não pode ser tolhido pelo fato de o réu não ter sido preso (embora sua prisão tenha sido decretada): 1) o duplo grau de jurisdição no crime tem estatura constitucional; 2) a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao Direito brasileiro (1992) é posterior ao revogado art. 594 do CPP, ou seja, norma superior prepondera sobre norma inferior, ou lei posterior derroga lei anterior.

Do referido julgado podemos extrair duas importantes conclusões: a) o direito de apelação pode ser exercido no âmbito criminal, independentemente do recolhimento do acusado à prisão, pouco importando também se ele é primário ou não, portador de bons antecedentes ou não; b) nada impede que o juiz, na sentença condenatória, decrete a prisão preventiva do acusado, fazendo-o de maneira fundamentada à luz das hipóteses previstas no art. 312 do CPP.[166]

Consolidando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC 88.420, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou em 23 de abril de 2008 o enunciado da súmula nº 347, segundo o qual *o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão*. Por consequência, deixou de ter qualquer validade a súmula nº 09 do STJ. Além disso, ao editar a súmula nº 347, o STJ passou a reconhecer: o duplo grau de jurisdição como garantia do acusado; a impossibilidade de lei ordinária limitar o direito de recurso; e a possibilidade de prisão somente quando a decisão for devidamente fundamentada com fatos concretos e dentro dos parâmetros do art. 312 do CPP, ou quando transitada em julgado a decisão condenatória.[167]

Toda essa discussão ganhou ainda mais reforço a partir do novo entendimento por parte da Suprema Corte acerca do status normativo de tratados internacionais de direitos humanos, que passou a considerá-los dotados de *status normativo supralegal*, do que deriva a inaplicabilidade da legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.[168]

Se é este o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do status normativo do Pacto de São José da Costa Rica, que expressamente assegura aos acusados o direito ao duplo grau de jurisdição (Dec. 678/92, art. 8º, § 2º, "h"), forçoso

165. STF, 1ª Turma, HC 88.420/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/04/2007, DJe 32 06/06/2007. Mesmo antes da decisão proferida no HC 88.420, o Supremo Tribunal Federal já caminhava no sentido de declarar inválidos (total ou parcialmente) os dispositivos da revogada Lei nº 9.034/95 (art. 9º – "o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei") e da Lei nº 9.613/98 (art. 3º – "... o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade"), quando a reclamação 2.391 perdeu seu objeto. Na mesma linha, porém pelo Tribunal Pleno do Supremo: HC 90.279/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/03/2009, DJe 157 20/08/2009. Com o entendimento de que, previsto o direito ao duplo grau de jurisdição implicitamente na Constituição Federal, inválida será a legislação ordinária que imponha como condição de admissibilidade recursal o recolhimento do acusado à prisão: STF, Pleno, RHC 83.810/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 200 22/10/2009.

166. Nessa linha: CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit. p. 51.

167. ZAPPALA, Amalia Gomes. Súmula 347 do STJ – Fim da inconstitucional escolha entre liberdade e apelação. *Boletim IBCCrim* 187, ano 16. São Paulo: IBCCrim, junº 2008, p. 18.

168. STF, Pleno, HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 118 25/06/2009.

é concluir que toda a legislação infraconstitucional que outrora condicionava o conhecimento da apelação ao recolhimento do acusado à prisão deixou de ter acolhida no ordenamento pátrio. São inválidos, portanto, porque não compatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura aos acusados o direito ao duplo grau de jurisdição, os seguintes dispositivos legais:[169]

a) **Lei nº 7.492/86 (art. 31, *caput*)**: nos crimes contra o sistema financeiro nacional previstos na referida lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, *nem apelar antes de ser recolhido à prisão*, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva;[170]

b) **Lei nº 8.038/90 (art. 27, § 2º)**: apesar dos recursos extraordinário e especial não serem dotados de efeito suspensivo, ao apreciar o HC 84.078, decidiu o Supremo Tribunal Federal que ofende o princípio da não culpabilidade a execução provisória de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP;

c) **Lei nº 8.072/90 (art. 2º, § 3)**: "em caso de sentença condenatória, *o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade*";

d) **revogada Lei nº 9.034/95 (art. 9º)**: "*o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei*": a nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) não prevê o recolhimento à prisão como condição de admissibilidade recursal;

e) **Lei nº 9.613/98 (revogado art. 3º, *caput, in fine*)**: "*... em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade*". Em relação ao dispositivo em questão, o Plenário do Supremo concluiu não ser caso de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.613/98, mas sim de interpretação conforme a Constituição, para se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar.[171] De todo modo, com o advento da Lei nº 12.683/12, o art. 3º da Lei nº 9.613/98 foi expressamente revogado;

f) **Lei nº 11.343/06 (art. 59, *caput*)**: "nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, *o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão*, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória";

g) **CPP, revogado art. 393, inciso I**: "são efeitos da sentença condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança".

h) **CPPM, art. 527**: "o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória". A partir da decisão do Supremo no HC 88.420/PR, está superado o entendimento constante da súmula nº 11 do Superior Tribunal Militar, segundo a qual *o recolhimento à prisão, como condição para apelar (art. 527 do CPPM), aplica-se ao réu foragido e, tratando-se de revel, só é aplicável se a sentença houver negado o direito de apelar em liberdade.*

Certamente, haverá quem diga que tais dispositivos não foram revogados pela nova sistemática adotada pelas Leis 11.689/08, 11.719/08 e 12.403/11, sob o argumento de que, por se tratarem de leis especiais, deve prevalecer a regra *lex specialis derrogat legi generalis*, com o que não podemos concordar. De fato, como adverte Badaró, quando uma lei especial excepciona uma regra geral, o faz diante da inadaptabilidade daquela disciplina comum para as peculiaridades dos casos regidos pela lei especial. Obviamente, no caso de uma verdadeira revolução na disciplina da lei geral, que passa a seguir um sistema completamente novo, não se pode, pura e simplesmente, negar aplicação à nova lei geral, ou melhor, ao novo sistema global às situações disciplinadas pela lei especial. Isso porque desaparece, em tal caso, a justificativa de adoção do fator de diferenciação.[172]

Hoje, portanto, independentemente do recolhimento à prisão, ou até mesmo de eventual fuga durante a tramitação do recurso, o acusado terá assegurado o direito ao duplo grau de jurisdição. O recolhimento do condenado à prisão não pode ser exigido como requisito para o conhecimento

169. Segundo Tourinho Filho, todas essas disposições caíram no vazio, não só em face do § 1º do art. 387 do CPP, como também pela revogação do art. 594. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 33ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 413).

170. No sentido de que a exigência de recolhimento compulsório do condenado para apelar viola os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição, daí por que também se aplica ao disposto no art. 31 da Lei nº 7.492/86, que possui redação análoga à do revogado art. 594 do CPP: STF, 2ª Turma, 103.986/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 08/02/2011, DJe 37 23/02/2011.

171. STF, Pleno, HC 83.868/AM, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 71 16/04/2009. Concordamos com a assertiva de que o magistrado pode decretar a prisão preventiva no momento da sentença condenatória, desde que o faça à luz de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Porém, com a devida vênia, o fato de a prisão preventiva ter sido decretada de maneira fundamentada jamais pode servir de óbice ao conhecimento do recurso, sob pena de afronta ao duplo grau de jurisdição, previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

172. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 269.

do recurso de apelação, sob pena de violação ao duplo grau de jurisdição e aos direitos de ampla defesa e à igualdade entre as partes no processo.[173]

Se o conhecimento da apelação independe do recolhimento à prisão, isso, no entanto, não significa dizer que o acusado não possa ser preso quando da sentença condenatória. A prisão preventiva pode ser decretada, seja no momento da pronúncia, seja no momento da sentença condenatória, desde que o magistrado o faça de maneira fundamentada, apontando a presença dos pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP, associada à insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão para assegurar a eficácia do processo.

Pondo fim a essa controvérsia, a Lei nº 11.719/08, que alterou o procedimento comum do Código de Processo Penal, revogou, de modo expresso, o art. 594 do CPP, além de revogar tacitamente o art. 393, I, constando agora expressamente do art. 387, § 1º, que o juiz, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, *sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.* A nosso ver, cuida-se de regramento geral, a ser aplicado a todo e qualquer processo criminal, sendo inviável que se exija o recolhimento do acusado à prisão para que seu recurso seja conhecido. A Lei nº 12.403/11 (art. 4º), por sua vez, revogou expressamente os arts. 393 e 595 do Código de Processo Penal.

Se o conhecimento da apelação independe do recolhimento à prisão do acusado, também se tem como inválido o revogado art. 595, *caput,* do CPP, que previa hipótese de extinção anômala da apelação pela deserção, quando o réu fugisse depois de haver apelado, nas hipóteses em que o juiz tivesse condicionado o conhecimento da apelação ao recolhimento o cárcere. Nas palavras do Min. Joaquim Barbosa, "o art. 595 do Código de Processo Penal institui pressuposto recursal draconiano, que viola o devido processo legal, a ampla defesa, a proporcionalidade e a igualdade de tratamento entre as partes no processo. [...] Ordem concedida para determinar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proceda ao julgamento do mérito da apelação interposta pelo paciente. Somente contra esse futuro julgamento é que eventual recurso acusatório poderá ser interposto contra o paciente".[174]

De modo semelhante, também não se pode exigir o recolhimento do acusado à prisão para que possa se insurgir contra a decisão de pronúncia. Com a reforma do CPP pela Lei nº 11.689/08, encontra-se implicitamente revogado o dispositivo do art. 585 do CPP, uma vez que o acusado somente deve se recolher ao cárcere se o magistrado assim entender necessário e desde que de modo motivado (CPP, art. 413, § 3º).[175]

11.1. Sentença condenatória e situação prisional do acusado.

Firmada a premissa de que o conhecimento do recurso independe do recolhimento à prisão, resta saber o procedimento a ser adotado pelo juiz por ocasião da prolação da sentença condenatória, isto é, se deve ser obrigatoriamente decretada a prisão preventiva do acusado, ou se este deve ser mantido em liberdade. Na verdade, a prisão ou a manutenção do acusado em liberdade deve ser determinada a partir de duas situações distintas quando do momento da sentença condenatória recorrível:

a) **acusado em liberdade por ocasião da sentença condenatória recorrível:** se o acusado permanecera solto ao longo de toda a instrução processual, pouco importando se primário ou reincidente, portador de bons ou maus antecedentes, autor de crime hediondo ou não, isso significa dizer que o juiz entendeu não ser necessária sua prisão cautelar, seja por força da ausência de uma das hipóteses que autorizava a prisão preventiva, seja porque as medidas cautelares diversas da prisão se mostraram adequadas e suficientes para tutelar a eficácia do processo. Não faria sentido, portanto, estabelecer como efeito automático da sentença condenatória recorrível seu recolhimento à prisão, sob pena de patente violação ao princípio da presunção da não culpabilidade.[176]

Assim, se o acusado estiver solto quando da sentença condenatória, deve permanecer solto, salvo se surgir alguma hipótese que autorizasse sua prisão preventiva. Com efeito, proferida sentença penal condenatória, nada impede que o Poder Judiciário,

173. STF, Pleno, RHC 83.810/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 200 22/10/2009.

174. STF, 2ª Turma, HC 84.469/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 083 09/05/2008. Em sentido semelhante, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal: STF, Pleno, HC 85.369, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 079 29/04/2009. E ainda: STF, Pleno, HC 85.961/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 71 16/04/2009.

175. Nesse sentido: STF, 1ª Turma, HC 101.244/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16/03/2010, DJe 62 08/04/2010.

176. Como se manifestou o Plenário do Supremo, se o acusado permaneceu solto durante todo o curso do processo e teve sua prisão determinada por ocasião do julgamento da apelação por meio de decisão lacônica desprovida de maior fundamentação quanto à necessidade da segregação cautelar, há de ser reconhecida a ilegalidade da prisão, por constituir verdadeira execução provisória da pena, violando, por consequência, o princípio da presunção de inocência: STF, Pleno, HC 91.676/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2009, DJe 75 23/04/2009.

a despeito do caráter recorrível desse ato, decrete, excepcionalmente, e de maneira fundamentada, a prisão cautelar do réu condenado, desde que existam, quanto a ela, reais motivos evidenciadores da necessidade de adoção dessa extraordinária medida constritiva de ordem pessoal.[177]

b) **acusado preso por ocasião da sentença condenatória recorrível:** se o acusado estava preso, isso significa dizer que o juiz entendeu que havia motivos que autorizavam sua prisão preventiva. Portanto, não faria sentido que colocasse o acusado em liberdade. Pode o acusado condenado em 1ª instância, portanto, permanecer preso. Porém, nessa hipótese, deve o magistrado apontar na sentença condenatória a persistência dos motivos que justificam sua segregação cautelar. A propósito, o art. 387, § 1º, do CPP, dispõe que, ao proferir sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar (art. 319), sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.[178]

Como se percebe, no momento da sentença condenatória recorrível, continua sendo possível a decretação da prisão cautelar ou a imposição de medida cautelar diversa da prisão, devendo o magistrado, para tanto, apontar a presença de seus pressupostos, tanto quando mantém medida cautelar anteriormente decretada, como quando a determina nesse momento. Portanto, diante da nova redação do art. 387, § 1º, do CPP, já não há mais dúvidas: quando da prolação da sentença penal condenatória, o magistrado tem um duplo dever – o de fundamentar o decreto de condenação penal e o de justificar a decretação da custódia cautelar ou a sua manutenção, se acaso necessária.[179]

Outrossim, embora demonstrada, fundamentadamente, a indispensabilidade da prisão cautelar do acusado por ocasião da sentença condenatória, os Tribunais vêm entendendo que é desproporcional determinar que o acusado aguarde o julgamento do recurso de apelação em regime mais gravoso que aquele fixado no decreto condenatório. Logo, considerando que a prisão cautelar acarreta o recolhimento do acusado à prisão em circunstâncias absolutamente semelhantes ao cumprimento da pena no regime fechado, há diversos precedentes da 5ª Turma do STJ no sentido de que, fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, o acusado tem o direito de aguardar o julgamento do recurso de apelação no mesmo regime, aplicando-se, desde já, as respectivas regras.[180]

12. PRISÃO TEMPORÁRIA EM CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS.

De acordo com o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90, a prisão temporária em relação a crimes hediondos e equiparados terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Portanto, com o advento da Lei nº 8.072/90, a prisão temporária passou a ser cabível não só em relação aos crimes previstos no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89 – homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando (hoje, associação criminosa), genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro nacional e crimes previstos na Lei de Terrorismo –, como também em relação aos crimes previstos no *caput* do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quais sejam, os crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico de drogas e terrorismo).

Da leitura e comparação entre as Leis nº 7.960/89 e 8.072/90, constata-se: a) a prisão temporária não é admissível em contravenções penais, nem tampouco em crimes culposos; b) a Lei nº 8.072/90 menciona no art. 2º, *caput*, os crimes hediondos (consumados ou tentados), a prática de tortura e o terrorismo, não constantes do rol do art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89; c) a Lei nº 8.072/90 refere-se ao tráfico ilícito de entorpecentes de forma ampla (art. 2º, *caput*), enquanto que a Lei nº 7.960/89 (art. 1º, III, "n") menciona expressamente somente o tráfico de drogas previsto no art. 12 da revogada Lei nº 6.368/76.

De se notar que o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 amplia não apenas o prazo da prisão temporária, como também o rol de infrações penais que estão

177. Admitindo a possibilidade de decretação da prisão cautelar de acusados que permaneceram soltos durante o processo, porquanto fundamentada a necessidade da segregação em razão da elevada periculosidade dos agentes, a complexidade do esquema delituoso e a magnitude da lesão causada: STJ, 5ª Turma, HC 29.445/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 19/12/2003 p. 532.

178. Nesse contexto, como já se pronunciou o Supremo, não há lógica em se permitir que o acusado, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar: STF, 1ª Turma, HC 89.824/MS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 11/03/2008, DJe 162 28/08/2008.

179. STF, 2ª Turma, HC 99.914/SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/03/2010, DJe 76 29/04/2010.

180. STJ, 5ª Turma, HC 218.098/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 08/05/2012, DJe 21/05/2012. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 227.960/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/10/2012. STJ, 5ª Turma, HC 89.018, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/12/2007, DJe 10/03/2008.

sujeitas à referida prisão cautelar. Por isso, em se tratando de crimes hediondos e equiparados, mesmo que o delito não conste do art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89, a prisão temporária poderá ser decretada. A título de exemplo, basta pensar no crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A). À primeira vista, pode-se pensar que a prisão temporária não é cabível em relação a tal delito, eis que esse crime não consta do rol do art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89. No entanto, como o legislador da Lei nº 12.015/09 teve o cuidado de inserir o estupro de vulnerável no rol dos crimes hediondos – Lei nº 8.072/90, art. 1º, inciso VI –, é plenamente possível a decretação da temporária. Nessa linha, como observa Scarance Fernandes, "queira-se ou não, o § 3º do art. 2º (hoje renumerado § 4º), fala de prisão temporária em relação a todos os crimes previstos no art. 2º, que não correspondem somente aos da Lei 7.960/89. Ademais, são ilícitos que foram considerados graves pelo legislador constituinte, tanto que deu a eles tratamento diferenciado, declarando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLIII)".[181]

Diversamente do prazo fixado como regra pela Lei nº 7.960/89, que é de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período, a Lei nº 8.072/90 estabelece que, em se tratando de crimes hediondos e equiparados, a prisão temporária poderá ser decretada por, no máximo, 30 (trinta) dias, sendo que, em caso de extrema e comprovada necessidade, tal prazo pode ser prorrogado por igual período. Essa prorrogação do prazo da prisão temporária não é automática, devendo sua imprescindibilidade ser comprovada com base em elementos colhidos enquanto o acusado estava preso. Na verdade, apenas diligências novas, diversas daquelas inicialmente pensadas pela autoridade policial, podem efetivamente autorizar a prorrogação do prazo da prisão temporária.[182]

O prazo da custódia temporária não começa a fluir a partir do instante em que o juiz a decreta, mas sim a contar do momento da captura da pessoa contra quem foi emitida a ordem de prisão. A contagem do prazo deve ser feita à luz do art. 10 do Código Penal, incluindo-se no cômputo do prazo o dia do começo. É nesse sentido, aliás, o teor do art. 2º, §8º ("Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária"), da Lei da Prisão Temporária, incluído pela nova Lei de Abuso de Autoridade. Trata-se de prazo limite, ou seja, nada impede que o juiz decrete a prisão temporária por um período menor que o previsto em lei. Ora, quem pode o mais pode o menos. Se o juiz entende que 15 (quinze) dias de prisão temporária são suficientes para auxiliar nas investigações de um crime hediondo, por que seria obrigado a manter o réu preso por mais tempo? Pode-se decretar a temporária por 10 (dez) dias e prorrogá-la por mais 5 (cinco), assim como se afigura viável decretá-la por 5 (cinco) dias, prorrogando-a por mais 30 (trinta), em caso de extrema e comprovada necessidade.

Se a prisão temporária tiver sido decretada pelo prazo de 30 (trinta) dias, concluindo a autoridade policial, posteriormente, que não há mais necessidade de se manter o indivíduo preso, deve representar à autoridade judiciária competente solicitando a revogação da prisão temporária. Somente o juiz poderá revogar a prisão temporária, jamais a própria autoridade policial.[183]

Decorrido o prazo da prisão temporária, o preso deverá ser colocado imediatamente em liberdade, sem necessidade de expedição de alvará de soltura, salvo se houver prorrogação da temporária ou se tiver sido decretada sua prisão preventiva. Relembre-se que a prisão temporária não pode ser decretada ou mantida após o recebimento da peça acusatória. Portanto, após o decurso do prazo da temporária, deve o inquérito ser remetido à Justiça, oferecendo o Ministério Público a denúncia, ao mesmo tempo em que requer a decretação da prisão preventiva, se acaso necessária.[184]

Aliás, de acordo com o art. 12, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 13.869/19, constitui abuso de autoridade prolongar a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.

181. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 292.

182. No mesmo contexto: LANFREDI. Op. cit. p. 173.

183. Em sentido contrário, Carlos Kauffmann entende que a autoridade policial e o Ministério Público também podem determinar a libertação do investigado, caso entendam que não subsiste a necessidade de segregação da liberdade. (*Prisão temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 113/114). Aury Lopes Jr. comunga do mesmo entendimento: *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 123.

184. No sentido de que, uma vez recebida a denúncia não mais subsiste o decreto de prisão temporária, que visa resguardar, tão somente, a integridade das investigações: STJ, 5ª Turma, HC 44.987/BA, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/02/2006, DJ 13/03/2006 p. 341. Em caso concreto apreciado pelo STJ, como o paciente estava preso há mais de seis meses, em razão de prisão temporária, sem a convolação em preventiva ou o oferecimento da denúncia, concluiu-se pela ilegalidade do excesso de prazo: STJ – HC 78.376/SC – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJ 08/10/2007 p. 335.

Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

13. PRESÍDIOS FEDERAIS DE SEGURANÇA MÁXIMA.

O art. 3º da Lei nº 8.072/90 impõe à União o dever de manter estabelecimentos penais de segurança máxima destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública. A despeito do caráter cogente desse dispositivo legal, a verdade é que, durante anos e anos, a União quedou-se inerte em relação à criação desses presídios federais.

Essa desídia da União foi agravada com o advento da Lei nº 10.792/03, que deu nova redação ao art. 86, § 1º, da LEP, o qual passou a dispor que a União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

Enfim, no ano de 2006, a partir da reestruturação do Departamento Penitenciário Nacional – Depen –, foi criado o Sistema Penitenciário Federal, com a finalidade de ser o gestor e fiscalizador das Penitenciárias Federais. Surgem, então, os primeiros presídios federais de segurança máxima: a) Porto Velho/RO (em funcionamento); b) Mossoró/RN (em funcionamento); c) Campo Grande/MS (em funcionamento); d) Catanduvas/PR (em funcionamento); e) Brasília/DF (em funcionamento).

13.1. Transferência para presídios federais e competência do juízo da execução.

Com a criação dos presídios federais, é cada vez mais comum a transferência de presos condenados pela Justiça Estadual para tais estabelecimentos, o que provoca certa controvérsia quanto à competência do juízo da execução.

Como deixa entrever a súmula nº 192 do STJ (*Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual*), prevalece o entendimento de que a competência do Juízo da Execução é determinada em virtude da natureza do estabelecimento prisional em que o preso se encontra recolhido.

Quando essa súmula foi elaborada pelo STJ, atribuindo ao Juízo das Execuções Penais do Estado a competência para dirimir os incidentes da execução, a realidade era uma só: diante da absoluta inércia da União em proceder à construção de presídios federais, o ônus da execução sempre recaía sobre os Estados, que se viam obrigados a recolher em seus estabelecimentos prisionais presos condenados pela Justiça Federal, Eleitoral e Militar da União. Hoje, todavia, essa inércia da União em construir presídios vem sendo superada gradativamente.

Considerando, então, a possibilidade de um preso condenado pela Justiça Estadual estar recolhido em um presídio federal, ou vice-versa, interessa, para fins de fixação da competência, a natureza do estabelecimento penitenciário em que se encontra o condenado: se estadual, o juízo das execuções será estadual; se federal, o juízo das execuções será federal.

Aliás, é exatamente nesse sentido o teor da Lei nº 11.671/08, que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima. Segundo a referida lei (art. 2º), a atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso. Por sua vez, o art. 4º, *caput*, e seus §§ 1º e 2º estabelecem 3 (três) premissas fundamentais: a) a admissão do preso, condenado ou provisório, dependerá de decisão prévia e fundamentada do *juízo federal competente*, após receber os autos de transferência enviados pelo juízo responsável pela execução penal ou pela prisão provisória; b) a execução penal da pena privativa de liberdade, no período em que durar a transferência, ficará a cargo do *juízo federal competente*; c) apenas a fiscalização da prisão provisória será deprecada, mediante carta precatória, pelo juízo de origem ao *juízo federal competente*, mantendo aquele juízo a competência para o processo e para os respectivos incidentes.

Por isso, ao apreciar o Conflito de Competência nº 90.702/PR, relativo à execução penal de apenados que foram transferidos para a penitenciária federal de Catanduvas/PR por razões de segurança pública, devido à periculosidade de suas condutas, manifestou-se a 3ª Seção do STJ pela competência do juízo federal para apreciar as questões referentes

à execução da pena no período de permanência dos presos custodiados no estabelecimento federal.[185]

13.2. Transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e (des) necessidade de oitiva prévia da defesa.

A inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e a transferência de presos de outros estabelecimentos para aqueles deve obedecer ao disposto na Lei n. 11.671/08. Consoante disposto em seu art. 3º, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório. Pelo menos em regra, essa transferência deve ser precedida de oitiva da defesa. É nesse sentido, aliás, o disposto no art. 5º, §2º, do referido diploma normativo, segundo o qual, instruídos os autos do processo de transferência, serão ouvidos, no prazo de 5 (cinco) dias cada, quando não requerentes, a autoridade administrativa, o Ministério Público e a *defesa*, bem como o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, a quem é facultado indicar o estabelecimento penal federal mais adequado. Ocorre que há certas situações que exigem a remoção ou a manutenção imediata do custodiado no referido sistema. Basta imaginar, a título de exemplo, uma rebelião em um presídio, ou uma escalada da violência em determinada cidade (ou Estado) em virtude de ordens emanadas de indivíduos custodiados naquela localidade. Nessas hipóteses, a própria Lei n. 11.671/08 (art. 5º, §6º) dispõe que, *havendo extrema necessidade*, o juiz federal poderá autorizar a imediata transferência do preso, e, após a instrução dos autos, na forma do §2º acima mencionado, decidir pela manutenção ou revogação da medida adotada. Daí os dizeres da **súmula n. 639 do STJ**: "Não fere o contraditório e o devido processo decisão que, sem ouvida prévia da defesa, determine transferência ou permanência de custodiado em estabelecimento penitenciário federal".[186]

185. STJ, 3ª Seção, CC 90.702/PR, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 13/05/2009. E ainda: STJ, 3ª Seção, CC 110.576/AM, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 9/6/2010. No sentido de que a Resolução nº 502/2006 do Conselho da Justiça Federal é constitucional, ao permitir o cumprimento de pena imposta por decisão da Justiça estadual em estabelecimento federal sob competência do juízo de Execução Criminal da Justiça Federal: STJ, HC 116.301/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 10/11/2009.

186. Admitindo a transferência emergencial de custodiado para presídios federais em hipóteses específicas, em que evidenciada a periculosidade concreta decorrente de participação em organização criminosa, poder de mando, graduada hierarquia, o que possibilita a atuação em atos criminosos externos, assim como para fins de prevenção de eventos que venham a colocar em risco a segurança pública, a integridade física e a vida de autoridades, de internos e da população em geral, exigindo-se que, ato contínuo, seja garantida a intimação da defesa do custodiado para manifestação, suprindo-se a exigência legal para a manutenção da medida: STJ, 6ª Turma, HC 389.493/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 18/04/2017, DJe 26/04/2017. No mesmo contexto: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.732.152/RN, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17/05/2018, DJe 30/05/2018.

Art. 4º (Vetado).

14. AUMENTO DA PENA DE MULTA.

O Projeto de Lei nº 5.405/90 (nº 50/90, na origem), que deu origem à Lei dos Crimes Hediondos, trazia em seu art. 4º uma alteração do art. 60 do Código Penal, cujo § 1º passaria a ter a seguinte redação: "A multa pode ser aumentada se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo". A redação proposta diferenciava-se do atual § 1º do art. 60 do Código Penal em apenas um ponto – a supressão da expressão "até o triplo" –, já que não constava do texto aprovado pelo Congresso Nacional qualquer parâmetro de aumento da pena. Ocorre que este dispositivo acabou sendo vetado pelo Presidente da República, sob o argumento de que, por não contemplar um *quantum* fixo de aumento da pena de multa, o valor da pena de multa ficaria ao livre arbítrio do juiz, o que seria incompatível com o princípio da legalidade.

Art. 5º. Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:

"Art. 83. (...)

(...)

V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."[148]

15. LIVRAMENTO CONDICIONAL.

O livramento condicional consiste na fase final da execução da pena no sistema progressivo, através da qual há uma antecipação da liberdade do condenado com o objetivo de reduzir os malefícios da prisão e facilitar sua reinserção social. Desde que preenchidos determinados requisitos de ordem objetiva e subjetiva, o condenado é autorizado a sair do estabelecimento prisional antes do cumprimento integral da pena fixada na sentença

condenatória, ficando, no entanto, submetido ao cumprimento de certas condições.

De acordo com o art. 83 do Código Penal, para que o sentenciado faça jus a esse benefício, deve ter sido condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, sendo indispensável o preenchimento de certos requisitos de natureza objetiva e subjetiva, a saber: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade da pena se o condenado for reincidente em crime doloso;[187] III - comprovado: a) bom comportamento durante a execução da pena; b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração. Em se tratando de condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento condicional também fica subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (CP, art. 83, parágrafo único).

Se a concessão do livramento condicional demanda, pelo menos em regra, apenas o cumprimento de mais de um terço da pena, ou mais da metade da pena se o condenado for reincidente em crime doloso, raciocínio diverso será aplicável ao autor de crimes hediondos, equiparados e tráfico de pessoas. Isso porque, por força do art. 5º da Lei nº 8.072/90, que acrescentou um inciso V ao art. 83 do Código Penal, o condenado deve ter cumprido mais de 2/3 (dois terços) da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico de drogas, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. Recentemente, a tais delitos foi acrescentado o crime de *tráfico de pessoas* (CP, art. 83, V, com redação dada pela Lei n. 13.344/16).

Logo, em se tratando de crimes hediondos, equiparados e tráfico de pessoas, basta o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, mas desde que o condenado não seja *reincidente específico em crimes dessa natureza*. Se o acusado for reincidente específico, não pode nem mesmo ser beneficiado com o livramento condicional. A interpretação da expressão *reincidente específico em crime dessa natureza* provoca certa controvérsia na doutrina, podendo ser identificadas 2 (duas) correntes distintas:

a) **reincidência específica no mesmo crime hediondo e/ou equiparado ou tráfico de pessoas**: há quem entenda que, ao vedar a concessão do livramento condicional ao reincidente específico em crime dessa natureza, o art. 83, inciso V, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 8.072/90, exige que a condenação anterior com trânsito em julgado diga respeito ao mesmo delito, como se exige para o crime continuado (CP, art. 71). Assim, se o condenado pratica um crime de extorsão mediante sequestro, já tendo contra si condenação anterior irrecorrível pelo mesmo delito, será considerado reincidente específico em crime dessa natureza, razão pela qual não fará jus ao livramento condicional;

b) **reincidência específica em qualquer crime hediondo e/ou equiparado ou tráfico de pessoas** (posição majoritária): após fazer menção à condenação pela prática de crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas, terrorismo e tráfico de pessoas, o art. 83, inciso V, do CP, ressalva a hipótese de o apenado ser *reincidente específico em crime dessa natureza*. Ora, é evidente que o dispositivo legal em comento refere-se à natureza hedionda (e/ou equiparada) e/ou ao tráfico de pessoas da reincidência. Logo, se o apenado tiver contra si sentença condenatória irrecorrível pela prática de um crime de extorsão mediante sequestro, não fará jus ao livramento condicional caso volte a praticar qualquer outro crime hediondo, equiparado e/ou tráfico de pessoas dentro do lapso temporal de 5 (cinco) anos da reincidência. De todo modo, a jurisprudência somente admite a caracterização da reincidência específica para os fins do art. 83, V, do Código Penal, se os dois crimes tiverem sido praticados após a entrada em vigor da Lei nº 8.072/90.[188]

Outrossim, ainda que o reincidente específico em crime de natureza hedionda não faça jus ao livramento condicional, isso não significa dizer que não terá direito à progressão, já que são institutos diversos. Logo, a despeito da vedação ao livramento condicional, o reincidente terá direito à progressão de regimes, desde que observados os requisitos objetivos constantes do art. 112 da LEP, com redação determinada pelo Pacote Anticrime.

187. De se lembrar que, consoante disposto na súmula nº 441 do STJ, "a falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional".

188. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, REsp 229.206/DF, Rel. Min. Vicente Leal, j. 28/06/2001, DJ 20/08/2001 p. 544. Logicamente, em relação ao acréscimo do *tráfico de pessoas* ao inciso V do art. 83 do CP pela Lei n. 13.344/16, referida restrição também só poderá ser aplicada aos crimes cometidos após sua vigência, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da *lex gravior*.

Aliás, por força do Pacote Anticrime, foram estabelecidas duas novas restrições ao livramento condicional. São elas: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, ainda que primário (LEP, art. 112, VI, alínea "a", incluído pela Lei n. 13.964/19); b) apenado reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte (LEP, art. 112, VIII, incluído pela Lei n. 13.964/19).

Ainda em relação à concessão do livramento condicional, especial atenção deve ser dispensada ao art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06, que dispõe que, *nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da referida Lei*, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, *vedada sua concessão ao reincidente específico.*

Como se pode notar, nos mesmos moldes que a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei nº 11.343/06 também condicionou a concessão do livramento condicional ao cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, vedando sua concessão ao reincidente específico. Todavia, diversamente do disposto no art. 83, inciso V, do Código Penal, que se refere expressamente à vedação da concessão do livramento condicional ao *reincidente específico em crime dessa natureza*, o art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06, fala apenas em *reincidente específico*, sem esclarecer se essa reincidência específica seria apenas nos crimes de tráfico de drogas ou se também abrangeria os demais crimes hediondos e equiparados.

A nosso juízo, por se tratar de lei especial posterior que passou a regulamentar inteiramente a matéria de que tratava a Lei dos Crimes Hediondos, a reincidência específica a que se refere o art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06, refere-se exclusivamente aos crimes ressalvados pelo art. 44, *caput*. Por isso, se o acusado for reincidente, porém em crimes de outra natureza, ainda que hediondos, subsiste a possibilidade de concessão do livramento condicional. Exemplificando, se o acusado já tiver sido condenado por um crime de estupro e, posteriormente, for condenado pelo delito de tráfico de drogas, não será considerado reincidente específico para fins de impedir a concessão do livramento condicional.

Nesse ponto, se comparado com o art. 83, V, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 8.072/90, o art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06, é exemplo de *novatio legis in mellius*, vez que autoriza a concessão de livramento condicional ainda que o acusado seja reincidente em virtude de condenação anterior irrecorrível pela prática de crimes hediondos e equiparados, desde que não seja o próprio tráfico de drogas.[189]

Importante ressaltar que, por se tratar de norma especial, o disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06, tem aplicação restrita ao reincidente específico de tráfico de drogas. Por consequência, subsiste a aplicação do disposto no art. 83, V, do Código Penal, aos demais crimes hediondos e equiparados, em relação aos quais continua em vigor a proibição da concessão do livramento condicional aos *reincidentes específicos em crimes desta natureza.*

Em síntese, para os fins do art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06, apesar de não ser necessário que os dois crimes de tráfico de drogas estejam previstos no mesmo tipo penal (v.g., será considerado reincidente específico aquele que tiver contra si condenação irrecorrível anterior pelo crime do art. 33, *caput*, e, posteriormente, for condenado pelo crime do art. 36), a reincidência específica que impede a concessão de livramento condicional em processo referente a tráfico de drogas é apenas aquela referente a anterior condenação irrecorrível pela prática dos crimes de tráfico de drogas previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, 34 a 37, da Lei de Drogas. Lado outro, para os demais crimes hediondos e equiparados, continua válida a regra do art. 83, V, do CP, figurando como óbice à concessão do livramento condicional o fato de haver sentença condenatória irrecorrível pretérita referente à prática de crimes da mesma natureza, inclusive o próprio tráfico de drogas, que, por se tratar de crime equiparado a hediondo, ainda pode ser considerado como primeiro delito para fins de impedir a concessão do referido benefício.

O condenado por associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006), caso não seja reincidente específico, deve cumprir 2/3 da pena para fazer jus ao livramento condicional. Isso porque a própria Lei 11.343/2006, no parágrafo único do art. 44, prevê requisito objetivo específico para a concessão do livramento condicional ao delito de associação para o tráfico. Assim, em observância ao princípio da especialidade, aplica-se o disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006, em detrimento dos incisos I e II do art. 83 do CP. Ressalte-se que o lapso temporal de cumprimento de pena para obtenção do livramento condicional

189. Com entendimento semelhante: CUNHA, Rogério Sanches. *Nova lei de drogas comentada: Lei nº 11.343, de 23/08/2006 – artigo por artigo.* Coordenação: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 199.

quanto ao delito do art. 35 da Lei 11.343/2006 independe da análise do caráter hediondo do crime.[190]

Em conclusão, convém destacar que, consoante disposto no art. 90 do Código Penal, se até o seu término o livramento não for revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. Cuida-se, portanto, de decisão meramente declaratória, com eficácia retroativa (*ex tunc*) à data em que se encerrar o período de prova. De se notar, então, que a extinção da pena privativa de liberdade ocorre com o decurso do período de prova sem que tenha havido prévia suspensão ou revogação, e não com a decisão judicial que se limita a reconhecer o fim da sanção penal. Destarte, firmada a premissa de que a prática de infração penal durante o livramento condicional impõe ao magistrado das execuções penais a obrigação de determinar a suspensão cautelar desse benefício dentro do período de prova, sendo inviável a adoção dessa medida acautelatória após esse período, é de rigor concluir que, na eventualidade de não existir decisão que suspenda cautelarmente o livramento condicional, transcorrendo sem óbice o prazo do benefício, é impositivo reconhecer a extinção da pena pelo integral cumprimento. É exatamente nesse sentido o teor da **súmula n. 617 do STJ**: "A ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena".[191]

Art. 6º Os arts. 157, § 3º; 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º; 213; 214; 223, caput e seu parágrafo único; 267, caput e 270; caput, todos do Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 157. .....

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de cinco a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

Art. 159. .....

Pena – reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º .....

Pena – reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º .....

Pena – reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 3º .....

Pena – reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

Art. 213. .....

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214. .....

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

Art. 223. .....

Pena – reclusão, de oito a doze anos.

Parágrafo único. .....

Pena – reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

Art. 267. .....

Pena – reclusão, de dez a quinze anos.

Art. 270. .....

Pena – reclusão, de dez a quinze anos."

16. ALTERAÇÃO DAS PENAS DE CERTOS CRIMES DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL.

O art. 6º da Lei dos Crimes Hediondos provocou a mudança de diversos dispositivos da Parte Especial do Código Penal, estabelecendo novos limites de pena. Os crimes a seguir enumerados tiveram seu preceito secundário modificado: a) roubo qualificado pela lesão grave ou pela morte; b) extorsão mediante sequestro, em todas as suas modalidades; c) estupro simples e qualificado pelo resultado lesão grave ou morte; d) revogado atentado violento ao pudor, simples e qualificado pelo resultado lesão grave ou morte; e) epidemia; f) envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal.

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

"Art. 159. .....

.....

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."

17. COLABORAÇÃO PREMIADA NO CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO.[192]

A Lei nº 8.072/90 determinou a inclusão do § 4º ao art. 159 do Código Penal, que passou a

190. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 311.656/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 25/8/2015, DJe 2/9/2015. Ambas as Turmas do STJ têm precedentes no sentido de que o parágrafo único do art. 44 da Lei de Drogas exige o cumprimento de 2/3 da pena para a obtenção do livramento condicional nos casos de condenação por associação para o tráfico (art. 35), ainda que este não seja hediondo, sendo vedado o benefício ao reincidente específico: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.469.504/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 01/09/2015, DJe 08/09/2015; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.484.138/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 02/06/2015, DJe 15/06/2015.

191. No mesmo contexto: STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 277.161/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 01/10/2013, DJe 10/10/2013; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 350.006/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18/08/2016, DJe 26/08/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 372.575/PR, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 06/06/2017, DJe 13/06/2017; STJ, 5ª Turma, HC 370.004/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/02/2017, DJe 10/02/2017.

192. Para mais detalhes acerca da colaboração premiada, remetemos o leitor ao capítulo atinente à Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13, arts. 4º a 7º).

dispor: "*Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços*". O dispositivo era alvo de críticas por atrelar a concessão da delação premiada apenas às hipóteses de *crimes cometidos por quadrilha ou bando*, cuja tipificação demandava, à época, a presença de pelo menos 4 (quatro) pessoas (CP, antiga redação do art. 288). Por isso, o dispositivo acabou sendo alterado pela Lei nº 9.269/96, passando a ter a seguinte redação: "*se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços*".

Para a incidência da redução prevista na nova redação do § 4º do art. 159 do Código Penal, não é necessário que o delito tenha sido praticado por associação criminosa. Para tanto, basta que o crime tenha sido cometido em concurso, observados, porém, os demais requisitos legais exigidos para a configuração da delação premiada.[193]

Ademais, é indispensável que as informações prestadas pelo colaborador facilitem a libertação do sequestrado, logicamente com sua integridade física preservada. Na dicção do STJ, a delação premiada prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pela testemunha da coroa (ou *crownwitness)* foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima.[194]

Por fim, parece-nos que o disposto no art. 159, § 4º, do Código Penal, teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 9.807/999, que também tratou da delação premiada em seus art. 13, prevendo, todavia, vantagens mais benéficas que uma simples diminuição de pena – perdão judicial e consequente extinção da punibilidade. De fato, apesar de o art. 13 da Lei nº 9.807/99 não se referir expressamente ao art. 159 do Código Penal, quando se atenta para a redação de seus três incisos (I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime), é fácil deduzir que o único crime em que os três objetivos podem ser simultaneamente atingidos seria o de extorsão mediante sequestro. Logo, como se trata de lei posterior que tratou do assunto, temos que o art. 159, § 4º, do CP, encontra-se tacitamente revogado.[195]

> **Art. 8º** Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.
>
> **Parágrafo único.** O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

18. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA PARA FINS DE PRATICAR CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS.

À evidência, quando a Lei nº 8.072/90 entrou em vigor, seu art. 8º fazia remissão ao crime de quadrilha ou bando, então previsto no art. 288 do Código Penal. Recentemente, todavia, a Lei nº 12.850/13 alterou a redação do art. 288 do CP, que passou a ter o *nomen iuris* de associação criminosa, delito este a ser compreendido como a associação estável e permanente de 3 (três) ou mais pessoas com o objetivo de praticar uma série indeterminada de crimes. Nesse caso, a pena cominada é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Essa mudança, todavia, não tem o condão de acarretar a revogação do art. 8º da Lei nº 8.072/90. Ora, se a tipificação do antigo crime de quadrilha ou bando demandava a associação estável e permanente de pelo menos 4 (quatro) pessoas, não se pode negar que tal conduta continua sendo tratada como tipo penal incriminador pelo art. 288, *caput*, do CP, que, doravante, exige apenas a presença de 3 (três) pessoas. Em termos bem simples, toda quadrilha ou bando composta por 4 (quatro) pessoas já caracterizava, *de per si*, uma associação criminosa. Por consequência, por força do princípio da continuidade normativo-típica, o art. 8º, *caput*, da Lei nº 8.072/90, continua válido.

Em seu art. 8º, a Lei dos Crimes Hediondos estabelece uma pena distinta para o crime previsto no art. 288 do Código Penal, quando a associação em questão tiver como objetivo a prática de crimes hediondos e equiparados, com exceção do tráfico

193. STJ, 5ª Turma, HC 33.803/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/06/2004, DJ 09/08/2004 p. 280.

194. STJ, 5ª Turma, HC 26.325/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 24/06/2003, DJ 25/08/2003 p. 337. Em sentido semelhante: STJ, 5ª Turma, HC 40.633/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 01/09/2005, DJ 26/09/2005 p. 417; STJ, 6ª Turma, REsp 223.364/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 30/06/2005, DJ 22/08/2005.

195. Com entendimento semelhante: PORTOCARRERO, Cláudia Barros. *Leis penais especiais comentadas para concursos: teoria, jurisprudência e mais de 200 questões comentadas*. 2ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2012. p. 108.

de drogas, já que, em relação a este crime, há tipo penal específico no art. 35 da Lei nº 11.343/06. O art. 8º da Lei nº 8.072/90 não criou um novo tipo penal incriminador. Limitou-se apenas a estabelecer novos limites de pena. Por isso, na hipótese de 3 (três) indivíduos se associarem, por exemplo, para a prática de crimes de falsificação de remédios, deverão responder pelo crime do art. 273 do Código Penal em concurso material com o delito previsto no art. 288 do Código Penal, porém com a aplicação da pena cominada pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90: reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos.

Como o art. 8º da Lei nº 8.072/90 apenas alterou o preceito secundário do crime previsto no art. 288 do CP, sem excluir, expressa ou implicitamente, o disposto no art. 288, parágrafo único, do CPP, isso significa dizer que esse *quantum* de pena de 3 (três) a 6 (seis) anos pode ser aumentado até a metade na hipótese de a associação ser armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. Logo, na hipótese de haver uma associação destinada à prática de crimes hediondos, seus integrantes deverão responder pelo crime do art. 288, *caput*, do CP, com a pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos. Supondo que o grupo esteja armado, esta pena poderá, então, ser aumentada até a metade, nos exatos termos do art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Nesse caso, não há falar em *bis in idem*, vez que não se utiliza duas vezes uma mesma circunstância para aumentar a pena da associação criminosa. Afinal, o art. 8º da Lei nº 8.072/90 estabelece uma pena maior pelo fato de a associação ter como objetivo a prática de crimes hediondos e equiparados, ao passo que o art. 288, parágrafo único, do CP, contempla uma causa de aumento de pena decorrente do fato de o grupo ser armado, o que, em tese, denota maior potencialidade lesiva à incolumidade pública.[196]

Apesar de o art. 8º da Lei nº 8.072/90 ter estabelecido uma pena distinta para a prática do crime de associação criminosa caso o grupo tenha a finalidade de praticar crimes hediondos e equiparados, daí não se pode concluir que este delito tenha natureza hedionda. Afinal, o art. 1º da Lei nº 8.072/90 não se refere em momento algum ao crime de associação criminosa, nem tampouco à associação para fins de tráfico (Lei nº 11.343/06, art. 35), muito menos ao novel crime de constituição de milícia privada (CP, art. 288-A, com redação dada pela Lei nº 12.720/12). Por isso, não se pode confundir a associação de 3 (três) ou mais pessoas para a prática de crimes hediondos e equiparados – CP, art. 288, *caput*, com a pena prevista no art. 8º, *caput*, da Lei nº 8.072/90 –, com a efetiva prática dos crimes hediondos e equiparados, sobre os quais devem recair os ditames gravosos da Lei dos Crimes Hediondos. Na dicção do STJ, o crime de associação para o tráfico ilícito de drogas não é considerado hediondo e, por conseguinte, não se lhe aplica, para fins de regime inicial de cumprimento de pena, o regime fechado imposto pela Lei nº 11.464/2007, mas sim as disposições previstas no art. 33 do Código Penal.[197] Na verdade, a única associação criminosa que foi rotulada como hedionda é aquela destinada à prática dos crimes de genocídio (Lei nº 2.889/56, art. 2º), nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90.

18.1. Associação para fins de tráfico e o *quantum* de pena a ser aplicado.

Quando a Lei nº 8.072/90 entrou em vigor em 26 de julho de 1990, ainda estava vigente a antiga Lei de Drogas – Lei nº 6.368/76 –, que previa o crime de associação para fins de tráfico em seu art. 14, nos seguintes termos: "Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta Lei". A pena cominada ao referido delito era de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Surgiu, então, um aparente conflito entre o art. 14 da revogada Lei nº 6.368/76 e o art. 8º da Lei nº 8.072/90, porquanto este dispositivo passara a dizer que, em se tratando de crimes hediondos, prática da tortura, *tráfico de drogas* ou terrorismo, a pena prevista no art. 288 do Código Penal seria de 3 (três) a 6 (seis) anos. À época, acabou prevalecendo o entendimento de que o tipo penal do art. 14 permaneceria em vigor, porém com a aplicação da reprimenda constante do art. 8º da Lei nº 8.072/90. Na dicção do Supremo, tratando-se de associação para o trafico de drogas, subsiste o preceito primário do art. 14 da Lei 6.368/76, vale dizer, a associação de duas ou mais pessoas, para

196. Há precedente antigo do Supremo nesse sentido, ressaltando, todavia, a necessidade de observância do art. 68, parágrafo único, do CP ("No concurso de causas de aumento ou de diminuição de pena previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua"): STF, 2ª Turma, HC 74.269/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 03/12/1996, DJ 03/12/1999. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 14.856/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 13/02/2001, DJ 26/03/2001; STJ, 5ª Turma, RHC 3.853/RJ, Rel. Min. Assis Toledo, j. 31/08/1994, DJ 07/11/1994.

197. STJ, 5ª Turma, HC 215.424/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/09/2011, DJe 10/10/2011. No sentido de que o antigo crime de quadrilha, ainda que tipificado no revogado artigo 14 da Lei nº 6.368/76 (associação para fins de tráfico), não está enquadrado como crime hediondo, sendo inaplicável a norma excludente da fiança e da liberdade provisória: STF, 1ª Turma, HC 83.534/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/11/2003, DJ 27/02/2004. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 20.917/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, j. 18/03/2003, DJ 22/04/2003 p. 273; STJ, 6ª Turma, HC 26.257/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 15/04/2003, DJ 02/06/2003 p. 356.

praticar, reiteradamente ou não, o trafico de drogas, porém com a aplicação do preceito primário previsto no art. 8º da Lei nº 8.072/90, isto é, reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos.[198]

De todo modo, com o advento da nova Lei de Drogas – Lei nº 11.343/06 –, toda essa controvérsia encontra-se superada. Afinal, além da revogação da Lei nº 6.368/76, a Lei nº 11.343/06 dispôs sobre o crime de associação para fins de tráfico em seu art. 35 ("Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei"), a ele cominando uma pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias multa. Por se tratar de *lex gravior*, vez que restabeleceu a pena de 3 (três) a 10 (dez) anos, aumentado, por consequência, o máximo de pena cominado ao referido delito, sua incidência deve recair apenas em relação às associações para fins de tráfico cometidas a partir da vigência da Lei nº 11.343/06, que se deu em data de 8 de outubro de 2006, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa.

18.2. Delação premiada.

A primeira Lei que cuidou expressamente da colaboração e delação premiada no Brasil foi a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), cujo art. 8º, parágrafo único, passou a prever que "*o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços*".[199]

> **Art. 9º** As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

19. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DE METADE.

Na hipótese de um dos crimes listados no art. 9º da Lei nº 8.072/90 – roubo qualificado pelo resultado lesão grave ou morte (CP, art. 157, § 3º), extorsão qualificada pela lesão grave ou morte (CP, art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro, em qualquer uma de suas modalidades (CP, art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro e atentado violento ao pudor, independentemente da modalidade (CP, art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, revogado art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único) – ser cometido contra vítima que estivesse em uma das situações previstas no revogado art. 224 do Código Penal, dar-se-ia o aumento da pena de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão. Antes de ser revogado pela Lei nº 12.015/09, o art. 224 cuidava das hipóteses de violência presumida: vítima não maior de catorze anos, alienada ou débil mental ou que não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Essa causa de aumento de pena outrora prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90 provocou diversas controvérsias, a saber:

a) **extorsão mediante sequestro contra ofendido não maior de 14 (catorze) anos e incidência da majorante do art. 9º da Lei nº 8.072/90:** uma das hipóteses que autoriza o reconhecimento da figura qualificada do crime de extorsão mediante sequestro prevista no art. 159, § 1º, do CP, é quando o crime é cometido contra menor de 18 (dezoito) anos. Na hipótese de o sequestrado não ser maior de 14 (catorze) anos, se a idade da vítima fosse utilizada pelo juiz para fins de tipificação do crime do art. 159, § 1º, do CP, não era possível a incidência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90, sob pena de verdadeiro *bis in idem*,[200] já que a mesma circunstância – ofendido não maior de 14 (catorze) anos – estaria sendo levada em consideração duas vezes pelo magistrado, primeiro como qualificadora, depois como causa de aumento de pena. Evidentemente, se o crime de extorsão mediante sequestro do art. 159, § 1º, do CP, fosse qualificado por outro motivo que não a menoridade da vítima (v.g., duração de mais de 24 horas), era plenamente possível a incidência da majorante do art. 9º da Lei nº 8.072/90;

b) **estupro com violência presumida e incidência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90**: na hipótese de a idade da vítima ser levada em consideração para fins de reconhecimento do

198. STF, 2ª Turma, HC 73.119/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/02/1996, DJ 19/04/1996.

199. A colaboração premiada é objeto de estudo no capítulo referente à Lei das Organizações Criminosas (arts. 4º a 7º), para onde remetemos o leitor.

200. Por força do princípio do *ne bis in idem*, consectário lógico do princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX), é vedada a reiteração do *ius puniendi* por meio do aproveitamento duplo ou da dupla valoração fática da mesma circunstância. A título de exemplo, em se tratando de aborto sem o consentimento da gestante (CP, art. 125), afigura-se inviável a aplicação da agravante do art. 61, II, "h", *in fine*, do CP – crime cometido contra mulher grávida –, visto que tal circunstância já está inserida na própria figura típica.

estupro com violência presumida (CP, art. 213, c/c revogado art. 224, "a"), grande parte da doutrina entendia ser inviável a aplicação da majorante do art. 9º da Lei nº 8.072/90, sob pena de verdadeiro *bis in idem*, porquanto uma mesma circunstância não podia ensejar uma dupla punição, ora como elemento constitutivo do tipo penal, ora como causa de aumento de pena. Na doutrina, era firme o entendimento no sentido de que o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/90 só era aplicável na hipótese de o crime de estupro contra vítima elencada no revogado art. 224 do CP ser cometido com o emprego de violência real, jamais nas hipóteses de violência presumida.[201] Em que pese o entendimento doutrinário, sempre prevaleceu no Supremo a tese de que a incidência da majorante do art. 9º da Lei nº 8.072/90 aos crimes sexuais cometidos com violência presumida não caracterizava *bis in idem*;[202]

c) **incidência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90 e observância do limite superior de trinta anos de reclusão**: ao determinar o aumento de pena de metade para os crimes ali enumerados quando a vítima estivesse em qualquer das hipóteses referidas no revogado art. 224 do CP, o art. 9º da Lei dos Crimes hediondos dispunha expressamente que devia ser *observado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão*. Isso significa dizer que a incidência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90 jamais poderia dar ensejo à aplicação de reprimenda final pela prática de um crime à pena superior a 30 (trinta) anos de reclusão.

A título de exemplo, suponha-se a prática de extorsão qualificada pela morte (CP, art. 159, § 3º) contra vítima não maior de 14 (catorze) anos. Na primeira fase do cálculo da pena, atento às circunstâncias judiciais (CP, art. 59), o juiz delibera pela fixação da pena provisória em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão. Diante da ausência de agravantes e atenuantes, o juiz passa, então, à análise das causas de aumento e de diminuição de pena. Com a aplicação da majorante do art. 9º da Lei nº 8.072/90, a pena provisória de 24 (vinte e quatro) anos devia ser acrescida de metade, ou seja, 12 (doze) anos, o que acarretaria a fixação de uma pena definitiva de 36 (trinta e seis) anos. No entanto, como o próprio art. 9º da Lei nº 8.072/90 dispunha que devia ser **respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão**, outra opção não tinha o magistrado senão fixar a pena definitiva em 30 (trinta) anos.

Nesse caso, parte da doutrina visualizava patente violação ao princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). Afinal, no exemplo citado, a incidência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90 deslocaria as penas mínima e máxima em abstrato para o patamar obrigatório de 30 (trinta) anos, impedindo que o juiz tivesse qualquer margem para individualizar a pena no caso concreto. Em outras palavras, reconhecida a tipicidade, ilicitude e culpabilidade, seria de todo dispensável qualquer tentativa de individualização da pena por parte do juiz, eis que o legislador já teria fixado a pena em abstrato: 30 (trinta) anos de reclusão.

Hoje, no entanto, pode-se dizer que todas essas controvérsias produzidas pelo art. 9º da Lei nº 8.072/90 perderam relevância. Isso porque, com a revogação expressa do art. 224 do Código Penal pelo art. 7º da Lei nº 12.015/09, grande parte da doutrina entende que a causa de aumento de pena do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos também foi tacitamente revogada.[203]

A nosso juízo, a revogação dessa causa de aumento de pena é exemplo de *novatio legis in mellius*, daí por que deve retroagir para beneficiar os fatos delituosos praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015, cuja vigência se deu em data de 10 de agosto de 2009. Logo, todo e qualquer condenado que teve contra si aplicada a referida causa de aumento de pena pode pedir ao juízo da execução penal a exclusão da majorante. A propósito, em caso concreto envolvendo crime de latrocínio cometido contra menor de 14 anos antes do advento da Lei nº 12.015/09, por entender que, diante da revogação do art. 224 do CP, o art. 9º da Lei nº 8.072/90 também teria perdido sua eficácia, o Supremo determinou que o acréscimo de metade da pena constante da sentença condenatória fosse excluído, em fiel observância ao princípio da *novatio legis in mellius* (CP, art. 2º, parágrafo único).[204]

201. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 36.936/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/02/2005, DJ 07/03/2005 p. 297. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 33.906/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18/05/2004, DJ 28/06/2004 p. 375; STJ, 5ª Turma, HC 29.393/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/0/2004, DJ 10/05/2004 p. 313.

202. Na visão do Supremo, o fato de a vítima ser menor de 14 (catorze) anos pode ser utilizado tanto para presumir a violência como circunstância elementar do tipo quanto para aumentar a pena devido à causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90. Nesse sentido: STF, 2ª Turma, HC 74.780/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11/11/1997, DJ 06/02/1998. E ainda: STF, 2ª Turma, HC 78.229/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 02/03/1999, DJ 07/05/1999; STF, 1ª Turma, HC 97.788/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/05/2010, DJe 116 24/06/2010.

203. Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 343. No sentido de que a superveniência da Lei nº 12.015/09 acarretou a revogação da majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição: STJ, 5ª Turma, REsp 1.102.005/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 29/09/2009, DJe 19/10/2009.

204. STF, 1ª Turma, HC 111.246/AC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11/12/2012. Na mesma linha, o Pleno do Supremo concedeu *habeas corpus* de ofício para decotar da pena imposta ao paciente — condenado pela prática dos crimes de estupro em concurso de agentes e atentado violento ao pudor em concurso de agentes, além do crime de corrupção de menores, tudo em concurso material — a incidência da majorante prevista no art. 9º da Lei 8.072/1990. Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes, para

Especificamente em relação aos acusados condenados pela prática de crimes sexuais cometidos com violência ou grave ameaça contra menores de 14 (catorze) anos que tiveram contra si aplicada a referida majorante, a superveniência da Lei nº 12.015/2009 não configurou *abolitio criminis* em relação à causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/1990. A conduta, então prevista na referida majorante, simplesmente passou a ser elementar do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, motivo pelo qual continua a ser típica e, portanto, punível. Na verdade, o que a Lei nº 12.015/2009 fez foi trazer disposições mais benéficas, pois, embora o art. 217-A do Código Penal traga pena mínima mais elevada, de 8 anos, sobre essa reprimenda não incidirá a causa de aumento anteriormente prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/1990, ou seja, em tese, a pena final pode ser definitivamente estabelecida em 8 anos. Na legislação anterior, embora as reprimendas mínimas abstratamente cominadas para os crimes de atentado violento ao pudor e estupro fossem de 6 anos, quando acrescidas de metade, em razão da aludida causa de aumento, totalizariam uma pena definitiva, no mínimo, de 9 anos de reclusão. Logo, se determinado acusado tivesse sido condenado à pena de 09 (nove) anos de reclusão pela prática de crime de atentado violento ao pudor cometido com violência e grave ameaça contra menor de 14 (catorze) anos em data anterior à Lei nº 12.015/09 em virtude da incidência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90, a ele deve ser aplicada a lei nova por inteiro, com a consequente aplicação do preceito secundário do art. 217-A do Código Penal, que prevê pena mínima de 8 (oito) anos de reclusão para o crime de estupro de vulnerável.[205]

> **Art. 10.** O art. 35 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação:
>
> "Art. 35. .....
>
> Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14."

quem a posterior revogação do art. 224 do Código Penal deixou sem efeito a aplicabilidade do art. 9º da Lei 8.072/1990, expressamente condicionado à incidência daquele dispositivo. Afastou a alegada ocorrência de *bis in idem*, mas reconheceu que a alteração legislativa que revogou o art. 224 do CP implicou situação mais favorável ao paciente e, portanto, deve retroagir em seu benefício. (STF, Pleno, HC 100.181/RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15/08/2019).

205. Com esse entendimento: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.168.331/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 27/11/2012, DJe 10/12/2012; STJ, 6ª Turma, REsp 1.121.447/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23/10/2012, DJe 29/10/2012.

20. CONTAGEM EM DOBRO DOS PRAZOS PROCEDIMENTAIS.

Por força do art. 10 da Lei nº 8.072/90, os prazos procedimentais para os crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14 da revogada Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Drogas) seriam contados em dobro. No entanto, com a revogação da Lei nº 6.368/76, o prazo procedimental para os crimes de tráfico de drogas passou a ser regulamentado pela Lei nº 11.343/06.

20.1. Prioridade de tramitação dos processos que apuram a prática de crimes hediondos (e equiparados).

No dia 11 de maio de 2016 entrou em vigor a Lei n. 13.285, que acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 394-A, com os seguintes dizeres: "Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias".

Trata-se de mais uma norma programática, fruto de um Direito Penal simbólico, que pretende dar ao cidadão uma falsa impressão de que a tramitação prioritária de processos referentes a crimes hediondos poderá resolver o problema da criminalidade do país.

Apesar de o art. 394-A referir-se apenas aos processos que apurem a prática de *crime hediondo*, parece-nos perfeitamente possível, a título de analogia, a aplicação de seus dizeres a processos atinentes aos crimes *equiparados a hediondos* – tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06), terrorismo (Lei n. 13.260/16) e tortura (Lei n. 9.455/97). Afinal, como se trata de norma genuinamente processual, não há qualquer óbice ao emprego da analogia, nos termos do art. 3º do CPP.

> **Art. 11.** (Vetado).
>
> **Art. 12.** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> **Art. 13.** Revogam-se as disposições em contrário.
>
> **Brasília, 25 de julho de 1990;**
> **169º da Independência e 102º da República.**
>
> **FERNANDO COLLOR**
>
> **(DOU de 26.7.1990)**

21. VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.072/90.

A Lei nº 8.072/90 entrou em vigor no dia 26 de julho de 1990, data de sua publicação.

ESTATUTO DO DESARMAMENTO

LEI 10.826/2003

Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: A SOCIEDADE CIVIL (DES) ARMADA.

Em referendo realizado em outubro de 2005, 63% dos brasileiros votaram favoravelmente à comercialização de armas de fogo, acessórios e munições.[206] Conquanto mantida a comercialização, a Lei n. 10.826/03 impôs rígido controle de armamento, adotando uma política de desarmamento da população civil, restringindo ao máximo a possibilidade de as pessoas possuírem e portarem armas de fogo e munições. De fato, uma das marcas do Estatuto foi exatamente a de tornar ainda mais difícil a autorização para aquisição das armas e a obtenção de autorização para o porte, pelo menos para os cidadãos que não fazem parte das instituições de segurança pública.

Para além do incremento da burocracia legal necessária para se obter a autorização para a posse e, especialmente, para o *porte legal* de uma arma de fogo, acessório ou munição, também houve um recrudescimento da punição aos crimes atinentes à posse e porte de armas de fogo, de uso permitido, proibido ou restrito. Somente a título de exemplo, enquanto o art. 10, §2º, da antiga Lei de Armas (revogada Lei n. 9.437/97) cominava uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, essa mesma conduta, sob a égide da Lei n. 10.826/03 (art. 16), passou a se sujeitar a uma pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Ou seja, de maneira absurdamente desproporcional, a pena máxima cominada a um crime de mera conduta e de perigo abstrato que tem como bem jurídico tutelado a segurança e a paz públicas é idêntica à pena mínima cominada para o crime de homicídio simples (CP, art. 121, *caput*), crime de lesão que atenta contra o bem jurídico mais relevante de todos, a vida.

Esse recrudescimento penal e administrativo decorrente do Estatuto do Desarmamento despertou – e continua despertando – debates acalorados. Isso porque é cada vez maior o coro de vozes daqueles que sustentam que toda e qualquer pessoa tem direito a possuir armas de fogo, seja para fins de autodefesa, seja para defesa do patrimônio próprio ou alheio. Vejamos as duas correntes acerca da polêmica, e seus respectivos argumentos:

a) sociedade civil armada: à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América,[207] onde armas são vendidas livremente em lojas de artigos esportivos, e até mesmo para crianças e adolescentes,[208] há quem entenda que se deve assegurar a toda e qualquer pessoa maior liberdade para comprar armas, pois todos têm direito à legitima defesa contra atentados contra a sua vida, integridade física, liberdade e propriedade.

206. Lei n. 10.826/03: "Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei. §1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação, mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005. §2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral".

207. Nos Estados Unidos da América, o direito de ter armas chega a ser tratado em nível constitucional. A Segunda Emenda à Constituição dos EUA estabelece que "sendo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, *o direito do povo de possuir e usar armas* não poderá ser infringido".

208. Pedindo vênia ao leitor para falar na primeira pessoa, conto um pouco da minha experiência pessoal, apenas para demonstrar o quanto a cultura de armas é difundida nos Estados Unidos: entre agosto de 1993 e junho de 1994, morei nos EUA como estudante intercambiário. Durante esse período residi no Estado de *Minnesota*, numa pequena cidade chamada *Hugo*. Na família com a qual morava, composta pelo pai, pela mãe, por uma filha e um filho, este último, que tinha apenas 13 (treze) anos de idade, guardava sobre o guarda-roupa um rifle semiautomático municiado para caçar.

Essa maior flexibilização do acesso às armas pela população civil teria efeitos imediatos na redução dos índices criminais. Isso porque os criminosos teriam receio de serem vítimas de um disparo de arma de fogo por ocasião da prática de um crime qualquer. Enfim, *mais armas, menos crimes*. Argumenta-se, ademais, que tamanhas restrições impostas à sociedade civil quanto ao acesso às armas de fogo não contribuem para a diminuição da circulação de tais artefatos, porquanto os criminosos certamente continuarão tendo acesso a eles, porque assim o fazem de maneira ilegal. É dizer, para os criminosos, não é o fato de o Estatuto do Desarmamento ter incrementado a punição aos crimes relacionados à posse e porte de armas de fogo que irá dissuadi-los quanto à aquisição de tais artefatos, sobretudo porque deles necessitam para levar adiante a prática de outros crimes contra a vida, contra o patrimônio, etc.;

b) sociedade civil desarmada (nossa posição): o aumento do número de armas em mãos da sociedade civil contribui, inegavelmente, não apenas para o incremento de confrontos letais em discussões banais do nosso cotidiano, seja numa briga de trânsito, seja numa discussão entre torcedores de times rivais, não muito frequentemente sob efeito de álcool, como também facilita sobremaneira o acesso dos criminosos às armas que estariam de posse da população civil. É ilusório, ademais, acreditar que o fato de um civil estar armado poderá contribuir para a redução das estatísticas criminais. Ora, diversamente de um criminoso, que já traz a arma em suas mãos, pronta, portanto, para o uso, e está acostumado a usá-la no dia-a-dia, o civil não está preparado para manusear a arma de fogo de imediato. Logo, ao tentar oferecer resistência a uma investida criminosa, como, por exemplo, numa tentativa de roubo circunstanciado pelo emprego de arma, tal civil poderia acabar sendo ferido ou morto, aumentando ainda mais a letalidade no nosso país e ensejando ao infrator a possibilidade de subtração de mais uma arma de fogo e munição. O Estado deve, portanto, desenvolver uma política eficaz de combate à comercialização e circulação de armas de fogo, até mesmo para tentar pôr freio à escalada de crimes cometidos por armas de fogo. Deveras, de acordo com os registros do Subsistema de Informação sobre Mortalidade do Ministério da Saúde (SIM/MS), é possível afirmar que, entre 1980 e 2014, morreram 967.851 pessoas no Brasil, vítimas de disparo de algum tipo de arma de fogo. Nesse período, as vítimas passaram de 8.710, no ano de 1980, para 44.861, em 2014, o que representa um crescimento em torno de 65%. Segundo Julio Jacobo Waiselfisz,[209] essa eclosão das mortes foi alavancada, de forma quase exclusiva, pelos homicídios por arma de fogo, que cresceram 592,8%, setuplicando, em 2014, o volume de 1980.

1.1. Caos normativo decorrente da sucessão de Decretos do Presidente da República ao longo do ano de 2019.

É difícil de acreditar, mas, em menos de um ano de governo, de modo a atender às promessas de campanha divulgadas pelo atual Presidente quando ainda candidato, foram editados nada mais nada menos do que 8 (oito) Decretos com o objetivo de regulamentar a Lei n. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), instalando, nessa seara, um verdadeiro caos normativo.[210] São eles: Decreto n. 9.685, de 15 de janeiro de 2019, revogado pelo Decreto n. 9.785, de 7 de maio de 2019, revogado pelo Decreto n. 9.844, de 25 de junho de 2019, revogado pelo Decreto n. 9.847, de 25 de junho de 2019, o qual, por ora, ainda permanece em vigor. No meio tempo, também foi editado o Decreto n. 9.797, de 21 de maio de 2019, que também foi revogado pelo Decreto n. 9.844/19, o qual, como exposto anteriormente, foi revogado pelo Decreto n. 9.847/19. Para além deste último – Decreto n. 9.847/19 –, que, pelo menos por ora, ainda está vigente, também estão em vigor os Decretos 9.845 e 9.846, ambos de 25 de junho de 2019, e o Decreto n. 10.030, de 30 de setembro de 2019.

A legalidade[211] desse "conjunto" normativo tem sido alvo de diversas críticas. Isso porque é flagrante o desrespeito a diversos pontos do Estatuto do Desarmamento. Não por outro motivo, diversos procedimentos já foram instaurados no Congresso Nacional para sustar a execução desses decretos, isso sem contar nas 3 (três) Ações Diretas de Inconstitucionalidade – **ADI's 6.119, 6.134 e**

209. WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2016: homicídios por armas de fogo no Brasil*. Disponível em: https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf Acesso em: 29/10/2018. Segundo o autor, a evolução da letalidade das armas de fogo não foi homogênea ao longo desse período. Entre 1980 e 2003, o crescimento dos homicídios por armas de fogo foi sistemático e constante, com um ritmo enormemente acelerado: 8,1% ao ano. A partir do pico de 36,1 mil mortes em 2003, os números caíram, pelo menos num primeiro momento, para aproximadamente 34 mil e, depois de 2008, ficaram oscilando em torno de 36 mil mortes anuais, para acelerar novamente a partir de 2012. Por isso, conclui o autor que o Estatuto e a Campanha do Desarmamento, iniciados em 2004, funcionaram como um dos fatores determinados para a explicação dessa queda de ritmo dos homicídios por armas de fogo.

210. A absurda falta de rigor técnico na edição desses Decretos pode ser corroborada pela revogação, pela segunda vez, de um mesmo Decreto. Pois é. O Decreto n. 3.665/00, que foi revogado pelo Decreto n. 10.030, já havia sido revogado pelo Decreto n. 9.493, de 2018.

211. Atos regulamentares, cujo conteúdo ultrapassa o que na lei regulamentada se contém, podem estar eivados de ilegalidade. Nesse sentido: STF, Pleno, ADI 4.176 AgR/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20/06/2012, DJe 150 31/07/2012.

6.139 – e 2 (duas) Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental – **ADPF's 581 e 586** – que foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal, atualmente pendentes de julgamento.

Não por outro motivo, em nota técnica elaborada em outubro de 2019, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal afirmou: "(...) Nesse cenário de profusão e confusão de preceitos, não é exagerado dizer que, para a polícia, no exercício de suas funções administrativas e também de patrulhamento, ficou praticamente impossível discernir o que é autorizado ou não autorizado em termos de posse de armas. E isso gera deterioração da capacidade do Poder Público de controlar e reprimir adequadamente o comércio, a posse e o porte ilícito de armas de fogo, com o consequente alargamento de espaços para que organizações criminosas violentas e milícias tenham acesso indireto a produtos de elevado poderio bélico".[212]

Essa avalanche de Decretos tem sido levada adiante à margem do necessário respeito aos princípios da legalidade, da separação dos poderes, do devido processo legal substantivo, bem como das normas constitucionais que dão as balizas para a promoção do direito fundamental à segurança pública no País (CF, arts. 5º, *caput,* 6º, *caput,* e 144). Dentre as principais violações ao Estatuto do Desarmamento perpetradas por esses diversos Decretos, merecem especial destaque:

a) dispensa da obrigação do interessado de comprovar a efetiva necessidade para a compra e posse de arma, requisito básico para tanto, consoante disposto no art. 4º, *caput,* da Lei n. 10.826/03;

b) ampliação do conceito de residência ou domicílio, para o propósito de, no caso das propriedades rurais, autorizar que o armamento seja utilizado em toda a extensão da propriedade, edificada ou não, em que resida ou tenha instalação o titular do registro, seja pessoa física ou jurídica, atentando, *in casu,* contra a redação original do art. 5º, *caput,* da Lei n. 10.826/03. Esta ilegalidade, todavia, acabou sendo sanada pelo advento da Lei n. 13.870/19, que acrescentou o §5º ao art. 5º da Lei n. 10.826/03 para dispor que "aos residentes em área rural, para os fins do disposto no *caput* deste artigo, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel rural";

c) tratamento privilegiado para caçadores, colecionadores e atiradores (CAC) nas regras de registro, posse e porte de armas, sem amparo na lei. Caçadores poderão manter até 30 armas, sendo 15 de uso permitido e 15 de uso restrito, o que inclui armas não portáteis; atiradores, até 60 armas, sendo 30 de uso permitido e 30 de uso restrito. Essas categorias podem adquirir até mil munições anuais para cada arma de fogo de uso restrito e cinco mil munições para as de uso permitido. Assim, um único atirador poderá, a cada ano, comprar até 150 mil munições de armas de uso permitido e até 30 mil munições de armas de uso restrito, sem qualquer intervenção ou controle pelo Poder Público, que será apenas informado da aquisição;

d) autorização para que menores de 14 a 18 anos pratiquem tiro, sem a necessidade de autorização ou controle estatal, em contrariedade à regra que fixa a idade mínima de 25 anos para a posse de armas de fogo (Lei n. 10.826/03, art. 28) e ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Enfim, de modo a restaurar a segurança pública, bem jurídico tutelado pelo Estatuto do Desarmamento, e a própria segurança jurídica de todos os cidadãos, inclusive dos próprios proprietários de armas de fogo, que também precisam ter uma definição sobre a validade desse "conjunto normativo", é de rigor a imediata atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, de modo a reconhecer a inconstitucionalidade e ilegalidade de todos esses atos regulamentares, com o consequente retorno à vigência do Decreto n. 5.123/04, com as alterações promovidas até o dia 14 de janeiro de 2019. De todo modo, como ainda não há, pelo menos por ora, nenhuma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nem tampouco do Congresso Nacional, só nos resta proceder aos comentários ao Estatuto do Desarmamento, fazendo-o com base nesse caos normativo instalado em relação à matéria pelo atual governo federal.

2. SUBDIVISÃO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO.

O Estatuto do Desarmamento é dividido em 6 (seis) capítulos, estruturados nos seguintes termos:

a) **Capítulo I ("Do Sistema Nacional de Armas"):** abrange os dois primeiros artigos da Lei n. 10.826/03. Com circunscrição em todo o território nacional, compete ao Sistema Nacional de Armas (SINARM), instituído no Ministério da Justiça no âmbito da Polícia Federal: a) identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro; b) cadastrar as armas de fogo

212. Nota Técnica Conjunta n. 2/2019, PFDC/7ªCCR/MPF, de 14 de outubro de 2019.

produzidas, importadas e vendidas no País; c) cadastrar as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal; d) cadastrar as transferências de propriedade, extravio, furto, roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais, inclusive as decorrentes de fechamento de empresas de segurança privada e de transporte de valores; e) identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo; f) integrar no cadastro os acervos policiais já existentes; g) cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais; h) cadastrar os armeiros em atividade no País, bem como conceder licença para exercer a atividade; i) cadastrar mediante registro os produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e importadores autorizados de armas de fogo, acessórios e munições; j) cadastrar a identificação do cano da arma, as características das impressões de raiamento e de microestriamento de projétil disparado, conforme marcação e testes obrigatoriamente realizados pelo fabricante; k) informar às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal os registros e autorizações de porte de armas de fogo nos respectivos territórios, bem como manter o cadastro atualizado para consulta. Por força do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03, estão expressamente excluídas das atribuições do SINARM as armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares, bem como as demais que constem dos seus registros próprios. Ao mesmo tempo, o art. 4º do Decreto n. 9.847/19 previu o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas (SIGMA), instituído no Ministério da Defesa no âmbito do Comando do Exército. Há, portanto, dois sistemas diferentes para registro de armas de fogo;[213]

b) Capítulo II ("Do Registro"): compreende os arts. 3º, 4º e 5º. Grosso modo, dispõe sobre os requisitos para que alguém possa adquirir arma de fogo de uso permitido. Cuida, ademais, do certificado de registro de arma de fogo;[214]

c) Capítulo III ("Do porte"): compreende os arts. 6º ao 11. Em síntese, o Capítulo em questão proíbe o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para as hipóteses elencadas nos incisos do art. 6º da Lei n. 10.826/03;[215]

d) Capítulo IV ("Dos crimes e das penas"): abrange os arts. 12 a 21. É a parte criminal, propriamente dita, do Estatuto de Desarmamento, onde estão inseridos não apenas os crimes (arts. 12 a 18), como também causas de aumento de pena (arts. 19 e 20) e disposições referentes à liberdade provisória (art. 21), cuja inconstitucionalidade, aliás, foi declarada pelo STF no julgamento da ADI 3.112;

e) Capítulo V ("Disposições Gerais"): abrange os arts. 22 ao 37. Como sugere o nome do Capítulo, versa sobre aspectos gerais atinentes ao Estatuto do Desarmamento, como, por exemplo, a destruição das armas de fogo apreendidas (art. 25), a proibição da fabricação, venda, comercialização e importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas possam se confundir (art. 26), etc.;

f) Capítulo VI ("Disposições finais"): compreende os arts. 35, 36 e 37.

Para além dos 6 Capítulos acima relacionados, a Lei n. 10.826/03 também contém um anexo, com tabela de taxas para registro das armas, renovação do certificado de registro, etc.

3. AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO.

Nos exatos termos do art. 4º do Estatuto do Desarmamento, para adquirir arma de fogo *de uso permitido*, o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos cumulativos, que devem ser comprovados, periodicamente, em período não inferior a 3 (três) anos: a) comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; b) apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; c) comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento da Lei 10.826/03.[216] Uma vez atendidos

213. Ao SIGMA compete manter cadastro nacional das armas de fogo importadas, produzidas e comercializadas no País que não estejam sujeitas ao cadastramento no Sinarm. Consoante disposto no art. 4º, §2º, do Decreto n. 9.847/19, serão cadastradas no Sigma as armas de fogo, ainda que de uso permitido: I – institucionais, constantes de registros próprios: a) das Forças Armadas; b) das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares dos Estados e do Distrito Federal; c) da Agência Brasileira de Inteligência; e d) do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; II – dos integrantes: a) das Forças Armadas; b) das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares dos Estados e do Distrito Federal; c) da Agência Brasileira de Inteligência; e d) do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; III – obsoletas; IV – das representações diplomáticas; e V – importadas ou adquiridas no País com a finalidade de servir como instrumento para a realização de testes e avaliações técnicas. Serão, ainda, cadastradas no Sigma as informações relativas às importações e às exportações de armas de fogo, munições e demais produtos controlados.

214. Vide adiante comentários ao conceito de *registro de arma de fogo*.

215. Para mais detalhes acerca do porte de arma de fogo, vide adiante comentários ao art. 12 da Lei n. 10.826/03.

216. O interessado em adquirir arma de fogo de uso permitido que comprove estar autorizado a portar arma com as mesmas características daquela a ser adquirida está dispensado desta exigência.

esses requisitos, o SINARM expedirá autorização de compra de arma de fogo em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização.

Esses requisitos constantes do art. 4º do Estatuto do Desarmamento eram regulamentados pelo art. 12 do Decreto n. 5.123/04, o qual, todavia, foi revogado pelo Decreto n. 9.785/19, posteriormente revogado pelo Decreto n. 9.844/19, o qual, por sua vez, foi revogado pelo Decreto n. 9.847/19, cujo art. 12 prevê que, para fins de aquisição de arma de fogo de uso permitido e de emissão do Certificado de Registro de Arma de Fogo, o interessado deverá: I – ter, no mínimo, vinte e cinco anos de idade;[217] II – apresentar original e cópia de documento de identificação pessoal; III – comprovar a idoneidade moral e a inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais das Justiças Federal, Estadual, Militar e Eleitoral; IV – apresentar documento comprobatório de ocupação lícita e de residência fixa; V – comprovar, periodicamente, a capacidade técnica para o manuseio da arma de fogo; e VI – comprovar a aptidão psicológica para o manuseio da arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo credenciado pela Polícia Federal.

4. REGISTRO DE ARMA DE FOGO.

Registro de Arma de Fogo é a autorização para o proprietário manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa, valendo lembrar que, para os residentes em área rural, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel rural (Lei n. 10.926/03, art. 5º, §5º, incluído pela Lei n. 13.870/19).

Com o advento do Estatuto do Desarmamento, as armas de fogo devem ser registradas na Polícia Federal ou no Comando do Exército, nos seguintes termos:

a) **Polícia Federal: por força do art. 3º, §3º, do Decreto n. 9.847/19,** deverão ser registradas – e cadastradas no SINARM –, dentre outras, as armas de fogo adquiridas pelo cidadão comum e que tenham atendido às disposições do art. 4º da Lei n. 10.826/03, as armas de fogo das empresas de segurança privada e de transporte de valores, as armas de fogo institucionais, constantes de cadastros próprios, e dos integrantes da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Força Nacional de Segurança Pública, do Departamento Penitenciário Nacional, das polícias civis dos Estados e do Distrito Federal, dos órgãos policiais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, das guardas municipais, etc. De se notar que cabe ao SINARM cadastrar a arma e autorizar a expedição do certificado, que, na verdade, é expedido pela Polícia Federal;

b) Comando do Exército: deverão ser cadastradas no SIGMA as armas de fogo listadas no art. 4º, §2º, do Decreto n. 9.847/19. Por força do art. 1º, §1º, do Decreto n. 9.846/19, as armas de fogo de colecionadores, atiradores e caçadores também serão cadastradas no Sistema de Gerenciamento Militar de Armas – Sigma.

Em caso de mudança de residência ou outra situação que implique no transporte de arma de fogo, o seu proprietário deverá solicitar *guia de trânsito* à Polícia Federal. Assim, se alguém tem o registro de um revólver calibre .38, e o mantém em sua residência, caso queira levá-lo para outra localidade, deverá solicitar a referida *guia de trânsito,* sob pena de responder pelo crime de porte ilegal de arma de fogo. Essa *guia de trânsito* também era necessária para que atiradores esportivos fizessem o transporte das armas utilizadas no desporto. Nesse caso, a arma deveria ser transportada desmuniciada, desmontada e, de preferência, no porta-malas do veículo, evitando-se, assim, que uma guia de trânsito fosse transformada em uma autorização para o porte. No entanto, a Portaria n. 28 – COLOG, de 14 de março de 2017, passou a permitir aos atiradores o porte de uma arma de fogo municiada nos deslocamentos do local de guarda do acervo até os locais de prática e/ou treinamento. Mais recentemente, o art. 5º, §3º, do Decreto n. 9.846/19, passou a dispor que os colecionadores, os atiradores e os caçadores poderão portar uma arma de fogo curta municiada, alimentada e carregada, pertencente a seu acervo cadastrado no Sinarm ou no Sigma, conforme o caso, sempre que estiverem em deslocamento para treinamento ou participação em competições, por meio da apresentação do Certificado de Registro de Colecionador, Atirador e Caçado9r, do Certificado de Registro de Arma de Fogo e da Guia de Tráfego válidos. Em tal hipótese, o direito ao porte de arma de fogo está restrito ao trajeto indispensável à prática do desporto, é dizer, na eventualidade de o atirador portar sua arma em local ou horário

217. No Brasil, menores de 25 anos não podem adquirir armas de fogo, salvo se integrantes das entidades previstas nos incisos I, II, III, V, VI, VII e X do *caput* do art. 6º do Estatuto, por força do que dispõe seu art. 28, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.706/08.

incompatíveis com o esporte, restarão tipificados os crimes dos arts. 14 ou 16, a depender da arma de fogo em questão.

5. AUTORIZAÇÃO DE PORTE DE ARMA DE FOGO.

Como exposto anteriormente, o *registro de arma de fogo* autoriza o agente a possuir arma de fogo, acessório ou munição, exclusivamente em sua residência ou local de trabalho, desde que seja o proprietário ou o responsável legal pelo estabelecimento. Não se confunde, portanto, com o *porte de arma de fogo*, que deve ser compreendido como uma autorização legal ou da autoridade para carregar uma arma, vinculado ao prévio registro da arma,[218] que autoriza o agente a trazê-la consigo, em condições de uso imediato. Daí, logicamente, os maiores rigores para a sua obtenção. Cuida-se de simples autorização, ou seja, é precária (art. 17 do Decreto n. 9.847/19) e tem prazo temporal determinado, restando sua renovação a critério da administração para que possa novamente aferir a continuidade da capacidade do sujeito em portar arma de fogo. Territorialmente também é limitado, sendo que os limites constarão do próprio documento (art. 16, I, do Decreto n. 9.847/19).

O porte de arma de fogo *de uso permitido* também é emitido pela Polícia Federal, após regular autorização do SINARM. Cuida-se de documento obrigatório para a condução da arma e deverá conter os seguintes dados (abrangência territorial, eficácia temporal, características da arma, número do cadastro da arma no SINARM; identificação do proprietário da arma; e assinatura, cargo e função da autoridade concedente). O Porte de Arma de Fogo é pessoal, intransferível e revogável a qualquer tempo, sendo válido apenas com relação à arma nele especificada e com a apresentação do documento de identificação do portador. Em se tratando de portes funcionais (v.g., juízes e promotores), o documento não indica qual a arma que poderá ser portada, mas exige-se que o portador da arma tenha consigo sua carteira funcional e que a arma seja registrada.

Pelo menos em regra, o porte de arma de fogo é proibido em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria (v.g., magistrados e promotores) e nas seguintes hipóteses previstas no rol não taxativo do art. 6º do Estatuto do Desarmamento:

I – os integrantes das Forças Armadas;

II - os integrantes de órgãos referidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* do art. 144 da Constituição Federal (v.g., policiais federais, rodoviários, ferroviários, civis, policiais militares e membros dos corpos de bombeiros militares), e os da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP);

III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei: nesse caso, os guardas municipais terão direito de portar arma de fogo de propriedade particular ou fornecida pela respectiva corporação ou instituição, *mesmo fora de serviço*;

IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, *quando em serviço*;

V – os agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;

VI – os integrantes dos órgãos policiais referidos no art. 51, IV, e no art. 52, XIII, da Constituição Federal;

VII – os integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais, os integrantes das escoltas de presos e as guardas portuárias: os integrantes do quadro efetivo de agentes e guardas prisionais também poderão portar arma de fogo de propriedade particular ou fornecida pela respectiva corporação ou instituição, mesmo fora de serviço, desde que estejam submetidos a regime de dedicação exclusiva, sujeitos à formação funcional, nos termos do regulamento, e subordinados a mecanismos de fiscalização e de controle interno;

VIII – as empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, nos termos desta Lei;

IX – para os integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades esportivas demandem o uso de armas de fogo, na forma do regulamento desta Lei, observando-se, no que couber, a legislação ambiental;

X - integrantes das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário;

XI - os tribunais do Poder Judiciário descritos no art. 92 da Constituição Federal e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho

218. O porte funcional previsto pela Lei n. 10.826/03 ou por outro texto legislativo (v.g., juízes e promotores) não afasta a necessidade do registro da arma, sob pena de tipificação dos crimes dos arts. 14 ou 16, a depender da espécie de arma em questão. Logicamente, armas com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, não podem ser portadas em hipótese alguma. Como já se pronunciou o STJ, "(...) é típica e antijurídica a conduta de policial civil que, mesmo autorizado a portar ou possuir arma de fogo, não observa as imposições legais previstas no Estatuto do Desarmamento, que impõem registro das armas no órgão competente (...)". (STJ, 6ª Turma, RHC 70.141/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 07/02/2017).

Nacional de Justiça - CNJ e pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP.

Há controvérsias quanto à (in) constitucionalidade dessa restrição imposta aos guardas municipais de municípios menores, que só poderiam portar arma de fogo *quando em serviço*. De fato, se levarmos em consideração que o art. 6º, §3º, da Lei n. 10.826/03, dispõe que a autorização para o porte de arma de fogo das guardas municipais, independentemente do número de habitantes do município, está condicionada à formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino de atividade policial, à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, observada a supervisão do Ministério da Justiça, é de todo evidente que a população do município não é um critério razoável para se estabelecer tamanho discrimine. Com efeito, se a função exercida por um guarda civil de uma capital é idêntica àquela exercida por um guarda civil de uma cidade menor, e se a formação funcional de ambos deve ser semelhante, por que admitir que aqueles possam portar armas de fogo fora do serviço, e estes não? Somando-se a isso o fato de que agentes estatais ligados à segurança pública estão cada vez mais expostos a represálias cometidas por organizações criminosas, pouco importando a população do município em questão, revela-se temerário privar os guardas civis de instrumento indispensável para a sua própria segurança pessoal. Portanto, a nosso juízo, revela-se inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia, a utilização do critério populacional para restringir o porte dos guardas municipais de municípios menores exclusivamente para quando estiverem em serviço. Aliás, não por outro motivo, em data de 29 de junho de 2018, o Ministro Alexandre de Moraes concedeu a medida cautelar pleiteada na ADI 5.948, *ad referendum* do Plenário, determinando a imediata suspensão da eficácia das expressões *das capitais dos Estados* e *com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes,* no inciso III, bem como no inciso IV, ambos do art. 6º da Lei Federal n. 10.826/03.[219]

Aos residentes em áreas rurais, maiores de 25 (vinte e cinco) anos que comprovem depender do emprego de arma de fogo para prover sua *subsistência alimentar familiar* será concedido pela Polícia Federal o porte de arma de fogo, na categoria caçador para subsistência, de uma arma de uso permitido, de tiro simples, com 1 (um) ou 2 (dois) canos, de alma lisa e de calibre igual ou inferior a 16 (dezesseis), desde que o interessado comprove a efetiva necessidade em requerimento ao qual deverão ser anexados os seguintes documentos: I - documento de identificação pessoal; II - comprovante de residência em área rural; e III - atestado de bons antecedentes. O caçador para subsistência que der outro uso à sua arma de fogo, independentemente de outras tipificações penais, responderá, conforme o caso, por porte ilegal ou por disparo de arma de fogo de uso permitido.

As armas de fogo utilizadas pelos empregados das empresas de segurança privada e de transporte de valores, constituídas na forma da lei, serão de propriedade, responsabilidade e guarda das respectivas empresas, somente podendo ser utilizadas quando em serviço, devendo ser observadas as condições de uso e de armazenagem estabelecidas pelo órgão competente, sendo o certificado de registro e a autorização de porte expedidos pela Polícia Federal em nome da empresa. O proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança privada e de transporte de valores responderá pelo crime previsto no parágrafo único do art. 13 desta Lei, sem prejuízo das demais sanções administrativas e civis, se deixar de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de armas de fogo, acessórios e munições que estejam sob sua guarda, nas primeiras 24 (vinte e quatro) horas depois de ocorrido o fato.

Compete ao Ministério da Justiça a autorização do porte de arma para os responsáveis pela segurança de cidadãos estrangeiros em visita ou sediados no Brasil e, ao Comando do Exército, nos termos do regulamento desta Lei, o registro e a concessão de porte de trânsito de arma de fogo para colecionadores, atiradores e caçadores e de representantes estrangeiros em competição internacional oficial de tiro realizada no território nacional.

A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm. Fora das hipóteses acima especificadas, essa autorização poderá ser concedida com eficácia temporária e territorial limitada, nos termos de atos regulamentares, e dependerá de o requerente: a) demonstrar a sua efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física; b) atender às exigências previstas no art. 4º da Lei n. 10.826/03; III – apresentar documentação de propriedade de arma de fogo, bem como

219. O tema também é objeto de questionamento na ADI 5.538 e na ADC 38.

o seu devido registro no órgão competente. Essa autorização perderá automaticamente sua eficácia caso o portador dela seja detido ou abordado em estado de embriaguez ou sob efeito de substâncias químicas ou alucinógenas.

Não se pode confundir a suspensão do porte com a sua cassação. As hipóteses de **suspensão do porte de arma de fogo**, cujo prazo é estipulado pela autoridade concedente, são as seguintes: a) não comunicação imediata da mudança de domicílio ao órgão expedidor do porte de arma de fogo; b) não comunicação imediata do extravio, furto ou roubo da arma de fogo, à unidade Policial mais próxima e, posteriormente, à polícia Federal (Decreto n. 9.847/19, art. 19, incisos I e II). Para além dessas hipóteses, consoante disposto no art. 22, I, da Lei Maria da Penha, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, dentre outras, a medida protetiva de urgência de suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826/03.

De seu turno, a **cassação do porte de arma de fogo** dar-se-á quando o titular de porte de arma de fogo para defesa pessoal concedido nos termos do art. 10 da Lei n. 10.826/03 conduzi-la ostensivamente ou com ela adentrar ou permanecer em locais públicos, tais como igrejas, escolas, estádios desportivos, clubes, agências bancárias ou outros locais onde haja aglomeração de pessoas em virtude de eventos de qualquer natureza. A autorização de porte de arma de fogo também perderá automaticamente sua eficácia caso o portador dela seja detido ou abordado em estado de embriaguez ou sob efeito de substâncias químicas ou alucinógenas. Noutro giro, de acordo com o art. 14 do Decreto n. 9.847/19, serão cassadas as autorizações de porte de arma de fogo do titular a que se referem o inciso VIII ao inciso XI do caput do art. 6º e o §1º do art. 10 da Lei n. 10.826/03, que esteja respondendo a inquérito ou a processo criminal por crime doloso, salvo nas hipóteses em que houver indícios de que a arma teria sido utilizada em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, hipótese em que a arma será apreendida quando necessário periciá-la, com ulterior restituição ao proprietário.

Ao fim e ao cabo, é de todo conveniente destacar que não se admite que Leis Estaduais outorguem o direito de porte de arma aos seus respectivos servidores, sob pena de violação aos arts. 21, VI, e 22, I, ambos da Constituição Federal, que atribuem exclusivamente à União a competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico e para legislar sobre direito civil, comercial, penal, do trabalho e outros. A propósito, no julgamento da ADI 5.010, o Supremo Tribunal Federal decidiu que norma estadual concessiva de porte é inconstitucional, por violar a competência privativa da União para legislar sobre matéria criminal, uma vez que retira a incidência do tipo penal do art. 14 do Estatuto do Desarmamento, tendo, nesse aspecto, natureza penal.

6. BEM JURÍDICO TUTELADO.

Diversamente de outros objetos vulnerantes, como uma faca, por exemplo, que pode ser usada para cortar carne, mas também para matar um homem, as armas de fogo são produzidas com a finalidade única de lesionar ou causar a morte de uma pessoa. Pouco importa o motivo do seu uso: se para fins de legítima defesa ou para ataque à integridade física de outrem. Tais artefatos são instrumentos letais. São intrinsecamente perigosas e tal perigo cresce, exponencialmente, a depender da pessoa que a tem em mãos. Surge daí, portanto, a necessidade de maior controle por parte do Estado, de modo a assegurar que a posse e o porte dessas armas de fogo sejam confiados apenas àqueles indivíduos que efetivarem delas necessitarem e com elas saibam lidar.

Se não há qualquer dúvida quanto à importância de se controlar a posse e principalmente o porte de armas de fogo, não há consenso na doutrina e na jurisprudência acerca do bem jurídico tutelado pela Lei de Armas. Vejamos as principais correntes acerca do assunto:

a) **Segurança Pública:** permitir a posse e o porte de armas de fogo sem qualquer controle causaria evidente prejuízo à segurança pública, direito fundamental de todos, conforme previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Ora, pelo menos em tese, quanto mais rigorosos forem os requisitos para o registro das armas e para a emissão de portes, e pelo menos enquanto certas condutas relacionadas à circulação de armas em situação de ilegalidade forem criminalizadas, deverá haver um aumento do grau de segurança dos habitantes, já que teremos menos armas circulando pelas ruas. Como esclarece Nucci, "o cidadão honesto, ao menos, que não mais poderá encontrar armas de fogo em qualquer canto, fica livre de sua má utilização. Não temos a ilusão de que o controle estatal impedirá a ocorrência de

crimes em geral, afinal, seria ingênuo imaginar que a marginalidade compra armas de fogo em lojas, promovendo o devido registro e conseguindo o necessário porte. Ocorre que a proliferação incontrolada das armas de fogo pelo País pode levar à sensível piora na segurança pública, pois não somente o criminoso faz uso indevido desses instrumentos, mas também o pacato indivíduo que, pela facilidade de ter e usar uma arma de fogo, pode ser levado a resolver conflitos fúteis com agressão a tiros, gerando homicídios e lesões corporais de toda espécie cometidos de forma leviana e inconsequente; Em suma, o Estatuto do Desarmamento não trará a paz permanente à sociedade, mas poderá contribuir para melhorar a segurança pública, retirando de circulação, cada vez mais, armas de fogo sem qualquer registro ou controle, bem como permitindo à polícia que, prendendo o infrator que porta arma ilegal, evite a prática de delitos mais graves, como roubos, homicídios, estupros, extorsões, etc. O potencial assaltante pode ser preso pelo simples porte ilegal de arma de fogo, antes de cometer o mal maior";[220]

b) Paz pública: a expressão *paz pública* pode ser compreendida em sentido objetivo e subjetivo. Objetivamente, a *paz pública* corresponde à *ordem social,* ou seja, à ordem nas relações da vida em sociedade, que resulta das normas jurídicas que regulam essas relações, abrangendo, portanto, a paz, a tranquilidade e a segurança social. Subjetivamente, a paz pública corresponde ao sentimento coletivo de confiança na ordem jurídica. É exatamente nesse segundo sentido, ou seja, em seu aspecto subjetivo, que a lei penal brasileira visa proteger a paz pública com os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento. Enfim, como bem jurídico tutelado, a paz pública não deve ser compreendida como a defesa da segurança social, mas sim a opinião ou o sentimento da população em relação a essa segurança, ou seja, aquela sensação de proteção e segurança geral. Por mais que não se possa negar que as armas de fogo invariavelmente são utilizadas para a prática de outros crimes, como, por exemplo, homicídios, roubos, latrocínios, etc., não se pode confundir o bem jurídico tutelado por tais delitos – no exemplo dado, a vida e o patrimônio, respectivamente –, com aquele tutelado especificamente pela Lei n. 10.826/03, qual seja, a paz pública.

A nosso juízo, os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento atentam contra a *segurança e a paz públicas*, sobretudo a política de controle federal de armas de fogo e a incolumidade dos cidadãos, uma vez que, com o desarmamento e o controle, busca-se diminuir o número de pessoas mortas por armamentos.[221]

7. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE.

No tocante ao grau de intensidade do resultado almejado pelo agente como consequência da prática da conduta, os crimes podem ser classificados da seguinte forma:

a) crime de dano (ou de lesão): é aquele cuja consumação está condicionada à efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a exemplo do que ocorre com o crime de homicídio;

b) crime de perigo: é aquele em que há uma probabilidade de dano, que, no entanto, não precisa ocorrer para a consumação do delito. Na verdade, quando o legislador cria um crime de perigo, seu objetivo é levar a efeito a punição do agente antes que sua conduta venha, efetivamente, a causar lesão ao bem juridicamente protegido. Por isso, os crimes de perigo são, em regra, de natureza subsidiária, sendo absorvidos pelos crimes de dano. Há, por sua vez, duas subespécies de crimes de perigo:[222]

b.1.) crimes de perigo abstrato: nesse caso, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico. Na verdade, baseado em dados empíricos, o legislador seleciona

220. NUCCI. Op. cit. p. 45. Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira (*Lei das Armas de Fogo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 51-52) apontam a *segurança pública* como o bem jurídico protegido nos delitos relacionados às armas de fogo. Com o mesmo entendimento: SILVARES, Ricardo. *Leis Penais Especiais Comentadas artigo por artigo*. Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renee do Ó Souza. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 1.495; CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. *Tratado de legislação especial criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 46.

221. Nesse contexto: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 780. Para NUCCI (op. cit. p. 45), os bens jurídicos tutelados pela Lei n. 10.826/03 também são a *segurança e a paz públicas*. Em sentido diverso, Renato Marcão (op. cit. p. 3), César Dario Mariano da Silva (op. cit. p. 31) e Armando de Mattos Jr (*Estatuto do Desarmamento*. Organizadores: Clever Rodolfo Carvalho Vasconcellos e Levy Emanuel Magno. São Paulo: Atlas, 2011. p. 28) sustentam que o Estatuto do Desarmamento busca a proteção da *incolumidade pública*, ou seja, a segurança da sociedade como um todo, que deve ser preservada, evitando-se que bens jurídicos como a vida, a segurança e a integridade física da coletividade sejam lesionados ou expostos a perigo de dano.

222. Na lição de Cleber Masson (*Direito penal – parte geral, vol. 1*. 10ª ed. São Paulo: Método, 2016. p. 221), há outras subespécies de crimes de perigo. De acordo com o referido autor, para além dos crimes de *perigo abstrato e concreto*, também se pode falar em crime de *perigo individual*, assim compreendido como aquele que atinge uma pessoa ou um número determinado de pessoas (v.g., perigo de contágio venéreo – CP, art. 13), de *perigo comum ou coletivo*, que é aquele que atinge um número indeterminado de pessoas (v.g., explosão criminosa - CP, art. 251), *de perigo iminente*, quando o perigo está prestes a ocorrer, e *de perigo futuro ou mediato*, quando a situação de perigo decorrente da conduta se projeta para o futuro, como no porte ilegal de arma de fogo de uso permitido ou restrito (Lei n. 10.826/03, arts. 14 e 16), o que, em tese, autoriza a criação de tipos penais preventivos.

grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Há, pois, uma presunção absoluta, logo, que não admite prova em sentido contrário, de que a prática de determinada conduta representa um risco ao bem jurídico, sendo desnecessária, portanto, a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que o tipo penal visa evitar. Assim, se alguém andar pelas ruas com uma arma de fogo de uso permitido, porém sem o devido porte, responderá pelo crime do art. 14 da Lei n. 10.826/03, mesmo que o agente sequer tenha passado perto de outra pessoa, ou seja, não tenha concretamente exposto outrem a algum risco;[223]

b.2) crimes de perigo concreto: a situação de perigo supostamente criada pela conduta do agente faz parte do tipo penal, daí por que deve ser comprovada no caso concreto, sob pena de atipicidade da conduta. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro ("Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, *gerando perigo de dano*"), cujo juízo de tipicidade demanda a comprovação, no caso concreto, que a condução de veículo automotor pelo agente trouxe risco à vida ou à saúde de outrem (v.g., motorista em zigue-zague, na contramão, em alta velocidade, etc.).

Conquanto parte da doutrina seja contrária aos crimes de perigo abstrato, por entender que, à luz do princípio da ofensividade (ou lesividade), só se justifica a punição de determinado crime se a conduta do agente produzir efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado,[224] tais crimes são amplamente admitidos pela jurisprudência pátria.

Ao criminalizar condutas relativas à posse (ou porte) clandestino de armas, a Lei n. 10.826/03 preocupou-se, essencialmente, com o risco que essa conduta, quando executada à deriva do controle estatal, representa para bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, o patrimônio, a integridade física, entre outros, levando em consideração que o porte, usualmente, constitui ato preparatório (delito de preparação) para diversas condutas mais graves, quase todas dotadas com a relevante contingência de envolver violência contra a pessoa. Assim, antecipando a tutela penal, pune essas condutas antes mesmo que representem qualquer lesão ou perigo concreto.[225]

Para o Supremo Tribunal Federal, a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a segurança e a paz públicas, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.

A propósito, confira-se: "(...) A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. (...) LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente

223. Na visão do STJ, o delito do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro também é espécie de crime de perigo abstrato. A propósito, eis o teor da **súmula n. 575 do STJ**: "Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, *independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo*".

224. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. Série "As Ciências Criminais no Século XXI". Vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 116. Para Delmanto (op. cit. p. 782), os crimes de perigo abstrato não se justificam em um Estado Democrático de Direito, nem tampouco se sustentam em face dos princípios da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade ou razoabilidade entre conduta e resposta penal.

225. No sentido de que o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é crime de mera conduta e de perigo abstrato, e que o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante estar a arma de fogo desmuniciada: STF, 2ª Turma, HC 117.206/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 05/11/2013, DJe 228 19/11/2013. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.063.140/SE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/04/2017, DJe 28/04/2017; STJ, 3ª Seção, EREsp 1.005.300/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14/08/2013, DJe 19/12/2013.

à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa (...)".[226]

8. COMPETÊNCIA DE JUSTIÇA PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO.

Quando da entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), surgiu discussão na doutrina quanto à competência para processar e julgar os delitos ali previstos. Isso porque a referida lei instituiu o Sistema Nacional de Armas (SINARM) no âmbito do Ministério da Justiça e da Polícia Federal, com circunscrição em todo o território nacional (art. 1º), ao qual, dentre outras atribuições, compete identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro; cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no país; cadastrar as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal, etc. Além disso, segundo a referida lei, compete à Polícia Federal, com prévia autorização do SINARM, expedir o certificado de registro de arma de fogo, o qual autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa (art. 5º), assim como a autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido (art. 10).

À primeira vista, poder-se-ia pensar que todos os delitos previstos no Estatuto do Desarmamento passariam a ser de competência da Justiça Federal, uma vez que afetariam interesses de órgãos pertencentes à estrutura da União. No entanto, o bem jurídico tutelado pelas citadas normas não é o regular funcionamento ou atuação da Administração Pública Federal, mas sim a segurança e a paz públicas, ou seja, a garantia e preservação do estado de segurança, integridade corporal, vida, saúde e patrimônio dos cidadãos indefinidamente considerados contra possíveis atos que os exponham a perigo. Logo, o simples fato de se tratar de porte de arma de fogo não evidencia, por si só, a competência da Justiça Federal. Como o objeto jurídico protegido pela Lei nº 10.826/03 é a incolumidade de toda a sociedade, vítima em potencial do uso irregular das armas de fogo, não havendo qualquer violação direta aos interesses da União, a despeito de ser o SINARM um ente federal, há de se concluir, pela competência da Justiça Estadual para julgar, em regra, os crimes previstos na Lei nº 10.826/03.[227]

Se a competência para o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei n. 10.826/03 recai, em regra, sobre a Justiça Comum Estadual, ainda que a arma de fogo seja de uso proibido ou restrito,[228] porquanto não se vislumbra, nesses casos, qualquer interesse direto da União capaz de despertar a competência da Justiça Comum Federal, não se pode negar que eventualmente tais crimes também podem ser julgados por outras "Justiças", a depender do caso concreto, senão vejamos:

a) Justiça Comum Federal: presente uma das hipóteses constantes do art. 109 da Constituição Federal, a competência para o processo e julgamento dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento será da Justiça Federal. Vejamos alguns exemplos: a.1) crime de disparo de arma de fogo (Lei n. 10.826/03, art. 15) cometido por funcionário público federal em razão das funções (súmula n. 147 do STJ), conforme disposto no art. 109, IV, da CF;[229] a.2) crime de tráfico internacional de arma de fogo (Lei nº 10.826/03, art. 18), hipótese em que a competência será da Justiça Federal, nos exatos termos do art. 109, V, da Constituição Federal, haja vista tratar-se de crime previsto em tratado ou convenção internacional, caracterizado pela internacionalidade territorial do resultado relativamente à conduta delituosa;[230] a.3) crimes

226. STF, 2ª Turma, HC 102.087/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/02/2012, DJe 159 13/08/2012. Em sentido semelhante: STF, 2ª Turma, HC 109.269/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/09/2011, DJe 195 10/10/2011. Com o mesmo entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 175.385/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/03/2011. Em sentido semelhante, reconhecendo a legitimidade da criminalização do crime de perigo abstrato de porte de arma de fogo desmuniciada porquanto, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.), a danosidade é intrínseca a tal objeto, daí por que absolutamente necessária a tipificação dessa conduta para a tutela da segurança pública (art. 6º e 144, CF) e, indiretamente, da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica do indivíduo: STF, 2ª Turma, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012, DJe 62 26/03/2012.

227. STJ, 5ª Turma, HC 57.348/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01/08/2006 p. 502.

228. No sentido da competência da Justiça Estadual para processar e julgar o crime de depósito e venda de munições, ainda que de uso privativo ou restrito: TRF4, ACR 2004.71.10.002861-3, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 10/09/2008. Em sentido semelhante: STJ, 3ª Seção, CC 44.129/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 3/11/04; STJ, 5ª Turma, HC 79.264/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 03/11/2008; STJ, 5ª Turma, HC 160.547, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/10/2010, DJe 25/10/2010.

229. Como já se pronunciou a 1ª Turma do STF, "(...) Não existe nos autos prova de que o paciente estivesse no exercício de suas atividades, enquanto agente público da União. Ainda que houvesse tal prova, a competência da justiça federal, em virtude do art. 109, IV, da Constituição Federal, exige comprovação do interesse ou prejuízo da União em face do delito praticado. 3. Ordem denegada". (STF, 1ª Turma, HC 83.580/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08/06/2004, DJ 06/08/2004).

230. Para mais detalhes acerca da competência da Justiça Comum Federal para o processo e julgamento do crime de tráfico internacional de arma de fogo, remetemos o leitor aos comentários ao art. 18 da Lei n. 10.826/03.

previstos na Lei de Armas cometido a bordo de navio ou aeronave (CF, art. 109, IX);[231] a.4) crime de competência da Justiça Comum Estadual (posse ou porte ilegal de arma de fogo) praticado em conexão e/ou continência com delito da competência da Justiça Comum Federal: de acordo com a **súmula n. 122 do STJ**, "compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal". Logo, a título de exemplo, havendo prova de que o autor do delito de porte ilegal de arma de origem estrangeira também foi o responsável por sua importação ilegal, à Justiça Federal caberá o julgamento de ambos os delitos;[232]

b) Justiça Militar da União (ou dos Estados): originariamente, a Justiça Militar da União (ou dos Estados) não tinha competência para o processo e julgamento dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, ainda que cometidos por militar em serviço. Isso porque, à semelhança do que ocorria com o delito de abuso de autoridade, à época previsto na revogada Lei n. 4.898/65, como se tratava de crime que não estava previsto no Código Penal Militar, mas sim em uma lei extravagante, não eram considerados *crimes militares*. Daí por que a **súmula n. 172 do STJ** dizia que o crime de abuso de autoridade deveria ser julgado pela Justiça Comum, ainda que praticado por militar no exercício de suas funções. Logo, como a competência da Justiça Castrense estava restrita ao processo e julgamento dos *crimes militares*, leia-se, àqueles previstos exclusivamente no Código Penal Militar, à Justiça Comum – Estadual, no caso de militares estaduais, e Federal, no caso de militares das Forças Armadas – caberia o processo e julgamento de tais feitos.[233] Todavia, com o advento da Lei n. 13.491/17, de duvidosa constitucionalidade, o cenário mudou completamente. Isso porque, consoante disposto no art. 9º, II, do Código Penal Militar, com redação dada pela Lei n. 13.491/17, a Justiça Militar da União e dos Estados passou a ter competência para julgar não apenas os crimes previstos no referido *Codex*, mas também aqueles previstos na *legislação penal*, quando praticados por militar da ativa em um dos contextos ali elencados. Referindo-se o inciso II do art. 9º do CPM aos crimes previstos na *legislação penal*, é dizer, àqueles previstos no Código Penal Comum e na Legislação Especial (v.g. Lei n. 8.666/93, Lei n. 13.869/19, etc.), é de se concluir que, *pelo menos enquanto não declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 13.491/17*, a Justiça Militar da União (ou dos Estados) passa a ter competência para o processo e julgamento dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento. Por conseguinte, na eventualidade de um Policial Militar do Estado de São Paulo, no exercício da função, ser flagrado portando arma de fogo de uso restrito sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, caberá à Justiça Militar do Estado de São Paulo o processo e julgamento do crime militar previsto no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03, c/c art. 9º, II, alínea "c", do Código Penal Militar, com redação dada pela Lei n. 13.491/17.

CAPÍTULO IV
DOS CRIMES E DAS PENAS

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

9. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO.

Na vigência da revogada Lei n. 9.437/97, as condutas de *possuir* e *portar* arma de fogo estavam tipificadas em um mesmo dispositivo legal – art. 10 –, sujeitas, portanto, à mesma pena (detenção, de um a dois anos, e multa). Com o advento da Lei n. 10.826/03, o legislador houve por bem incriminar tais condutas em tipos penais diversos, haja vista ofenderem o bem jurídico segurança e paz públicas de maneira absolutamente distinta.

231. Para o STJ, "(...) a apreensão de arma detectada, no interior de mala, por equipamento de raios X de aeroporto, quando do procedimento de embarque do passageiro que a possuía, guardava e transportava, não ofende interesse da União. A circunstância de ser o crime cometido em local sujeito à fiscalização da Polícia Federal não é capaz de induzir a competência da Justiça Federal". (STJ, 3ª Seção, CC 37.877/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. 14/04/2004, DJ 10/05/2004 p. 164).

232. Reconhecendo a competência da Justiça Federal para julgar o crime de tráfico internacional de armas de fogo cometido em conexão com o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, nos termos da súmula n. 122 do STJ: STJ, 3ª Seção, CC 126.235/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 09/11/2016.

233. Em momento anterior à Lei n. 13.491/17, reconhecendo a competência da Justiça Comum Estadual para o processo e julgamento de militar das Forças Armadas que foi flagrado guardando arma de origem estrangeira e de uso restrito no interior de quartel: STJ, 3ª Seção, CC 28.251/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 05/10/2005 p. 160.

9.1. Lei penal no tempo e a posse de arma de fogo.

Consultar comentários ao art. 30 da Lei n. 10.826/03.

9.2. Bem jurídico tutelado.

Como exposto nos comentários iniciais à Lei n. 10.826/03, tutela-se a segurança e a paz públicas.

9.2.1. Crime de perigo abstrato.

O crime de posse irregular de arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/03) é de perigo abstrato, prescindindo de demonstração de efetiva situação de perigo, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social.[234]

9.3. Sujeitos do crime.

Pelo menos em regra, o art. 12 da Lei n. 1.826/03 é **crime comum**, pois o tipo penal não exige qualquer característica especial por parte do sujeito ativo. Especificamente em relação à parte final do dispositivo, que faz referência à posse de arma de fogo em seu local de trabalho *pelo titular ou responsável legal pelo estabelecimento*, parte da doutrina sustenta que se trata de **crime próprio**, visto que somente tais pessoas responderiam pelo crime do art. 12. É dizer, se o crime for praticado, por exemplo, por um funcionário da empresa, o delito será, então, o do art. 14 ou 16 da Lei n. 10.826/03, a depender da espécie de arma de fogo em questão.[235]

Cuida-se de **crime vago**, pois o sujeito passivo é a coletividade.

9.4. Tipo objetivo.

O tipo penal abrange duas condutas – possuir ou manter sob sua guarda –, que necessariamente devem recair sobre arma de fogo, acessório ou munição, *de uso permitido*. Os núcleos do tipo podem ser conceituados nos seguintes termos:

a) possuir: consiste em ter ou reter algo em seu poder, fruir ou gozar de algo. O agente possui uma arma de fogo quando a tem em algum lugar, à sua disposição, pouco importando se é (ou não) o seu proprietário. Conforme dispõe o art. 1.196 do Código Civil, "considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade". Desde que comprovado que o agente era o possuidor do objeto, pouco importa, para fins de configuração do crime, que o agente estivesse presente no local no momento da localização e apreensão do artefato;

b) manter sob sua guarda: traduz a ideia de conservar consigo. Parece não haver grande diferença entre as duas condutas. Afinal, a circunstância de manter uma arma de fogo sob sua guarda equivale a possui-la, já que não há necessidade de o possuidor também ser o proprietário. Valendo-se novamente do Código Civil, desta feita do disposto no art. 1.198, "considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas". Aquele que mantém uma arma de fogo, acessório ou munição sob sua guarda equipara-se ao detentor, daí por que se pode concluir que o tipo penal do art. 12 abrange a posse e a detenção de tais objetos.

9.4.1. Norma penal em branco: em desacordo com determinação legal ou regulamentar (ausência de registro).

Para a tipificação do crime do art. 12 da Lei n. 10.826/03, é indispensável que a conduta do agente seja cometida *em desacordo com determinação legal ou regulamentar*. Ora, como exposto anteriormente, para que alguém possa manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa, é indispensável que o agente tenha o respectivo *registro*.[236]

Afinal, por força do art. 5º, *caput*, da Lei n. 10.826/03, é exatamente o *certificado de registro de arma de fogo* que autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável pelo estabelecimento ou empresa. Destarte, é possível concluirmos que

234. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.212.969/AL, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 06/03/2018, DJe 16/03/2018; STJ, 6ª Turma, AgInt no HC 397.946/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 07/11/2017, DJe 14/11/2017; STJ, 3ª Seção, AgRg nos EAREsp 1.027.337/MT, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/05/2017, DJe 30/05/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.621.389/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27/06/2017, DJe 01/08/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 828.250/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/06/2017, DJe 28/06/2017.

235. É nesse sentido a lição de Renato Marcão: *Estatuto do Desarmamento: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20.

236. Para mais detalhes acerca do *registro*, remetemos o leitor aos comentários introdutórios à Lei n. 10.826/03.

o crime em questão estará caracterizado quando a posse ou a mantença ocorrer sem o devido registro da arma de fogo e do acessório, nesse último caso, quando exigido. Quanto à munição, só é possível a posse daquela que o agente está autorizado a adquirir, do mesmo calibre da arma registrada e nas quantidades indicadas na autorização.

Vencido o prazo do registro, sem que o proprietário da arma tenha providenciado sua renovação, não haverá crime se o artefato for encontrado na posse do indivíduo no interior de sua residência ou em seu local de trabalho. Cuida-se, pois, de mera infração administrativa, sem qualquer reflexo no âmbito criminal. Como já se pronunciou a Corte Especial do STJ, "(...) Os objetos jurídicos dos tipos previstos nos arts. 12 (guarda de arma de uso permitido em residência) e 16 (posse de munição de uso restrito) da Lei n. 10.826/2003 - Estatuto do Desarmamento - são a administração pública e, reflexamente, a segurança, incolumidade e paz pública (crime de perigo abstrato). No primeiro caso, para se exercer controle rigoroso do trânsito de armas e permitir a atribuição de responsabilidade pelo artefato; no segundo, para evitar a existência de armas irregulares circulando livremente em mãos impróprias, colocando em risco a população. Se o agente já procedeu ao registro da arma, a expiração do prazo é mera irregularidade administrativa que autoriza a apreensão do artefato e aplicação de multa. A conduta, no entanto, não caracteriza ilícito penal. (...)".[237]

9.4.2. Elementos espaciais do tipo.

Não é de todo comum, mas eventualmente o próprio tipo penal condiciona a tipificação da conduta ao fato de a ação (ou omissão) ser praticada em determinado local. São os chamados *elementos espaciais do tipo penal*. E é exatamente isso o que ocorre com o crime do art. 12 da Lei n. 10.826/03, que condiciona a tipificação da conduta ao fato de o agente possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem o respectivo registro, nos seguintes locais:

a) no interior de sua residência ou dependência desta: a palavra residência deve ser compreendida como expressão sinônima de casa, cujo conceito é tradicionalmente extraído pela doutrina e pela jurisprudência do art. 150, §4º, do Código Penal. Não há necessidade de ser domicílio, ou seja, uma residência com ânimo definitivo. Logo, também se compreende por *residência* a casa de campo, de praia, a casa sede de uma fazenda ou até mesmo um trailer residencial. Pela locução *dependência desta* deve-se entender toda a área próxima da casa que também esteja em recintos fechados (por muros, grades ou cercas), tais como pátios, quintais, garagens, jardins, etc. De acordo com o Decreto n. 9.845/19, considera-se interior da residência ou dependência destas "toda a extensão da área particular do imóvel, edificada ou não, em que resida o titular do registro, inclusive quando se tratar de imóvel rural". A posse de arma de fogo em *outra residência* que não a do agente tipifica o crime de porte ilegal de arma de fogo. Logo, se alguém mantiver uma arma de fogo devidamente registrada, porém na casa de um terceiro (v.g., namorada), sem que este tenha ciência, aquele deverá responder pelo crime do art. 14 ou do art. 16, a depender da espécie do artefato. Aos residentes em área rural, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel rural (Lei n. 10.826/03, art. 5º, §5º, incluído pela Lei n. 13.870/19);

b) no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: como o Estatuto do Desarmamento não faz qualquer ressalva, pouco importa que o local de trabalho seja aberto ao público ou não. Destarte, como norma específica, deve prevalecer sobre o disposto no art. 150, §4º, inciso III, do Código Penal.[238] De acordo com a doutrina,[239] quando a lei se refere ao local de trabalho, estabelecimento ou empresa, imprime a ideia de local fixo, de um imóvel, e tais conceitos devem ser interpretados restritivamente. Logo, a regra não alcança, por exemplo, vendedores ambulantes, motoristas profissionais, viajantes, etc. A comprovação da titularidade ou da responsabilidade legal pelo estabelecimento pode ser feita nos termos do art. 4º, §1º, do Decreto n. 9.845/19: "Para os fins do disposto no caput, considera-se: (...) II – interior do local de trabalho – toda a extensão da área particular do imóvel, edificada ou não, em que esteja instalada a pessoa jurídica, registrada como sua sede ou filial; III – titular do estabelecimento ou da empresa – aquele assim definido no contrato social; e IV – responsável legal pelo estabelecimento ou pela empresa – aquele designado em contrato individual de trabalho, com poderes de gerência.

237. STJ, Corte Especial, APn. 686/AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 21/10/2015, DJe 29/10/2015. Reconhecendo a atipicidade da posse ilegal de arma de fogo e munições em caso concreto em que o registro estava vencido à época do fato: STJ, 6ª Turma, RHC 80.365/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14/03/2017, DJe 22/03/2017. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 294.078/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26/08/2014, DJe 04/09/2014.

238. Nessa linha: DELMANTO. Op. cit. p. 781.

239. MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 22.

Assim, se o proprietário de um restaurante mantiver um revólver calibre .38 no interior do estabelecimento, deverá responder pelo crime do art. 12 se não tiver o devido registro. O garçom, todavia, não tem autorização para manter uma arma no mesmo local, daí por que deverá responder pelo delito do art. 14 da Lei de Armas.

Para o STJ, a boleia de um caminhão não pode ser considerada *residência*, nem tampouco *local de trabalho* do caminhoneiro. Na verdade, o caminhão é instrumento de trabalho do motorista, assim, como, *mutatis mutandis*, a espátula serve ao artesão. Funciona, pois, como um meio físico para se chegar ao fim laboral. Logo, a apreensão de arma de fogo de uso permitido no interior da boleia de um caminhão tipifica o delito previsto no art. 14 da Lei de Armas.[240] Raciocínio idêntico também é válido para o táxi, que não pode ser equiparado a *local de trabalho* do taxista.[241]

Se a tipificação do art. 12 está condicionada ao fato de tais condutas serem praticadas *no interior da sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa*, é de rigor concluir que a prática dessas mesmas condutas fora dos limites aí estabelecidos (v.g., arma no interior de um veículo) terá o condão de tipificar o crime do art. 14 da Lei n. 10.826/03. Como já se pronunciou o STJ, "(...) é entendimento desta Corte de Justiça que o delito de posse ilegal de arma de fogo caracteriza-se quando esta for encontrada no interior da residência ou no trabalho do acusado, sendo que o porte ilegal configura-se quando o artefato é apreendido em local diverso. (...) Não obstante o órgão ministerial tenha denunciado a paciente como incursa nos delitos dispostos nos arts. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) e 16 (porte ilegal de arma de fogo de uso restrito) da Lei nº 10.826/03, da detida análise da exordial acusatória, constata-se que a descrição dos fatos nela contida demonstra que a conduta perpetrada pela paciente se amolda aos tipos previstos nos arts. 12 e 16 da legislação em apreço, porquanto os armamentos foram encontrados no interior de sua residência, logo, restou caracterizada a posse, e não o porte ilegal de armas de fogo de uso permitido e restrito, como capitulado pelo parquet estadual. (...)".[242]

Por fim, discute-se acerca da (im) possibilidade de o proprietário da arma de fogo registrada *portá-la* no interior de sua residência ou local de trabalho, sendo ele o titular ou responsável legal do estabelecimento ou empresa. Em outras palavras, supondo que o gerente de uma mercearia seja o proprietário de uma arma de fogo de uso permitido devidamente cadastrada no SINARM e registrada pela Polícia Federal, seria possível que ele circulasse livremente pela empresa com a arma oculta, por exemplo, em suas vestes? Sem embargo de opiniões em sentido contrário, é de rigor a conclusão no sentido de que o registro autoriza o proprietário da arma de fogo tão somente a mantê-la nesses locais, guardando-a a sua disposição, mas jamais lhe confere o direito de circular com tal artefato, sob pena de configuração do crime do art. 14 da Lei de Armas. É nesse sentido, aliás, a lição de César Dario Mariano da Silva: "Há de ser observado que aquele que possui o registro da arma de fogo não poderá portá-la, mesmo nos locais descritos no art. 12 do Estatuto. O certificado de registro da arma de fogo dá o direito de o seu proprietário tê-la naqueles locais devidamente acondicionada. Assim, não poderá tê-la consigo, a não ser em ocasiões excepcionais, como quando faz a sua manutenção".[243]

9.5. Objeto material.

Objeto material é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta delituosa. Não se pode confundir este conceito com o de bem jurídico. Bens jurídicos são os pressupostos indispensáveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, tais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção, o patrimônio, a incolumidade pública, etc. A título de exemplo, enquanto o bem jurídico tutelado pelo crime de homicídio é a vida, o objeto material do art. 121 do Código Penal é o ser humano nascido com vida ("alguém"). Também não se pode confundir o objeto do crime com seus instrumentos, ou seja, os meios utilizados pelo agente para levar adiante sua prática delituosa, tais como, no caso da lavagem de capitais, a abertura de contas correntes em nome de laranjas.

Vejamos, então, os objetos materiais do crime do art. 12 da Lei n. 10.826/03:

a) Arma de fogo: de acordo com o Decreto n. 3.229/99, que promulgou a "Convenção

240. STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.362.124/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/03/2013, DJe 10/04/2013.

241. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.341.025/MG, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 06/08/2013, DJe 13/05/2014.

242. STJ, 5ª Turma, HC 161.876/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12/08/2010, DJe 04/10/2010. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 133.231, Rel. Min. Felix Fischer, j. 13/10/2009, DJe 30/11/2009.

243. Op. cit. p. 69. No mesmo sentido: MARCÃO (op. cit. p. 20).

Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos", entende-se por *arma de fogo* qualquer arma que conste de pelo menos um cano pelo qual uma bala ou projétil possa ser expelido pela ação de um explosivo, que tenha sido projetada para isso, ou que possa ser convertida facilmente para tal efeito, excetuando-se as armas antigas fabricadas antes do século XX, ou suas réplicas, ou qualquer outra arma ou artefato destrutivo, tal como bomba explosiva, incendiária ou de gás, granada, foguete, lança-foguetes, míssil, sistema de mísseis ou mina. Para além do tratamento dispensado à matéria pela referida Convenção, o anexo III do Decreto n. 10.030/19 conceitua arma de fogo como "arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases, gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara, normalmente solidária a um cano, que tem a função de dar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil". De se notar que as denominadas *armas brancas*, assim compreendidas como aqueles artefatos cortantes ou perfurantes, normalmente constituídos por peça em lâmina ou oblonga, não constituem objeto material do Estatuto do Desarmamento, embora seu porte possa caracterizar contravenção penal (Decreto-Lei n. 3.688/41, art. 19);

b) Acessório:[244] a "Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos", promulgada pelo Decreto n. 3.229/99, não faz uso expresso da terminologia acessório, referindo-se, porém, a outros materiais correlatos, assim compreendido como "qualquer componente, parte ou peça de reposição de uma arma de fogo, ou acessório que possa ser acoplado a uma arma de fogo". De seu turno, o anexo III do Decreto n. 10.030/19 define **acessório de arma de fogo** como "artefato que, acoplado a uma arma, possibilita a melhoria do desempenho do atirador, a modificação de um efeito secundário do tiro ou a modificação do aspecto visual da arma";

c) Munição: segundo o Decreto n. 3.229/99, entende-se por *munição* o cartucho completo ou seus componentes, incluindo-se estojo, espoleta, carga propulsora, projétil ou bala que são utilizados em armas de fogo. Por sua vez, consoante disposto no art. 2º, inciso X, do Decreto n. 9.845/19, considera-se munição "cartucho completo ou seus componentes, incluídos o estojo, a espoleta, a carga propulsora, o projétil e a bucha utilizados em armas de fogo". De acordo com a doutrina, "quando a arma de fogo for de carregamento antecarga (pela boca do cano), a pólvora (ou a substância equivalente), a bucha e o material empregado como projétil também serão tidos como munição".[245] É firme a jurisprudência no sentido de que, para fins de caracterização dos crimes previstos na Lei n. 10.826/03 especificamente relacionados à posse (ou porte) de *munição*, pouco importa se esta estava (ou não) acompanhada de arma de fogo para a sua efetiva utilização.[246]

Para fins de tipificação do crime do art. 12 da Lei n. 10.826/03, essa arma de fogo, acessório ou munição, deve ser **de uso permitido**.

Consoante disposto no art. 2º, I, do Decreto n. 9.847/19, considera-se arma de fogo de uso permitido as armas de fogo semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; b) portáteis de alma lisa; ou c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules. Noutro giro, a *munição* também pode ser classificada em de uso permitido, proibido ou restrito, conforme o seja a respectiva arma de fogo. A título de exemplo, se um revólver calibre .38 é de uso permitido, sua munição seguirá a mesma classificação. O Decreto n. 9.845/19 conceitua munição de uso restrito como as munições que: "a) atinjam, na saída do cano de prova de armas de porte ou portáteis de alma raiada, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; b) sejam traçantes, perfurantes ou fumígenas; c) sejam granadas de obuseiro, de canhão, de morteiro, de mão ou de bocal; ou d) sejam rojões, foguetes, mísseis ou bombas de qualquer natureza" (art. 2º, IV). O mesmo diploma normativo também define munição de uso proibido como "as munições que sejam assim definidas em acordo ou tratado internacional de que a República Federativa do Brasil seja signatária e as munições incendiárias ou químicas" (art. 2º, V).

244. Na vigência da revogada Lei n. 9.437/97, os acessórios e as munições não constavam como objeto material dos crimes ali previstos.

245. SILVA, César Dario Mariano. Op. cit. p. 103.

246. De acordo com o STJ, "(...) para a caracterização do delito previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/03 é irrelevante se a munição possui ou não potencialidade lesiva, por se tratar de delito de perigo abstrato, pouco importando se estava acompanhada de arma de fogo para a sua efetiva utilização. (...)". (STJ, 6ª Turma, REsp 1.228.545/RS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 18/04/2013, DJe 29/04/2013).

9.6. Questões controversas.

9.6.1. Arma de fogo desmuniciada.

Há quem entenda que uma arma de fogo desmuniciada não pode ser considerada *arma*, pois não possui eficácia. Não está em condições de **pronto uso**.[247] Assim, não comete o crime de posse (ou porte) ilegal de arma de fogo o agente que tiver em mãos uma arma de fogo desmuniciada, pois não há, *in casu*, potencialidade lesiva.[248] É nesse sentido a lição de Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira. Segundo os autores, quando a arma estiver *desmontada* ou *desmuniciada*, impõe-se a aplicação dos princípios gerais da *disponibilidade* e da efetiva *ofensividade* do objeto: "se, uma vez montada, a arma pode disparar e se esta operação pode ser realizada com certa facilidade, estão cumpridos os dois requisitos mínimos – ofensividade e disponibilidade; b) se a munição está ao alcance do agente, possibilitando a pronta utilização da arma, estará cumprido o requisito da disponibilidade, mas ainda assim é necessária uma segunda aferição, que permitirá verificar se a arma, uma vez municiada, poderia ferir ou matar (ofensividade)".[249]

É dominante, todavia, o entendimento no sentido de que não há necessidade de a arma de fogo estar municiada e que o crime estará caracterizado ainda que a munição não esteja ao alcance das mãos do agente. Primeiro porque a própria redação do tipo penal não faz menção à arma de fogo municiada, o que revela a preocupação do legislador com a potencialidade lesiva de tal artefato, independentemente de estar em condição de *pronto uso*. Refere-se, separadamente, à *arma de fogo, acessório* ou *munição*. Segundo porque, ainda que desmuniciada, a arma de fogo pode ser, a qualquer momento, municiada e utilizada na sequência, o que significa dizer que não há falar em crime impossível (CP, art. 17), já que se trata de meio *relativamente* ineficaz. Enfim, fosse atípica a conduta de possuir (ou portar) uma arma de fogo desmuniciada, bastaria que o agente mantivesse a arma escondida em um local e a munição em outro, o que certamente acabaria estimulando a posse ilegal de armas de fogo.

Nesse sentido, como já se pronunciou a 1ª Turma do STF: "(...) A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a Lei propicia. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não municiada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação".[250]

9.6.2. Arma de fogo defeituosa.

Por mais que se queira objetar que estamos diante de um crime de perigo abstrato, é fato que, diante de uma arma de fogo defeituosa, e desde que essa imprestabilidade absoluta seja reconhecida categoricamente por exame de corpo de delito, outra opção não há senão reconhecer a atipicidade da conduta. Não porque ausente a comprovação de efetiva exposição de perigo a alguém, mas sim

247. A doutrina utiliza a expressão *pronto uso* para fazer referência àquela arma que pode ser usada de imediato pelo agente. Ou seja, cuida-se de arma montada, devidamente municiada, em perfeitas condições de funcionamento, guardada em local de fácil acesso para o agente.

248. Com esse entendimento: STJ, 6ª Turma, REsp 1.017.815/RS, Rel. Min. Nilson Naves, j. 01/12/2009, DJe 14/06/2010.

249. Op. cit. p. 82. Na mesma linha, Junqueira (op. cit. p. 762) sustenta que se o sujeito tem posse da arma registrada, mas não tem como acessar seu poder vulnerante sem dispor de tempo relevante (arma desmontada que exige tempo razoável para montagem, arma desmuniciada, arma guardada em local cujo acesso demoraria), não há o referido risco à incolumidade, e, com o registro, não há que se falar em lesão ao interesse do Estado em controlar a circulação de armas. Assim, sem pronto uso, não h á lesão ou risco (próximo e relevante) ao bem jurídico tutelado, afastando-se a relevância penal do fato, que ainda poderá ser sancionado, se for o caso, na esfera administrativa".

250. STF, 1ª Turma, RHC 90.197/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09/06/2009, DJe 167 03/09/2009. No sentido de que a arma de fogo desmuniciada mas portada sem autorização, em desacordo com determinação legal ou regulamentar e com numeração suprimida configura o delito previsto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, pois o crime é de mera conduta e de perigo abstrato, tutelando a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, daí por que se mostra irrelevante o fato de o armamento estar municiado ou não: STF, 1ª Turma, HC 107.957/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/06/2013, DJe 159 14/08/2013. Como já se pronunciou o STJ, "(...) em relação ao porte de arma de fogo desmuniciada, esta Corte Superior uniformizou o entendimento - alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - de que o tipo penal em apreço é de perigo abstrato. Precedentes. Não há falar em atipicidade material da conduta atribuída à acusada (...), porque o simples fato de possuir, sob sua guarda, arma (dois revólveres com numeração suprimida) à margem do controle estatal - artefato que mesmo desmuniciado possui potencial de intimidação e reduz o nível de segurança coletiva exigido pelo legislador - caracteriza o tipo penal previsto no art. 16, parágrafo único, I, do Estatuto do Desarmamento, principalmente porque o bem jurídico tutelado pela norma penal não é a incolumidade física de outrem, mas a segurança pública e a paz social, efetivamente violadas. No que tange à posse de munições desacompanhadas do artefato capaz de dispará-las, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.699.710/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, e do AgInt no REsp n. 1.704.234/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, alinhou-se ao entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e passou a reconhecer a atipicidade material da conduta (princípio da insignificância) em situações específicas de ínfima quantidade de munição, aliada à ausência do artefato capaz de disparar o projétil, que denote a incapacidade de gerar perigo à incolumidade pública. (...)". (STJ, 6ª Turma, HC 447.071/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 14/08/2018, DJe 29/08/2018). Na mesma linha: "(...) Tratando-se de transporte de arma de fogo, desmuniciada e desmontada, armazenada em sacola, na carroceria de caminhonete, comprovadamente apta a efetuar disparos, não há falar em atipicidade tendo em conta a redação abrangente do art. 14 do Estatuto do Desarmamento". (STJ, 6ª Turma, HC 56.358/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/10/2007, DJ 26/11/2007 p. 250).

porque a conduta em questão jamais poderia levar a vida ou a integridade corporal de alguém a algum risco de lesão. Ora, por mais que se trate de crime de perigo abstrato, no qual o risco de lesão é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em sentido contrário, a lei só pode presumir o perigo onde houver, pelo menos em tese, a possibilidade de sua ocorrência. Não é possível, portanto, presumir o perigo nos casos em que, de antemão, vislumbra-se a impossibilidade de o perigo surgir. Enfim, perigo presumido não é sinônimo de perigo impossível.

Se a arma de fogo é absolutamente incapaz de realizar disparos, estamos diante de hipótese de crime impossível por força da ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17). De mais a mais, se a arma é incapaz de disparar, esta não pode ser considerada *arma* nos termos da definição do Decreto n. 10.030/19. Portanto, desde que demonstrada por laudo pericial a inaptidão da arma de fogo para o disparo, é atípica a conduta de portar ou de possuir arma de fogo, diante da ausência de afetação do bem jurídico segurança e paz públicas, tratando-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio.[251]

Raciocínio semelhante há de ser aplicado para a munição. Se esta for absolutamente inapta a ser deflagrada, também se impõe o reconhecimento da atipicidade.

De todo modo, é importante ressaltar que, em ambas as hipóteses, a ineficácia do meio – arma de fogo ou munição – deve ser absoluta para fins de reconhecimento de crime impossível. Se a ineficácia for meramente relativa, a conduta será típica. A jurisprudência é firme nesse sentido, senão vejamos: "(...) A inaptidão da arma gera a atipicidade da conduta, porquanto com sua impropriedade material, perde-se a potencialidade lesiva necessária para a caracterização do delito. Destarte, sendo o objeto apreendido absolutamente inidôneo para efetuar disparos de projéteis - conforme laudo pericial de fls. 28 - a hipótese é de crime impossível, a teor do art. 17, do Código Penal. - Ordem concedida para excluir da condenação a prática do delito previsto no art. 10, caput, da Lei de Armas".[252]

9.6.3. Arma de fogo obsoleta.

Conquanto o art. 4º, §2º, inciso III, do Decreto n. 9.847/19, disponha que as armas de fogo obsoletas devam ser cadastradas no SIGMA, parece-nos correto afirmar que a posse desses artefatos, ainda que desprovidas do respectivo cadastro, não tem relevância penal, pois arma de fogo obsoleta são aquelas "armas de fogo que não se prestam ao uso efetivo em caráter permanente, em razão de: a) sua munição e seus elementos de munição não serem mais produzidos; ou b) sua produção ou seu modelo ser muito antigo e fora de uso, caracterizada como relíquia ou peça de coleção inerte" (art. 2º, inciso VI, do Decreto n. 9.845/19). Ora, se tal artefato não mais se presta ao uso normal, não tem qualquer potencialidade lesiva, revelando-se inapta, portanto, a trazer perigo ao bem jurídico tutelado (segurança e paz públicas).[253]

9.6.4. Arma de fogo desmontada.

De um lado, parte da doutrina sustenta que, em se tratando de arma desmontada, a tipificação do delito está diretamente condicionada à facilidade com que a arma pode ser montada. Se isso puder ser feito rapidamente, ficando a arma à disposição do agente para realizar disparos, o crime estará tipificado; se, todavia, a montagem se revelar uma operação complexa, demandando tempo e instrumentos especiais, não haverá crime. Assim, "se a arma está desmontada, no porta-malas de um veículo, devidamente acondicionada em caixa lacrada, não nos parece crime, uma vez que o proprietário pode estar levando-a para a casa de campo, por exemplo".[254]

Não é essa, todavia, a posição da jurisprudência. Aos olhos dos Tribunais Superiores, a

251. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp 1.726.686/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/05/2018, DJe 28/05/2018; STJ, 6ª Turma, HC 445.564/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/05/2018, DJe 24/05/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.709.398/BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/03/2018, DJe 14/03/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no AgInt no AREsp 923.594/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18/05/2017, DJe 08/06/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 397.473/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19/08/2014, DJe 25/08/2014.

252. STJ, 5ª Turma, HC 26.444/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 02/10/2003, DJ 19/12/2003 p. 519. Na mesma linha: "(...) demonstrada por laudo pericial a total ineficácia da arma de fogo (inapta a disparar) e das munições apreendidas (deflagradas e percutidas), deve ser reconhecida a atipicidade da conduta perpetrada, diante da ausência de afetação do bem jurídico incolumidade pública, tratando-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio (...)". (STJ, 6ª Turma, REsp 1.451.397/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/09/2015, DJe 01/10/2015). Na visão da 5ª Turma do STJ, na hipótese de a arma de fogo apreendida estar quebrada e, segundo o laudo pericial, totalmente inapta para realizar disparos, não estará caracterizado o crime de porte ilegal de arma de fogo, já que tal instrumento sequer pode ser enquadrado no conceito técnico de arma de fogo: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 397.473/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19/8/2014, DJe 25/08/2014. Para a 6ª Turma do STJ, demonstrada por laudo pericial a total ineficácia da arma de fogo e das munições apreendidas, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta do agente que detinha a posse do referido artefato e das aludidas munições de uso proibido, sem autorização e em desacordo com a determinação legal/regulamentar. Afinal, *arma*, para ser *arma*, há de ser eficaz; caso contrário, de *arma* não se cuida. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, REsp 1.451.397/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/9/2015, DJe 1º/10/2015.

253. Nessa linha: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 741; MATTOS Jr., Armando de. *Estatuto do Desarmamento*. Organizadores: Clever Rodolfo Carvalho Vasconcellos e Levy Emanuel Magno. São Paulo: Atlas, 2011. p. 58.

254. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 54.

caracterização dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento não está condicionada ao fato de a arma de fogo estar montada, municiada e pronta para uso. Logo, o simples fato de se tratar de arma de fogo desmontada não tem o condão de afastar a tipicidade da conduta. Nesse sentido: "(...) Consoante entendimento firmado no julgamento do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo irrelevante o fato de a arma estar desmuniciada ou, até mesmo, desmontada ou estragada, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial".[255]

9.6.5. Arma de brinquedo (de fantasia ou arma finta).

Na vigência da revogada Lei n. 9.437/97, havia tipo penal específico quanto à utilização de armas de brinquedo para o fim de cometer crimes. Era nesse sentido o art. 10, §1º, II, da revogada Lei de Armas: "utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes". O Estatuto do Desarmamento não reproduziu essa figura delituosa, do que se conclui que teria havido *abolitio criminis*,[256] limitando-se a dispor, em seu art. 26, que "são vedadas a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir".

Os princípios da tipicidade e da ofensividade (ou lesividade) impedem, portanto, o reconhecimento de crime previsto no Estatuto do Desarmamento quando se tratar de arma de brinquedo. De fato, tal objeto nada mais é do que um brinquedo, e não *arma* no sentido jurídico do termo (princípio da tipicidade). E uma arma de fantasia (ou finta) não tem potencialidade lesiva, revelando-se instrumento absolutamente ineficaz para expor a perigo os bens jurídicos tutelados pela Lei n. 10.826/03 (princípio da ofensividade ou lesividade). De todo modo, a depender do caso concreto, a utilização de arma de brinquedo poderá configurar outros crimes, como, por exemplo, o delito de roubo simples, jamais o circunstanciado pelo emprego de arma de fogo.[257]

9.6.6. Arma de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola.

Como exposto anteriormente, o comércio de arma de brinquedo é proibido pelo Estatuto do Desarmamento (art. 26). Isso, todavia, não significa dizer que a posse (ou o porte) de arma de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola seja considerada uma conduta atípica. Na verdade, a depender do caso concreto, é possível a tipificação do crime de contrabando previsto no art. 334-A, §1º, incisos II ou IV, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 13.008/14, já que se trata de produto controlado ou de proibição relativa, nos termos do art. 7º do Decreto n. 10.030/19. De acordo com o art. 7º, *caput*, do referido Decreto, é obrigatório o registro de pessoas físicas ou jurídicas junto ao Comando do Exército para o exercício, próprio ou terceirizado das atividades com Produto Controlado pelo Comando do Exército (PCE), as quais estão sujeitas ao seu controle e fiscalização. As pessoas físicas ficam dispensadas desse registro quando a atividade com PCE se referir ao uso de armas de pressão[258] ou pirotécnico (Decreto n. 10.030/19, art. 7º, §1º, III).

De modo a regulamentar o art. 26 do Estatuto do Desarmamento e o então vigente art. 50, inciso IV, do Decreto n. 5.123/04, foi editada pelo Comando do Exército a Portaria n. 02-COLOG/2010, prevendo normas regulamentadoras sobre a fabricação, venda, comercialização e importação de simulacros de armas de fogo, cujo art. 9º dispõe: "A aquisição de arma de pressão, de uso permitido ou restrito, ocorrerá mediante as condições estabelecidas no R-105 e legislação complementar no que se refere ao comércio de produtos controlados. §1º As armas de pressão ou por ação de gás comprimido, de uso permitido ou restrito, bem como as armas de pressão por ação de mola de uso restrito, somente poderão ser adquiridas por pessoas naturais ou

255. STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 765.902/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 07/03/2017, DJe 15/03/2017. Com entendimento semelhante: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.387.946/SE, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 27/08/2013, DJe 06/05/2014; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 190.443/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 02/10/2012, DJe 09/10/2012.

256. Na dicção do STJ, "(...) a Lei n. 10.826/03, que revogou expressamente a Lei n. 9.437/97, não prevê a incriminação da conduta de utilização da arma de brinquedo para o fim de cometimento de crimes, o que demonstra o reconhecimento expresso por parte do legislador da insubsistência jurídico-penal do delito insculpido no art. 10, §1º, II, da citada Lei n. 9.437/97. Ordem concedida". (STJ, 6ª Turma, HC 45.580/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 25/04/2006, DJ 14/08/2006 p. 334).

257. De se lembrar que, em data de 24 de outubro de 2001, a 3ª Seção do STJ, julgando o Recurso Especial n. 213.054/SP, deliberou pela cancelamento da súmula n. 174, cuja redação era a seguinte: "No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena".

258. De acordo com o anexo III do Decreto n. 10.030/19, arma de pressão é a "arma cujo princípio de funcionamento é o emprego de gases comprimidos para impulsão de projétil, os quais podem estar previamente armazenados em uma câmara ou ser produzidos por ação de um mecanismo, tal como um êmbolo solidário a uma mola".

jurídicas registradas no Exército. §2º A aquisição na indústria será autorizada pelo DFPC, mediante requerimento encaminhado por intermédio da Região Militar (RM) onde o requerente está registrado. §3º A aquisição de armas de pressão de uso permitido no comércio será autorizada pela RM responsável pelo registro do requerente".

Como se pode notar, as armas de pressão podem ser rotuladas como produtos controlados cuja aquisição ou importação dependem de prévia autorização do órgão competente, o que significa dizer que estamos diante de uma mercadoria cuja venda é *relativamente proibida*, daí por que se entende possível a tipificação do crime de contrabando. É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "(...) a importação não autorizada de arma de pressão, ainda que de calibre inferior a 6 (seis) mm, configura crime de contrabando, cuja prática impede a aplicação do princípio da insignificância. No crime de contrabando, é imperioso afastar o princípio da insignificância, na medida em que o bem jurídico tutelado não tem caráter exclusivamente patrimonial, pois envolve a vontade estatal de controlar a entrada de determinado produto em prol da segurança e da saúde pública. Também é firme o entendimento de que, para a caracterização do delito de contrabando, basta a importação de arma de pressão sem a regular documentação, sendo desnecessária a perícia".[259]

9.6.7. Posse de um cartucho de munição e (im) possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

Há controvérsias quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, mormente quando o agente é surpreendido na posse (ou porte) de um único cartucho de munição desacompanhado de uma arma de fogo. São duas as correntes acerca do assunto:

a) impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância (posição majoritária): de um lado, parte da doutrina sustenta que os diversos tipos penais constantes da Lei n. 10.826/03 fazem uso da palavra *munição* no singular, e não no plural. Logo, a posse (ou porte) de um único cartucho é o quanto basta para a tipificação dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, pouco importando se a munição estava (ou não) acompanhada de arma de fogo para a sua efetiva utilização, não sendo possível a aplicação do princípio da insignificância, mormente se levarmos em consideração que estamos diante de um crime de perigo abstrato. Há precedentes mais antigos dos Tribunais Superiores nesse sentido, senão vejamos: "(...) Nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância não é aplicável aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição, por se tratarem de crimes de perigo abstrato, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida";[260]

b) possibilidade de aplicação do princípio da insignificância (nossa posição): ainda que se queira objetar que estamos diante de um crime de perigo abstrato, não se pode perder de vista que em certas condutas *exclusivamente atinentes ao porte (ou posse) de munição* – jamais de *arma de fogo* – o resultado não é suficientemente grave a ponto de justificar a intervenção do Direito Penal. Ora, supondo-se a prisão de alguém na posse de um único cartucho de munição desacompanhado da arma de fogo no interior de sua residência, parecem estar presentes todos os pressupostos para a aplicação do princípio da insignificância, quais sejam, mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Os Tribunais Superiores têm diversos precedentes nesse sentido, *in verbis*: "(...) Posse ilegal de munição de uso restrito. Artigo 16 da Lei nº 10.826/03. (...) Pretendido reconhecimento do princípio da insignificância. Possibilidade, à luz do caso concreto. Paciente que guardava em sua residência uma única munição de fuzil (calibre 762). Ação que não tem o condão de gerar perigo para a sociedade, de modo a contundir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Precedentes. Atipicidade material da conduta reconhecida. Ordem concedida. (...) O paciente foi condenado pelo delito de posse de munição de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/03),

259. STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.479.836/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18/08/2016, DJe 24/08/2016. Em recente julgado (HC 131.943/RS, Rel. Min. Edson Fachin, j. 07/05/2019), a 2ª Turma do STF também concluiu que a importação de arma de pressão por ação de gás comprimido, ainda que de calibre inferior a 6 mm, configura o crime de contrabando, porquanto se trata de mercadoria relativamente proibida, sendo inaplicável o princípio da insignificância, porquanto, além do interesse econômico, também estão envolvidos outros bens jurídicos relevantes à Administração Pública, como a segurança e a tranquilidade.

260. STJ, 5ª Turma, HC 373.891/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 28/03/2017, DJe 05/04/2017. No sentido de que a simples conduta de possuir ou de portar arma, acessório ou munição é suficiente para a configuração dos delitos previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/03, sendo inaplicável o princípio da insignificância: STJ, 5ª Turma, HC 414.618/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 20/02/2018, DJe 02/03/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 413.017/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/02/2018, DJe 14/02/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.604.114/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 28/11/2017, DJe 04/12/2017; STJ, 6ª Turma, REsp 1.699.710/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/11/2017, DJe 13/11/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.386.771/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 05/09/2017, DJe 13/09/2017.

sendo apenado em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 11 dias-multa. Na linha de precedentes, o porte ilegal de arma ou munições é crime de perigo abstrato, cuja consumação independente de demonstração de sua potencialidade lesiva. A hipótese retratada autoriza a mitigação do referido entendimento, uma vez que a conduta do paciente de manter em sua posse uma única munição de fuzil (calibre 762), recebida, segundo a sentença, de amigos que trabalharam no Exército, não tem o condão de gerar perigo para a sociedade, de modo a contundir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. (...) Ordem concedida para, em razão do princípio da insignificância, reconhecer a atipicidade material da conduta imputada ao paciente".[261]

9.6.8. (Des) necessidade de apreensão e ulterior realização de exame pericial de eficiência de arma de fogo (ou munição).

A necessidade de apreensão da arma de fogo (ou munição) está relacionada à realização de ulterior exame pericial, indispensável para aferir sua eficácia, comprovando sua potencialidade lesiva. Se se trata de crime que deixa vestígios, é indispensável a realização do *exame de corpo de delito direto*, seja por força do art. 158 do CPP, seja pelo fato de o próprio Estatuto do Desarmamento assim o determinar em seu art. 25, *caput* ("As *armas de fogo*[262] apreendidas, *após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos*, quando não mais interessarem à persecução penal serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército, no prazo máximo de 48 horas, para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, na forma do regulamento desta Lei").[263]

Pelo menos em regra, esse exame deverá ser feito por um perito oficial (CPP, art. 159, *caput*). Não havendo perito oficial, o exame poderá ser feito por 2 (dois) peritos leigos (CPP, art. 159, §1º). Como não se trata de exame pericial que demanda conhecimento técnico-científico especializado, parece não haver nenhum óbice à designação de 2 (dois) policiais, porquanto tais agentes detém habilitação técnica não apenas para manusear armas de fogo, mas também para aferir sua eficácia.

Nas hipóteses em que a arma (ou munição) não for apreendida, inviabilizando a realização do exame pericial direto, é plenamente possível que sua ausência seja suprida por um *exame de corpo de delito indireto*, nos termos do art. 167 do CPP. Nesse caso, para que a prova testemunhal possa suprir a ausência do exame direto, não basta que as testemunhas se limitem a dizer que o acusado estaria portando uma arma de fogo (ou munição). Devem afirmar de forma coerente, por exemplo, que houve disparo com a arma de fogo, pois somente assim restará provado que não se tratava de arma de brinquedo ou defeituosa, uma vez que sua eficácia mostrou-se evidente, denotando sua maior potencialidade lesiva.

Essa necessidade de apreensão da arma para fins de realização de ulterior exame pericial, cuja ausência só pode ser suprida se testemunhas confirmarem que houve disparos com a arma de fogo, está intimamente relacionada aos mesmos motivos que levaram o STJ a cancelar a antiga súmula nº 174 do STJ, a qual dizia que a intimidação feita com arma de brinquedo autorizava o aumento da pena no crime de roubo. Tal súmula foi cancelada porque o STJ chegou à conclusão de que, a despeito de causar temor à vitima, e, portanto, autorizar o reconhecimento da prática do crime de roubo simples cometido mediante grave ameaça (CP, art. 157, *caput*), a utilização de arma de brinquedo não representa maior risco à integridade física da vítima.

Ora, de maneira semelhante, se a arma de fogo (ou munição) não foi apreendida e se as testemunhas não afirmaram que houve disparos com ela, como

261. STF, 2ª Turma, HC 154.390/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17/04/2018, DJe 87 04/05/2018. Reconhecendo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em caso concreto em que um indivíduo foi flagrado no interior de sua residência guardando uma única munição de uso permitido calibre .22, desacompanhada de arma de fogo: STF, 2ª Turma, RHC 143.449/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/09/2017, DJe 231 06/10/2017. Admitindo a aplicação do princípio da bagatela em caso concreto em que o agente foi flagrado portando um pingente de colar de munição: STF, 2ª Turma, HC 133.984/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17/05/2016, DJe 112 01/06/2016. Para o STJ, a apreensão de ínfima quantidade de munição desacompanhada de arma de fogo, excepcionalmente, a depender da análise do caso concreto, pode levar ao reconhecimento de atipicidade da conduta, diante da ausência de exposição de risco ao bem jurídico tutelado pela norma. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, REsp 1.735.871/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 12/06/2018, DJe 22/06/2018; STJ, 6ª Turma, HC 442.036/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12/06/2018, DJe 19/06/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 440.820/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07/06/2018, DJe 15/06/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.733.440/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 17/05/2018, DJe 01/06/2018; STJ, 5ª Turma, REsp 1.654.386/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/05/2018, DJe 28/05/2018. Afastando, todavia, o princípio da bagatela em caso concreto em que o agente foi preso em flagrante na posse de 20g de cocaína (separados em porções), 1 balança de precisão, 66 sacos plásticos para embalar drogas, R$ 1.459,00 (em notas diversas de R$ 100, R$ 50, R$ 10, e R$ 5), além de 18 munições calibre .32 e 13 munições calibre .38: STJ, 5ª Turma, HC 437.114/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 21/08/2018, DJe 28/08/2018.

262. Em sua redação original, o art. 25 da Lei n. 10.826/03 fazia referência a *armas de fogo, acessórios e munições*. Com a entrada em vigor da Lei n. 11.706/08, passou a mencionar apenas *armas de fogo*.

263. No mesmo sentido: MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 93. Ainda no sentido da imprescindibilidade da realização de exame pericial: MATTOS Jr., Armando de. *Estatuto do Desarmamento*. Organizadores: Clever Rodolfo Carvalho Vasconcellos e Levy Emanuel Magno. São Paulo: Atlas, 2011. p. 38. Em sentido diverso: NUCCI. Op. cit. p. 57.

se pode afirmar categoricamente que a arma não era de brinquedo ou inapta a produzir disparos? Registros policiais dão conta de inúmeros casos em que a arma apreendida seria de brinquedo, a qual propiciaria a aparência de arma de verdade, sem, no entanto, deter qualquer potencialidade lesiva. Portanto, considerando que, por força da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, o ônus da prova recai sobre a acusação, e não sobre o acusado, torna-se imprescindível a aferição da idoneidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e consequente elaboração do exame pericial direto, ou se as testemunhas confirmarem que houve disparos com a arma (exame de corpo de delito indireto). Afinal, levando-se em consideração que o elemento normativo *arma de fogo* deve ser compreendido como a arma de fogo apta a arremessar projeteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente em uma câmara , ausente a comprovação dessa elementar por um exame pericial direto ou indireto, não se terá uma arma de fogo para fins de configuração do tipo penal.[264]

Não é essa, todavia, a posição dos Tribunais Superiores. Na visão do Supremo, não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida, desde que, por outros meios de prova, reste demonstrado o seu potencial lesivo. Se, por qualquer meio de prova – em especial pela palavra de testemunhas presenciais – ficar comprovado o simples emprego de arma de fogo, pouco importando a demonstração de que disparos teriam sido efetuados, esta circunstância é o quanto basta para o reconhecimento de crime previsto no Estatuto do Desarmamento. Assim, caso o acusado alegue o contrário ou sustente a ausência de potencial lesivo da arma (v.g., arma de brinquedo), será dele o ônus de produzir tal evidência, nos termos do art. 156 do CPP, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Enfim, entende a jurisprudência que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que os crimes previstos na Lei n. 10.826/03 dificilmente poderiam ser aplicados, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo.

Sem embargo dos precedentes dos Tribunais Superiores no sentido de que, uma vez demonstrada em laudo pericial a ineficácia absoluta da arma de fogo, impõe-se o reconhecimento de crime impossível (CP, art. 17), as mesmas Cortes não têm exigido a realização de perícia para fins de comprovação da potencialidade lesiva dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento. A propósito, como já se manifestou a 5ª Turma do STJ, "(...) A jurisprudência recente desta Corte é pacífica no sentido de que, para a caracterização dos delitos previstos nos arts. 14 da Lei n. 10.826/2003, por ser de perigo abstrato e de mera conduta, e por colocar em risco a incolumidade pública, basta a prática dos núcleos "ter em posse" ou "portar" sem a devida autorização legal, sendo prescindível a realização de perícia (precedentes). (...)".[265]

Para o Supremo Tribunal Federal, o Estatuto do Desarmamento foi promulgado com o objetivo de disciplinar a venda de armas e munições em território nacional, bem como de regulamentar os registros e portes das armas que estão em posse de cidadãos comuns, visando, em última análise, garantir a *segurança da coletividade*. A objetividade jurídica dos delitos nele tipificados transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. Por conseguinte, é irrelevante indagar-se acerca da eficácia da arma ou das munições para a configuração do tipo penal em comento, sendo, assim, despicienda, do ponto de vista jurídico, a falta ou nulidade do laudo pericial. Nesse sentido, a 1ª Turma do STF reputou configurado o crime previsto no caput do art. 16 da Lei 10.826/2003, uma vez que restara atestada a materialidade delitiva por outros meios de prova.[266]

264. A 2ª Turma do STF tem precedentes antigos nesse sentido: "(...) inexistindo exame pericial atestando a potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida, resulta atípica a conduta consistente em possuir, portar e conduzir arma de fogo desmuniciada e enferrujada". (STF, 2ª Turma, RHC 97.477/RJ, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/09/2009, DJe 24 28/10/2009). Na mesma linha, segundo Delmanto (op. cit. p. 794), o crime do art. 14, pelo autor considerado de perigo *concreto*, requer, para a sua configuração, a ocorrência de lesão ou ameaça efetiva, palpável de lesão ao bem juridicamente tutelado, exigindo-se, pois, exame de corpo de delito para se constatar se a arma ou a munição são aptas.

265. STJ, 5ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 664.932/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/12/2016, DJe 10/02/2017. No mesmo sentido: STJ, 3ª Seção, EREsp 1.005.300/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14/08/2013, DJe 19/12/2013.

266. STF, 1ª Turma, HC 93.876/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 208 05/11/2009. Ainda segundo o Supremo: "É desnecessária a realização de perícia para a configuração do crime de porte ilegal de arma". (STF, 2ª Turma, HC 95.271/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 094 21/05/2009). Todavia, em outro caso concreto apreciado pelo Supremo, a 1ª Turma entendeu que, à época do crime, o art. 25 da Lei 10.826/2003 determinava a realização de perícia em armas de fogo, acessórios ou munições apreendidos, sendo tal dispositivo alterado pela Lei 11.706/2008, a qual estabeleceu que a perícia ficaria restrita às armas de fogo. Concluiu-se que o referido dispositivo impõe a exigência de elaboração do laudo pericial e a juntada ao processo, sendo única a sua razão de ser: comprovar a potencialidade quer do revólver, quer do acessório ou da munição apreendidos. Frisou-se, assim, que, ante o fato de a formalidade estar ligada ao próprio tipo penal, não caberia a inversão do ônus da prova para se atribuir ao acusado a comprovação da

9.7. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual). Cuida-se do denominado dolo genérico. O tipo penal não faz qualquer referência a um *especial fim de agir* relacionado à ofensa à vida ou à integridade corporal de outrem. Não se admite a punição da modalidade culposa.

9.8. Consumação e tentativa.

O crime do art. 12 da Lei n. 10.826/03 consuma-se no exato momento em que o agente entrar na posse da arma, do acessório ou da munição, de uso permitido, se dentro de sua residência ou local de trabalho (se titular do estabelecimento ou gerente). O crime é permanente. Logo, pelo menos enquanto não cessada a permanência, admite-se a prisão em flagrante (CPP, art. 303).

Por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa, pelo menos em tese. Na prática, todavia, a caracterização da tentativa do crime do art. 12 da Lei n. 10.826/03 é extremamente remota, haja vista a dificuldade de se demonstrar que o agente iria entrar na posse do artefato, sendo impedido, por exemplo, pela ação de policiais.[267] Daí por que parte da doutrina simplesmente prefere dizer que não se revela possível a configuração da tentativa. Isso porque, na eventualidade de o agente ser surpreendido enquanto tentava, por exemplo, adquirir ilegalmente uma arma de fogo de uso permitido para guardar em sua residência, o crime será o do art. 14, na forma tentada, e não o do art. 12.[268]

9.9. Classificação doutrinária.

O crime do art. 12 da Lei n. 10.826/03 pode ser classificado da seguinte forma: a) **comum**: pode ser praticado por qualquer pessoa. Especificamente em relação à parte final do dispositivo, que faz referência à posse de arma de fogo em seu local de trabalho *pelo titular ou responsável legal pelo estabelecimento*, parte da doutrina sustenta que se trata de **crime próprio,** visto que somente tais pessoas responderiam pelo crime do art. 12; b) **de mera conduta**: é aquele em que o tipo penal se limita a descrever uma conduta, ou seja, não contém resultado naturalístico, razão pela qual ele jamais poderá ser verificado; c) **de forma livre:** é aquele que admite qualquer meio de execução; d) **comissivo (ou de ação):** é praticado mediante uma conduta positiva, um fazer; e) **permanente:** é aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento. Como se vê, uma das principais características do crime permanente consiste em o agente poder fazer cessar a perturbação do bem jurídico a qualquer momento: ele possui o domínio do fato, da conduta e do resultado. Por isso, enquanto não cessar a permanência, é perfeitamente possível a prisão em flagrante (CPP, art. 303), inclusive com violação de domicílio sem prévia autorização judicial, já que a própria Constituição Federal aponta o flagrante delito como uma das exceções à cláusula de reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XI); f) **de perigo abstrato:** a probabilidade de dano é presumida pelo tipo penal;[269] g) **unissubjetivo (ou de concurso eventual):** é aquele que pode ser praticado por um único agente, admitindo, entretanto, o concurso de pessoas (CP, art. 29); h) **plurissubsistente:** é aquele cuja conduta se exterioriza por meio de dois ou mais atos, os quais devem se somar para produzir a consumação. É possível a tentativa justamente em virtude da pluralidade de atos executórios.

9.10. Concurso de crimes.[270]

Os crimes de posse (ou porte) ilegal de arma de fogo de uso permitido, proibido ou restrito, previsto nos arts. 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento podem dar ensejo a diversas situações de concurso de crimes. Vejamos alguns exemplos:

a) **posse (ou porte) de mais de uma arma de fogo (munição ou acessório) em um único contexto**: pouco importa se em um mesmo contexto forem apreendidas na residência do agente diversas armas, munições e acessórios. O crime será único,

falta de potencialidade quer da arma, do acessório ou da munição. Daí por que foi concedida a ordem para absolver o acusado: STF, 1ª Turma, HC 97.209/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/03/2010, DJe 71 22/04/2010.

267. Como adverte Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal.* v. 5. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1955. p. 73), não se deve levar para a doutrina da tentativa o que apenas representa uma dificuldade prática no terreno da prova.

268. Nessa linha: CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, vol. 4: legislação penal especial.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 72.

269. Para o STJ, o simples fato de possuir ou portar munição caracteriza os delitos previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/03, por se tratar de crime de perigo abstrato e de mera conduta, sendo prescindível a demonstração de lesão ou de perigo concreto ao bem jurídico tutelado, que é a incolumidade pública. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, HC 432.691/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/06/2018, DJe 28/06/2018; STJ, 6ª Turma, HC 433.241/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12/06/2018, DJe 22/06/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.708.014/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/05/2018, DJe 21/05/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.688.268/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19/04/2018, DJe 30/04/2018; STJ, 5ª Turma, HC 434.093/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 10/04/2018, DJe 24/04/2018.

270. Os comentários inseridos nesse tópico são válidos não apenas para o crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, mas também para os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14) e de uso restrito (art. 16).

porquanto o bem jurídico – segurança e paz pública – foi atingido uma única vez.[271] Logicamente, se os contextos forem diversos, o agente deverá responder por mais de um crime, em concurso material ou continuidade delitiva, neste último caso se presente a homogeneidade das circunstâncias de tempo, lugar e *modus operandi*. É o que ocorre, por exemplo, se alguém mantiver sob sua posse duas armas ilegais em residências diversas (v.g., uma em seu apartamento e outra numa casa de praia). Como tais condutas foram praticadas em contextos diversos, o agente deverá responder por dois crimes do art. 12 em continuidade delitiva;[272]

b) posse e porte de armas de fogo (munição e acessório): pelo menos em tese, é possível que alguém seja surpreendido na rua portando uma arma de fogo de uso restrito e, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, revele à autoridade policial que mantém sob sua guarda, no interior de sua residência, outros artefatos, de uso permitido, sem registro, posteriormente apreendidos pela Polícia. Nesse caso, como os contextos fáticos são absolutamente diversos, o agente deverá ser responsabilizado pelos crimes dos arts. 12 e 16 em concurso material.[273] Raciocínio diverso há de ser aplicado se ambas as armas forem encontradas no interior da residência. Nesse caso, como houve uma única lesão ao bem jurídico tutelado, o crime mais grave, referente à posse de arma de fogo de uso restrito (art. 16), deverá absorver aquele previsto no art. 12;[274]

c) receptação de arma de fogo que sabe ser produto de crime: se alguém recebe uma arma de fogo de uso permitido, sabendo que se trata de produto de crime (v.g., furto ou roubo), deverá responder não apenas pelo crime do art. 14 da Lei n. 10.826/03 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), mas também pelo crime de receptação (CP, art. 180, *caput*), ambos em concurso material (CP, art. 69). Nesse caso, não se revela viável a aplicação do princípio da consunção. Primeiro, porque estamos diante de condutas autônomas que atentam contra bens jurídicos diversos: o porte, contra a segurança e a paz públicas; a receptação, contra o patrimônio. Segundo, porque tais condutas geralmente são praticadas em contextos absolutamente diversos. De fato, num primeiro momento o agente adquire coisa que sabe ser produto de crime, incorrendo, assim, no delito de receptação. Na sequência, em outro contexto, passa a portar tal artefato, colocando em risco toda a coletividade. Daí por que não se pode admitir a absorção do crime previsto na Lei de Armas pelo crime patrimonial. Nas palavras do STJ, "(...) os crimes de receptação e porte ilegal de arma de fogo são autônomos e possuem momentos consumativos diversos, não havendo que falar, portanto, em consunção. Assim, o réu que porta ilegalmente arma de fogo, cuja origem sabe ou deveria saber ser decorrente de produto de crime, deve responder por ambos os delitos, em concurso material. (...)";[275]

d) porte ilegal de arma de fogo e roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (CP, art. 157, §2º-A, I, incluído pela Lei n. 13.654/18): se os delitos tiverem sido praticados em contextos fáticos diversos, sem qualquer relação de dependência ou subordinação, o agente deverá responder por ambos os crimes em concurso material. *In casu*, não há falar em *bis in idem*, pois os bens jurídicos são diversos: patrimônio, no roubo, e segurança e paz públicas, no crime da Lei de Armas. De mais a mais, no momento em que o roubo é praticado, violando-se o patrimônio e a integridade física ou a liberdade individual de vítima determinada, o crime de porte ilegal de arma de fogo (crime de perigo) já estava há muito consumado, quando o agente passou a portar aquele artefato sem o devido porte.[276] Logicamente, se o agente tiver tido contato com a arma de fogo tão somente por ocasião da prática do crime patrimonial, recebendo-a, por exemplo, de um comparsa momentos antes do crime de roubo, aí sim deverá ser responsabilizado apenas por este delito;

e) porte ilegal de arma de fogo e associação criminosa armada: o raciocínio é semelhante à hipótese anterior, isto é, sendo possível visualizar contextos fáticos diversos, poderá ser reconhecido o concurso material. Caso contrário, impõe-se a absorção pelo crime-fim. Nessa esteira, como já se

271. No sentido de que a apreensão de mais de uma arma em poder do mesmo agente não caracteriza concurso formal de crimes, mas delito único: STJ, 5ª Turma, HC 110.800/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29/10/2009, DJe 30/11/2009.

272. Com esse entendimento: CABETTE; SANNINI. Op. cit. p. 61.

273. Nesse contexto: NUCCI. Op. cit. p. 56.

274. Nessa linha: SILVARES, Ricardo. Op. cit. p. 1.518. Em sentido diverso, reconhecendo a possibilidade de concurso formal dos arts. 14 e 16 se forem localizadas armas de fogo de uso permitido e de uso restrito: STJ, 6ª Turma, HC 130.797/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/12/2012, DJe 01/02/2013.

275. STJ, 6ª Turma, HC 168.171/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04/10/2011, DJe 09/11/2011. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 396.490/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 27/06/2017, DJe 01/08/2017.

276. No sentido de que a conduta de portar armas ilegalmente não pode ser absorvida pelo crime de roubo, quando restar evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexo de dependência entre as condutas ou subordinação, revelando-se inviável, portanto, a aplicação do princípio da consunção: STJ, 5ª Turma, HC 108.232/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 22/09/2008. Com raciocínio semelhante, porém no tocante aos crimes de roubo circunstanciado e *quadrilha* armada: STF, 1ª Turma, RHC 102.984/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08/02/2011, DJe 86 09/05/2011; STJ, 5ª Turma, HC 91.129/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10/06/2008, DJe 04/08/2008.

pronunciou o STJ, "(...) o princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa. Evidenciado, na hipótese, que os crimes de porte ilegal de armas e de quadrilha, qualificado pelo uso de armas, se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu responder por ambas as condutas";[277]

e) posse (ou porte) de arma de fogo e homicídio: suponha-se que determinado agente mantenha uma arma de fogo em sua residência sem o respectivo registro. Num determinado dia, esse indivíduo, após ingerir grande quantidade de bebida alcoólica, entra em discussão com um vizinho. Resolve, então, fazer uso da arma para matá-lo. À semelhança da hipótese anterior, o exemplo demonstra, à evidência, que estamos diante de condutas praticadas em contextos absolutamente diversos, que atentam contra bens jurídicos distintos. Logo, não há falar em aplicação do princípio da consunção, devendo o agente responder pelo crime da Lei de Armas em concurso material com o crime de homicídio. Raciocínio diverso há de ser aplicado quando restar demonstrado que o crime de posse (ou porte) foi praticado no mesmo contexto do homicídio. A título de exemplo, imagine-se a hipótese de uma briga em um bar. Um indivíduo, desarmado, faz uso de uma arma de fogo que até então estava em poder de terceiro para matar alguém. Nesse caso, o porte foi praticado no mesmo contexto fático que o homicídio, com ele guardando uma relação de dependência ou subordinação. É dizer, o porte teve como único fim a prática daquele homicídio, daí por que deve ser absorvido como verdadeiro *ante factum* impunível. A jurisprudência do STJ caminha nesse sentido, senão vejamos: "(...) a absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo de homicídio exige que as condutas tenham sido praticadas no mesmo contexto, guardando relação de dependência ou subordinação, de modo que o porte tenha como fim unicamente a prática do delito de homicídio. (...)".[278] Esse raciocínio também é válido para eventual homicídio praticado em legítima defesa. Explica-se: suponha-se que alguém mantém em sua residência uma arma sem o respectivo registro. Num determinado dia, um criminoso invade sua casa com uma faca nas mãos. Para se defender, o morador saca sua arma e efetua dois disparos contra o invasor, causando sua morte. Nesse caso, o agente não deverá ser responsabilizado pelo crime de homicídio, porquanto tal delito fora praticado em legítima defesa (CP, art. 25). Todavia, tendo em conta que a posse irregular de arma de fogo fora praticada em contexto fático diverso, não amparada pela legítima defesa, está caracterizado o crime do art. 12 da Lei de Armas.[279]

Omissão de cautela

Art. 13. Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. (...)

10. OMISSÃO DE CAUTELA.

Na vida em sociedade há diversas atividades que trazem em sua essência determinado grau de perigo. No entanto, o progresso e as necessidades quotidianas autorizam a assunção de certos riscos que são da natureza de tais atividades, como, por exemplo, uma cirurgia, o tráfego de veículos, a posse de uma arma de fogo registrada em casa, etc. Nesses casos, ante o risco inerente a tais atividades, impõe-se ao agente a observância de um dever objetivo de cuidado, exatamente para fins de se evitar que sua conduta produza um resultado não desejado, como, por exemplo, a morte ou a ofensa à integridade corporal de outrem.

É exatamente por isso que o Estatuto do Desarmamento prevê, em seu art. 13, *caput*, um tipo penal culposo para coibir a inobservância do dever objetivo de cuidado daquele que possui ou é proprietário de arma de fogo, concorrendo para que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere do artefato.

A revogada Lei n. 9.437/97 também punia a mesma conduta em seu art. 10, §1º, inciso I, prevendo, todavia, como exceção à caracterização do crime

277. STJ, 5ª Turma, HC 25.157/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 15/04/2003, DJ 09/06/2003 p. 282.

278. STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.186.399/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 03/05/2018, DJe 15/05/2018. Admitindo o reconhecimento do princípio da consunção entre os crimes de homicídio e porte de arma, conquanto comprovado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos tenham sido praticados em um mesmo contexto fático: STJ, 5ª Turma, HC 178.561/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 13/06/2012. E ainda: STJ, 6ª Turma, REsp 1.472.008/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 01/03/2018, DJe 12/03/2018.

279. No mesmo sentido: CABETTE; SANNINI. Op. cit. p. 99; JUNQUEIRA; FULLER. Op. cit. p. 763.

a hipótese em que o menor de 18 anos se apoderasse da arma de fogo para a prática do desporto quando estivesse acompanhado do responsável ou instrutor. O art. 13 da Lei n. 10.826/03, seguindo a política do desarmamento e de não incentivo à utilização de armas de fogo, excluiu esta exceção da redação do tipo penal.

Ao crime do art. 13 da Lei n. 10.826/03 é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa. Trata-se, pois, de infração de menor potencial ofensivo, admitindo não apenas a transação penal, como também a suspensão condicional do processo.

10.1. Bem jurídico tutelado.

É a segurança e a paz públicas. Também visa à tutela da vida e da integridade física, não apenas do menor de 18 (dezoito) anos e da pessoa portadora de deficiência mental, mas também de terceiros que podem acabar alvejados por pessoas que não possuem experiência, discernimento, nem tampouco maturidade suficiente para o manuseio de armas. Trata-se de crime pluriofensivo.

10.2. Sujeitos do crime.

Cuida-se de **crime próprio**, visto que o sujeito ativo deve ser o proprietário ou possuidor da arma de fogo.

À semelhança dos demais crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, o sujeito passivo é a coletividade. Secundariamente, também figura como vítima do delito o menor de 18 (dezoito) anos ou a pessoa portadora de deficiência mental que se apodera da arma de fogo, bem como terceiros que por eles possam vir eventualmente a ser alvejados. De se notar que o tipo penal em questão não faz qualquer referência a um vínculo entre estes últimos e o proprietário ou possuidor da arma de fogo, como, por exemplo, alguém que esteja sob sua guarda, poder ou autoridade. Logo, a tipificação do crime do art. 13, *caput*, da Lei de Armas, independe da comprovação de um vínculo entre tais sujeitos.

10.3. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo penal está consolidado no fato de o possuidor ou proprietário da arma de fogo *deixar de observar as cautelas necessárias* para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere do artefato.

Deixar de observar significa não ter atenção, ser negligente, desidioso, descuidado. Por sua vez, a expressão *cautelas necessárias*, elemento normativo do tipo, deve ser compreendida como o *dever objetivo de cuidado* imposto a todos aqueles que são proprietários ou possuidores de armas de fogo. Enfim, ao se referir a *deixar de observar as cautelas necessárias*, o tipo penal em análise demonstra que existe um dever objetivo de cuidado por parte daquele que é proprietário ou possuidor de arma de fogo, que deve reconhecer o perigo que tal objeto representa nas mãos de incapazes, adotando, assim, precauções para que isso não aconteça.

Como é sabido, há 3 (três) modalidades de culpa admitidas pela legislação brasileira: a) **imprudência**: é a culpa em sua forma comissiva. É a imprevisão ativa, havendo concomitância entre a imprudência e a ação. Imprudente é, por exemplo, o agente que tem o porte de uma arma de fogo (v.g., policial), que, ao chegar em casa do trabalho, deixa o artefato sobre um móvel do quarto enquanto toma banho, oportunidade em que seu filho menor de 18 (dezoito) anos dele se apodera; b) **negligência**: é a culpa em sua forma omissiva. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação. Contrariamente à imprudência, a negligência precede a ação, pois significa a abstenção de uma cautela que deveria ser adotada antes do agir descuidado. Negligente será, por exemplo, o proprietário que deixa uma arma de fogo municiada em local de fácil acesso a um menor de 18 (dezoito) anos, que dela se apodera para mostrar aos amigos da escola; c) **imperícia:** é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício.

Como o art. 13, *caput*, da Lei n. 10.826/03, faz uso da expressão *deixar de observar as cautelas necessárias*, poder-se-ia concluir, à primeira vista, que a única modalidade de culpa capaz de tipificar o crime de omissão de cautela seria a *negligência*, exatamente por se tratar da culpa em sua forma omissiva. É nesse sentido, aliás, o entendimento dominante.[280]

Com a devida vênia, não nos parece ser esse o melhor entendimento. Na verdade, ao fazer uso da expressão *deixar de observar as cautelas necessárias*, o tipo penal traz pra si o próprio conceito de crime culposo, que nada mais é do que a inobservância do dever objetivo de cuidado, causadora de um resultado não desejado, mas objetivamente

280. Entre outros: DELMANTO (Op. cit. p. 789); MARCÃO (Op. cit. p. 49).

previsível. Em momento algum pretendeu restringir a tipificação do crime de omissão de cautela apenas à negligência. Não bastasse isso, é fato que nem sempre é possível distinguir a imprudência da negligência, que vez por outra se confundem no mesmo comportamento descuidado, podendo, inclusive, configurarem-se simultânea ou sucessivamente. De fato, para muitos a negligência é expressão suficiente para ministrar todo o substrato da culpa, podendo, assim, as ideias de imprudência e imperícia caber dentro da correspondente à negligente. Ora, se o agente coloca uma arma de fogo ao alcance de um menor de 18 anos, agindo, pois, de maneira imprudente, não se pode negar que, em última análise, teria deixado de observar as cautelas necessárias para impedir o apoderamento do artefato pelo incapaz. Por tais motivos, sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos que o crime de omissão de cautela do art. 13, *caput*, da Lei de Armas, abrange toda e qualquer modalidade de culpa (imprudência, negligência ou imperícia).

O essencial em um tipo de injusto culposo como o do art. 13, *caput*, da Lei n. 10.826/03, não é a simples causação do resultado, mas sim a forma em que a ação causadora se realiza. Por isso, a observância do dever objetivo de cuidado, ou seja, a diligência devida, pelo proprietário ou possuidor da arma de fogo, afasta a tipificação do crime. Logo, se um menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência se apoderar de uma arma de fogo, mas restar demonstrado que o seu respectivo proprietário ou possuidor teria agido de maneira diligente e zelosa, é dizer, observou as cautelas necessárias e possíveis no caso concreto, sua conduta não irá se subsumir ao art. 13, *caput*, da Lei n. 10.826/03. Não por outro motivo, a Corte Especial do STJ concluiu pela inexistência do crime de omissão de cautela na guarda da arma de fogo em caso concreto em que a arma estava guardada no móvel do quarto de casal desmuniciada e a munição guardada separadamente.[281]

A observância do dever objetivo de cuidado visa evitar que um *menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental* venham a se apoderar da arma de fogo. Isso porque, à luz do nosso ordenamento jurídico, tais pessoas são absolutamente incapazes de entender o caráter ilícito do fato, tampouco de se determinar de acordo com esse entendimento. Perceba-se que o art. 13, *caput*, da Lei de Armas, faz menção apenas a esses indivíduos. Nada mais. Logo, o fato de o proprietário ou possuidor da arma de fogo deixar de observar as cautelas necessárias para impedir, por exemplo, que uma *pessoa inexperiente no manejo de arma* a ela tenha acesso, não terá o condão de tipificar o crime sob comento. Subsiste, todavia, como soldado de reserva, a contravenção penal do art. 19, §2º, alínea "b", do Decreto-Lei n. 3.688/41.[282]

10.4. Objeto material.

O objeto material do art. 13, *caput*, da Lei n. 10.826/03, é apenas *arma de fogo*. De se notar que não há qualquer referência à espécie de arma de fogo – se de uso permitido, de uso proibido ou restrito – da qual se apoderou o menor de 18 (dezoito) anos ou portador de deficiência mental. Logo, independentemente da espécie de arma de fogo apossada pelo incapaz, subsiste o crime de omissão de cautela. Referindo-se o art. 13 exclusivamente à *arma de fogo*, se a conduta recair sobre armas brancas (v.g., punhais, espadas, estiletes, etc.) ou armas impróprias (instrumentos que não se destinam às funções de ataque e defesa, mas podem ser usados para tanto, como, por exemplo, uma barra de ferro), não restará tipificado o crime do art. 13.

De maneira diversa do crime do art. 12, que abrange a posse ou manutenção de *arma de fogo, acessório ou munição*, o art. 13, *caput*, da Lei n. 10.826/03, silencia quanto a estes dois últimos, referindo-se tão somente à *arma de fogo*. Logo, se um menor de 18 (dezoito) anos ou portador de deficiência mental se apoderar de *munição*, como resultado da inobservância do dever objetivo de cuidado por parte de seu respectivo proprietário ou possuidor, a conduta amoldar-se-á à contravenção penal do art. 19, §2º, alínea "c", do Decreto-Lei n. 3.688/41.[283]

10.5. Tipo subjetivo.

Apesar de o legislador ter fugido da praxe de não descrever a conduta culposa, limitando-se a fazer uso de expressões como, por exemplo, *se o crime é culposo*, é de todo evidente que o crime do art. 13, *caput*, da Lei de Armas, é punido

281. STJ, Corte Especial, Apn 394/RN, Rel. Min. José Delgado, j. 15/03/2006, DJe 07/08/2008.

282. Decreto-Lei n. 3.688/41: Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade. (...) §2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis, quem, possuindo arma ou munição: (...) b) permite que alienado menor de 18 anos *ou pessoa inexperiente no manejo de arma* a tenha consigo.

283. Decreto-Lei n. 3.688/41: Art. 19. (...) §2º (...) c) omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la.

exclusivamente a título culposo. O agente não tem, portanto, a intenção de contribuir para o apoderamento de uma arma de fogo por um menor de 18 (dezoito) anos ou portador de deficiência mental, nem tampouco assume o risco de produzir esse resultado. Na verdade, tal resultado sobrevém de sua conduta negligente, imprudente ou imperita.

Aliás, se dolo houver por parte do agente no tocante à entrega de arma à criança ou adolescente, o crime em questão será o do art. 16, parágrafo único, V, da Lei n. 10.826/03 ("vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente). Por outro lado, se a entrega do artefato for feita à pessoa portadora de deficiência mental, o crime poderá ser o do art. 14 (arma de uso permitido), do art. 16, *caput* (arma de uso restrito), ou até mesmo do art. 16, parágrafo único, inciso IV (arma com numeração suprimida).[284]

10.6. Consumação e tentativa.

Como é sabido, o resultado integra o injusto culposo. Há crime culposo quando o agente não quer e nem assume o risco da produção de um resultado previsível, mas que mesmo assim ocorre. No caso do art. 13, *caput*, da Lei n. 10.826/03, esse *resultado* está consubstanciado no fato de um menor de 18 (dezoito) anos ou uma pessoa portadora de deficiência mental se apoderar da arma de fogo. O crime é material, e se consuma com o apoderamento da arma por tais incapazes. Essa posse pode ser duradoura ou temporária. A mera detenção é suficiente. Não é necessário, portanto, a ocorrência de qualquer dano a alguém, embora possa ser possível no caso concreto.

Por conseguinte, se não houver a superveniência desse resultado, a despeito da inobservância do dever objetivo de cuidado pelo proprietário ou possuidor da arma de fogo, não haverá crime. Enfim, a norma de cuidado pode ter sido violada, a conduta pode ter sido temerária (v.g., deixando-se uma arma de fogo municiada sobre uma mesa), mas, por felicidade, pode não se configurar o delito, por faltar-lhe o resultado – *in casu*, o apossamento pelo menor de 18 anos ou portador de deficiência mental –, que o tipificaria.

Cuidando-se de crime culposo, não há falar em tentativa. Em outras palavras, ou o menor de 18 (dezoito) anos (ou o portador de deficiência mental) se apodera da arma ou não haverá o crime do art. 13, *caput*, da Lei de Armas.

10.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 13, *caput*, da Lei n. 10.826/03, pode ser classificado da seguinte forma: a) **próprio:** somente pode ser praticado pelo possuidor ou proprietário da arma de fogo; b) **de perigo abstrato;** c) **material:** existe um resultado, qual seja, o apoderamento de arma de fogo por menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental, cuja produção é indispensável para a consumação do delito; d) **culposo;** e) **de forma livre;** f) **comissivo;** g) **instantâneo (ou de estado):** é aquele cuja consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo; h) **unissubjetivo;** i) **plurissubsistente.**[285]

10.8. Concurso de crimes.

Como exposto anteriormente, para fins de caracterização do crime do art. 13, *caput*, da Lei n. 10.826/03, é de todo indiferente se a arma de fogo, de uso permitido, proibido ou restrito, da qual se apoderou o menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental, estava devidamente registrada ou autorizada. Logo, na eventualidade de um menor se apoderar de uma arma de fogo de uso permitido que era mantida por alguém sem registro no interior de sua residência, é perfeitamente possível o concurso material com o crime do art. 12 do Estatuto do Desarmamento.

Noutro giro, se um menor de 18 (dezoito) anos ou deficiente mental se apoderar de uma arma de fogo em virtude da desídia do respectivo proprietário (ou possuidor) e, com ela em mãos, efetuar um disparo contra si próprio, causando sua morte, parece-nos correto afirmar que o crime do art. 13, *caput*, da Lei n. 10.826/03 deverá ser absorvido pelo delito de homicídio culposo (CP, art. 121, §3º), sob pena de se admitir que uma mesma conduta culposa seja valorada duas vezes para punir o agente, o que caracterizaria indevido *bis in idem*.

284. SILVARES, Ricardo. *Leis Penais Especiais Comentadas artigo por artigo*. Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renee do Ó Souza. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 1.523. No mesmo sentido: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 753.

285. Em sentido diverso, Nucci adverte que se trata de crime unissubsistente, porquanto cometido em um só ato do agente. De acordo com o autor (op. cit. p. 49), "embora seja delito unissubsistente, até pelo fato de ser conduta omissiva (deixar de fazer alguma coisa), não se consuma imediatamente após a inação do agente. O preceito primário demanda o apossamento da arma de fogo pelo menor ou deficiente. Logo, se uma arma de fogo é esquecida sobre a mesa, mas inexiste menor ou deficiente que possa alcançá-la, cuida-se de conduta atípica. Vislumbra-se, portanto, um crime omissivo condicionado. A negligência seguida do apossamento configura o crime. Somente a primeira conduta não leva ao aperfeiçoamento do tipo penal. Não admite tentativa, por ser unissubsistente e condicionado".

10.9. Conflito aparente de normas.

De acordo com o art. 19, §2º, alínea "c", do Decreto-Lei n. 3.688/41, constitui contravenção penal a conduta daquele que, com relação à arma, "omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la". É dominante o entendimento no sentido de que referida contravenção penal encontra-se parcialmente revogada. Isso porque, em se tratando de arma de fogo, aplica-se o art. 13 da Lei n. 10.826/03, pelo menos no que se refere a menor de 18 anos ou alienado mental. Portanto, subsiste o crime-anão somente para os casos de armas brancas, próprias ou impróprias, e quando o apoderamento se der por pessoa inexperiente.[286]

Omissão de cautela

Art. 13. (...)

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrem o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores que deixarem de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de arma de fogo, acessório ou munição que estejam sob sua guarda, nas primeiras 24 (vinte quatro) horas depois de ocorrido o fato.

11. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE OCORRÊNCIA POLICIAL E DE COMUNICAÇÃO À POLÍCIA FEDERAL DE EXTRAVIO DE ARMA DE FOGO, ACESSÓRIO OU MUNIÇÃO QUE ESTEJA SOB A GUARDA DE EMPRESA DE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES.

O art. 13, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03, passou a tratar da inércia do proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores em comunicar o extravio de arma de fogo, acessório ou munição, como *crime*. Deveras, diversamente do crime previsto no *caput* do art. 13, que já estava previsto como tal na revogada Lei n. 9.437/97 (art. 10, §1º, I),[287] o delito do parágrafo único era, pelo menos até o advento do Estatuto do Desarmamento, uma mera contravenção penal, prevista no art. 19, §2º, alínea "c", do Decreto-Lei n. 3.688/41 ("Deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina").

Cuida-se de tipo mandamental que impõe determinado comportamento ao sujeito ativo, qual seja, a comunicação do extravio às autoridades competentes. Como a sua inatividade dentro do prazo legal tipifica o crime, é certo dizer que estamos diante de uma conduta necessariamente omissiva.

11.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança da figura do *caput*, tutela-se a segurança e a paz públicas. De maneira indireta, também se busca tutelar a fiscalização e o controle das armas de fogo no país. Deveras, não se pode descartar o interesse da Administração Pública em identificar e controlar a circulação das armas de fogo, o que é sobremaneira prejudicado pelo fato de ter havido o extravio de arma de fogo, acessório ou munição que estava sob a guarda de empresa de segurança e transporte de valores, sem que tenha havido, todavia, o devido registro da ocorrência policial ou a comunicação à Polícia Federal. Cuida-se, pois, de crime pluriofensivo.

11.2. Sujeitos do crime.

Também se trata de **crime próprio**, que só pode ser cometido pelo proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores. Como não se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, o tipo penal em apreço só poderá ter como sujeito ativo as pessoas físicas que estão à frente desses entes morais (proprietário ou diretor).[288]

Como estamos diante de um crime próprio, em caso de porte de arma por uma pessoa física qualquer, ou seja, alguém que não seja proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores, a ausência de comunicação imediata ao órgão competente, em caso de extravio, furto ou roubo do artefato, implicará somente penalidade administrativa, qual seja, a suspensão do porte de arma de fogo por prazo a ser estipulado pela autoridade concedente (art. 19 do Decreto n. 9.847/19), mas não há falar em tipificação do crime do art. 13, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03.

286. Com esse entendimento: DELMANTO. Op. cit. p. 790.

287. Revogada Lei n. 9.437/97: Art. 10 (...) §1º Nas mesmas penas incorre quem: I – omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de dezoito anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor".

288. Nesse contexto: ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação criminal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 705.

O sujeito passivo, por sua vez, é a coletividade. Para muitos, também figura como sujeito passivo o Estado, notadamente a União, em sua política de controle federal dos armamentos no nosso País.

11.3. Tipo objetivo.

Consoante disposto no art. 7º, §1º, do Estatuto do Desarmamento, o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança privada e de transporte de valores *responderá pelo crime previsto no parágrafo único do art. 13 desta Lei*, sem prejuízo das demais sanções administrativas e civis, se deixar de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de armas de fogo, acessórios e munições que estejam sob sua guarda, nas primeiras 24 (vinte e quatro) horas depois de ocorrido o fato.

A conduta incriminada no parágrafo único do art. 13 consiste, portanto, em deixar de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de arma de fogo, acessório ou munição que esteja sob a guarda de empresa de segurança e transporte de valores, nas primeiras 24 (vinte e quatro) horas depois da ocorrência do fato. Trata-se de conduta omissiva, portanto, já que o agente deixa de atender ao comando do art. 7º, §1º.

A redação do tipo penal não foi muito feliz, porquanto o legislador faz uso da conjunção "e" quando se refere ao fato de o agente deixar de registrar ocorrência policial *e* de comunicar à Polícia Federal o extravio da armas de fogo, acessório ou munição. Discute-se, então, se a tipificação do crime está condicionada à inobservância desses dois deveres – deixar de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal –, ou se basta o descumprimento de um deles. Vejamos as duas correntes acerca do assunto, com seus respectivos argumentos:

a) **natureza cumulativa dos deveres**: de um lado, parte da doutrina entende que o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança privada e de transporte de valores tem a obrigação de registrar a ocorrência policial *e* comunicar à Polícia Federal o extravio de arma de fogo, acessório ou munição, nas primeiras 24 (vinte e quatro) horas depois da ocorrência do fato. Logo, o descumprimento de qualquer uma dessas duas obrigações, *de per si*, já terá o condão de tipificar o crime do art. 13, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03;[289]

b) **natureza alternativa dos deveres (nossa posição)**: sem embargo do uso da conjunção aditiva *e* pelo art. 13, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03, não se pode rotular de criminosa a conduta daquele que se dirige a uma Delegacia de Polícia Civil para fazer o registro do extravio de arma de fogo, acessório e munição, ou que se limita a comunicar tal fato à Polícia Federal. Ora, se o Estado foi comunicado acerca do extravio, recai sobre o respectivo órgão a obrigação de comunicar a referida ocorrência aos demais. São irrelevantes, nesse caso, eventuais alegações do Poder Público concernentes à dificuldade de comunicação entre a Polícia Federal e as Polícias Civis, porquanto razões de mera conveniência administrativa não podem levar à tipificação de determinado crime. Por consequência, o crime do art. 13, parágrafo único, da Lei de Armas, exige a omissão das duas obrigações para a sua caracterização. Logo, se o agente se limitar a comunicar o fato à Polícia Federal, ou se fizer tão somente o registro da ocorrência policial em uma Delegacia da Polícia Civil, a conduta será atípica. Prova disso, aliás, é o fato de o Decreto n. 9.847/19, ao tratar da obrigação do proprietário de arma de fogo de comunicar imediatamente à polícia judiciária e ao Sinarm, o extravio, o furto, o roubo e a recuperação de arma de fogo ou do certificado de registro de arma de fogo, dispor expressamente que "a Polícia Judiciária remeterá, no prazo de quarenta e oito horas, contado da data de recebimento da comunicação, as informações coletadas à Polícia Federal ou ao Comando do Exército, para fins de cadastro no Sinarm" (art. 13, §1º).[290]

Superada tal controvérsia, é certo dizer que estamos diante de um **crime a prazo**, assim compreendido aquele que exige o transcurso de um determinado prazo para sua consumação (v.g., apropriação de coisa achada - art. 169, II, do CP). De fato, a partir do momento em que o próprio tipo penal confere ao agente o prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a ocorrência do fato para fazer as respectivas comunicações, resta evidente que a lei permite ao sujeito decidir se, dentro daquele

289. É nesse sentido a lição de Renato Marcão. De acordo com o autor (op. cit. p. 58), "duas são as providências que devem ser adotadas. Não basta a comunicação do fato à polícia civil com o registro da ocorrência. É necessário que também se providencie a comunicação à Polícia Federal. Ausente uma das providências estará configurado o crime".

290. Segundo Delmanto (op. cit. p. 791), "em havendo o registro da ocorrência policial, nas primeiras vinte e quatro horas após a ciência do fato, em uma delegacia de polícia estadual, a eventual não comunicação à Polícia Federal não será suficiente para caracterizar o tipo, tanto por ausência de dolo quanto em razão do fato de os órgãos de segurança pública, sejam eles estaduais ou federais, comunicarem-se entre si, estando o objeto jurídico do tipo já protegido com o registro da ocorrência policial em qualquer delegacia de polícia estadual". No mesmo sentido: CABETTE; SANNINI. Op. cit. p. 77.

período, levará adiante (ou não) a consumação do referido delito.

Mais uma vez, tendo em conta a péssima redação do tipo penal, surgem controvérsias acerca do termo *a quo* desse prazo de 24 (vinte e quatro) horas:

1) primeiras 24 (vinte e quatro) horas depois da ocorrência do fato: por meio de interpretação gramatical da parte final do parágrafo único do art. 13 da Lei n. 10.826/03, parte da doutrina sustenta que o prazo de 24 (vinte e quatro) horas começa a fluir imediatamente após a ocorrência da perda, furto, roubo ou outra forma de extravio de arma de fogo, acessório ou munição;

2) primeiras 24 (vinte e quatro) horas depois da ocorrência do fato *e efetiva ciência* por parte do sujeito ativo: de modo a se evitar uma possível responsabilização penal objetiva, esse prazo de 24 (vinte e quatro) horas depois da ocorrência do fato só poderá começar a fluir a partir do momento em que o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores tiver conhecimento da perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de arma de fogo, acessório ou munição. Assim, se o sujeito ativo não tiver adquirido a consciência do extravio, não poderá ser responsabilizado pelo crime sob comento, porquanto não teria agido de maneira dolosa.[291]

11.4. Objeto material.

É a arma de fogo, acessório ou munição que esteja sob a guarda de empresa de segurança e transporte de valores. Como o tipo penal não faz qualquer distinção, é de rigor a conclusão no sentido de que tais artefatos podem ser *de uso permitido* ou *de uso proibido ou restrito*.

11.5. Tipo subjetivo.

Diversamente do crime previsto no *caput* do art. 13 da Lei n. 10.826/03, que é punido a título culposo, a figura delituosa do parágrafo único é dolosa, ou seja, a omissão do agente em registrar a ocorrência policial ou comunicar à Polícia Federal o extravio da arma de fogo, acessório ou munição, deve ocorrer de maneira intencional. Não se pune a modalidade culposa,[292] nem tampouco se exige dolo específico.

Como exposto anteriormente, de modo a se evitar uma responsabilização penal objetiva, o sujeito ativo deve ter consciência do extravio do artefato para que possa providenciar a imediata comunicação. Noutro giro, como a comunicação do extravio pode ser feita por prepostos, se estes receberem a incumbência e não a cumprirem, o proprietário ou diretor não poderão ser responsabilizados no âmbito criminal, vez que, diversamente do que ocorre no cível, não se pode admitir uma espécie de culpa *in vigilando* para fins de tipificação do crime sob comento.

11.6. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual). Trata-se do denominado dolo genérico. Exige-se, portanto, do proprietário ou diretor responsável da empresa, a ciência do extravio e a vontade deliberada de não comunicar o fato às autoridades públicas pertinentes. Não se admite a modalidade culposa.

11.7. Consumação e tentativa.

A consumação do crime previsto no parágrafo único do art. 13 ocorre com o exaurimento das 24 (vinte e quatro) horas contadas do exato momento em que o agente teve ciência do extravio das armas, acessório ou munição. Por se tratar de crime omissivo próprio, não se admite a tentativa. Afinal, feita uma das comunicações dentro do prazo, o delito não estará caracterizado. Deixando de fazê-las dentro do prazo, o crime já estará consumado.

11.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 13, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03, pode ser classificado nos seguintes termos: a) **próprio**; b) **doloso**; c) **de perigo abstrato**; d) **de mera conduta**; e) **de forma livre**; f) **omissivo próprio**; g) **a prazo**: é aquele que exige o transcurso de um prazo para a sua consumação (v.g., art. 169, II, do CP); h) **unissubjetivo**.

11.9. Conflito aparente de normas.

O art. 13, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03, é norma especial em relação ao art. 19, §2º, alínea "a", do Decreto-Lei n. 3.688/41 ("Deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei

291. É nesse sentido a orientação de César Dario Mariano Silva (Op. cit. p. 80). Na mesma linha: DELMANTO. Op. cit. p. 792. Para Renato Marcão, "o prazo de 24 (vinte e quatro) horas não pode ser contado tão somente a partir do momento em que ocorrido o fato (...). Tal contagem de prazo pressupõe, sempre, que o responsável tenha conhecimento imediato do fato. Em situação diversa, o prazo deverá ser contado a partir do momento em que o responsável tomar efetivo conhecimento do fato". E ainda: JUNQUEIRA; FULLER. Op. cit. p. 754.

292. Em sentido isolado, admitindo a punição do crime do art. 13, parágrafo único, a título de dolo ou culpa: MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 59.

o determina"), contravenção penal esta que, para muitos, foi tacitamente revogada pelo Estatuto do Desarmamento.[293]

> **Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido**
>
> **Art. 14.** Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> **Pena** – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Vide ADI 3.112)

12. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO.

A expressão utilizada na rubrica marginal do art. 14 do Estatuto do Desarmamento – *porte ilegal de arma de fogo de uso permitido* – transmite, equivocadamente, a ideia de que a única conduta incriminada seria *portar arma de fogo de uso permitido*. Ocorre que *portar* é apenas um dos 13 (treze) núcleos do tipo penal do art. 14. Na verdade, o objetivo do legislador foi diferenciar a conduta daquele que possui ou mantém sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, exclusivamente no interior de sua residência ou em seu local de trabalho, incriminada pelo art. 12, da conduta daquele que *porta* tais objetos em locais diversos, incriminada pelo art. 14, à qual é cominada pena bem mais grave – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa –, porquanto evidente o maior risco que representa aos bens jurídicos tutelados (segurança e paz públicas). De mais a mais, e aí sim de maneira semelhante ao art. 12, o objeto material não é apenas *arma de fogo*, mas também *acessório* ou *munição*, desde que *de uso permitido*.

12.1. (Im) possibilidade de aplicação do art. 30 da Lei n. 10.826/03 ao crime de porte ilegal de arma de fogo.

O art. 30 da Lei n. 10.826/03 não é aplicável ao crime de porte ilegal de arma de fogo. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor aos comentários ao referido dispositivo legal.

12.2. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se a segurança e a paz públicas, vez que, com o desarmamento e o controle, busca-se diminuir o número de pessoas mortas ou feridas por armas de fogo.

12.2.1. Crime de perigo abstrato.

O crime de porte ilegal de arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido (art. 14 da Lei n. 10.826/03) é de perigo abstrato e de mera conduta, bastando, para sua caracterização, a prática de um dos núcleos do tipo penal.[294]

12.3. Sujeitos do crime.

Cuida-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa. Na eventualidade de ser praticado por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º do Estatuto do Desarmamento, a pena deverá ser aumentada da metade, consoante disposto no art. 20 da Lei n. 10.826/03.

Admite-se o concurso de agentes, seja na modalidade de coautoria, seja na modalidade de participação. É o que a doutrina denomina de *porte compartilhado*. Como já se pronunciou o STJ, "(...) ainda que apenas um dos agentes esteja portando a arma de fogo, é possível que os demais tenham concorrido de qualquer forma para a prática delituosa, motivo pelo qual devem responder na medida de sua participação, nos termos do art. 29 do CP (...)".[295]

À semelhança dos demais delitos previstos na Lei de Armas, o sujeito passivo é a coletividade (**crime vago**).

12.4. Tipo objetivo.

Os vários núcleos verbais constantes do art. 14 da Lei de Armas fazem dele um **crime de ação múltipla ou de conteúdo variado**. Assim, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por

293. Nesse sentido: DELMANTO. Op. cit. p. 792.

294. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, AgRg no RHC 086.862/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 20/02/2018, DJe 28/02/2018; STJ, AgRg n o AgInt no AREsp 923.594/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18/05/2017, DJe 08/06/2017; STJ, 5ª Turma, RHC 63.686/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/02/2017, DJe 22/02/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.610.159/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 07/02/2017, DJe 16/02/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.011.966/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/02/2017, DJe 09/02/2017.

295. STJ, 5ª Turma, HC 198.186, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/02/2014.

crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena (art. 59, caput, do CP). Pouco importa que o autor tenha adquirido diversas armas de fogo de uso permitido, transportando-as na sequência para determinado lugar, onde foram mantidas em depósito. Terá praticado um crime único, por força da incidência do princípio da alternatividade. Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

Vejamos, então, as 13 (treze) condutas incriminadas:

a) portar: traduz a ideia de levar consigo a arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em condições de pronta utilização, mantendo-a sob sua disponibilidade imediata. Não há necessidade de o agente trazer o objeto em suas mãos, ou seja, não há necessidade de contato direto. Na verdade, basta que a arma esteja ao seu alcance, ou seja, o agente há de ter acesso ao objeto com facilidade e em condições de usá-lo prontamente (v.g., porta-luvas do veículo, cintura, embaixo do banco do motorista, presa ao tornozelo, interior de uma mochila). Fora dessas hipóteses, o agente poderá incorrer em outro núcleo do tipo, como manter sob guarda, transportar, etc. Cuida-se de crime permanente. De nada adianta o sujeito dispensar a arma assim que avistar a polícia, já que logicamente a *portava* antes da abordagem;

b) deter: a conduta deve ser compreendida como trazer consigo, ou seja, transportar junto ao corpo (v.g., na bolsa, no bolso da calça, etc.). De modo a diferenciar a conduta anterior (*portar)* do núcleo do tipo *deter,* a doutrina costuma apontar que, neste último caso, o agente conserva o objeto em seu poder de forma meramente momentânea, sem que seja o seu proprietário ou mesmo possuidor. É o exemplo do indivíduo que fica com a arma de um terceiro, enquanto seu proprietário está ausente. Trata-se de crime permanente;

c) adquirir: consiste na obtenção da propriedade de alguma coisa, de maneira gratuita ou onerosa. Pouco importa a forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, à prazo, em dinheiro, em cheque, cartão de débito, etc. Desde que evidenciada a existência de um acordo de vontades sobre a arma e o preço, não há necessidade de tradição do objeto ao seu adquirente, nem tampouco o pagamento do valor acordado;

d) fornecer: significa prover, entregar, abastecer, seja de maneira onerosa, seja de maneira gratuita, distinguindo-se da conduta de *ceder* por trazer ínsita a ideia de continuidade no tempo, ou seja, de uma tradição contínua durante certo período. Geralmente, esta modalidade é utilizada como forma de captação de clientela. Conquanto o legislador não tenha previsto a conduta de **vender** entre os diversos núcleos do tipo penal do art. 14, não se pode olvidar que *vender* nada mais é do que fornecer a título oneroso. Portanto, a conduta de *vender* arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, está abrangida pelo verbo *fornecer,* logo, pelo art. 14 da Lei de Armas, salvo se tal venda for feita no exercício de atividade comercial ou industrial, hipótese em que a conduta subsumir-se-á ao art. 17 da Lei n. 10.826/03;

e) receber: consiste em obter, entrar na posse do objeto, aceitá-lo de alguém, seja como mero possuidor, seja como proprietário. Abrange, enfim, a obtenção não onerosa do bem;

f) ter em depósito: consiste em manter em reservatório ou armazém, conservando a coisa. Caracteriza-se pela mobilidade e transitoriedade, no sentido de ser possível um rápido deslocamento da arma de um lugar para outro. Se a finalidade do agente for uma venda posterior no exercício de atividade comercial ou industrial, o crime será o art. 17 da Lei de Armas. Cuida-se de crime permanente;

g) transportar: consiste em levar o objeto de um lugar para outro, geralmente por meio não pessoal, característica esta que a diferencia da modalidade "trazer consigo". Cuida-se de crime permanente;

h) ceder, ainda que gratuitamente: deve ser compreendida como passar a outrem a posse do objeto, sem que haja, necessariamente, transferência da propriedade ou qualquer tipo de contraprestação – daí o uso da expressão *ainda que gratuitamente.* Como exemplifica a doutrina, "aquele que precisou entrar em uma casa bancária e deixou a arma com um amigo, que o esperou à porta do estabelecimento, ambos sem autorização para o porte, cedeu-a, enquanto o último a deteve";[296]

i) emprestar: assemelha-se ao verbo *ceder,* porém em caráter temporário, com a premissa de que o objeto será restituído posteriormente;

j) remeter: enviar a algum lugar, desacompanhado do agente, porém dentro do território

296. SILVARES, Ricardo. Op. cit. p. 1.529.

nacional. Essa remessa pode ser feita por qualquer meio, seja pelos correios, seja por intermédio de terceira pessoa. Há certa controvérsia acerca do momento exato da consumação desse delito. De um lado, há quem entenda que o crime só estará consumado quando o destinatário receber o objeto, daí por que haveria simples tentativa quando a arma é apreendida ainda nos correios. Todavia, como o verbo utilizado é "remeter", prevalece o entendimento de que o delito se consuma no exato momento em que o agente se despe da posse do bem, enviando-a a um terceiro;

k) empregar: consiste em fazer uso do objeto segundo a finalidade para o qual foi concebido. Diante desse conceito, fica difícil imaginar o *emprego* de arma de fogo, senão para efetuar disparos, conduta esta, todavia, que está tipificada de maneira autônoma no art. 15 da Lei n. 10.826/03. Por isso, aos olhos da doutrina, o verbo núcleo *empregar* deve ser compreendido como qualquer forma de utilização da arma (v.g., portá-la ostensivamente), à exceção do disparo, sob pena de se tornar inócuo o art. 15, que incrimina tal conduta;

l) manter sob guarda: tomar conta do objeto em nome de terceiro, protegendo-o, tendo-o sob vigilância, geralmente por meio de ocultação. Para a tipificação do art. 14, o agente deverá manter o objeto material sob sua guarda em outro local que não aqueles descritos no art. 12 da Lei n. 10.826 (residência ou local de trabalho). Se, porventura, o sujeito mantiver sob sua guarda o objeto material em tais locais, o crime em questão será o de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12). Cuida-se de crime permanente;[297]

m) ocultar: expressa o ato de esconder a coisa, tirar de circulação, subtrair da vista. Traduz o conceito de uma atividade com que se procura impedir ou dificultar o encontro da coisa, *in casu*, da arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido. Cuida-se de crime permanente.

12.4.1. Norma penal em branco: sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Para a tipificação do crime do art. 14 da Lei n. 10.826/03, é indispensável que a conduta do agente seja cometida *sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.* O vocábulo *autorização* guarda relação com a autorização de porte.[298] Por sua vez, a expressão *em desacordo com determinação legal ou regulamentar* diz respeito à Lei n. 10.826/03 e aos Decretos em vigor (v.g., 9.845/19, 9.846/19, 9.847/19, 10.030/19, etc.).

Vale notar que o legislador utilizou a conjunção aditiva *e*, revelando a necessidade de que ambos os requisitos normativos estejam presentes. No entanto, enquanto a ausência de autorização implica, obviamente, estar o agente em desacordo com determinação legal ou regulamentar, o contrário não é verdadeiro. Logo, se o agente tiver o porte de arma, mas estiver, por algum motivo, em desacordo com determinação legal ou regulamentar (v.g., conduzindo a arma ostensivamente ou adentrar com ela em locais públicos – art. 20 do Decreto n. 9.847/19), não haverá o crime do art. 14, subsistindo tão somente uma infração administrativa, da qual deverá resultar a cassação do porte e apreensão da arma.

Noutro giro, se o agente não tiver o porte, já terá cometido o crime, porquanto obviamente estará em desacordo com determinação legal ou regulamentar, que demandam a autorização de porte para que o agente possa circular com arma de fogo.[299] É o que ocorre, por exemplo, com o praticante de tiro esportivo que transporta arma de fogo de maneira irregular. A propósito, a Portaria n. 28 – COLOG, de 14 de março de 2017[300] – determina que os atiradores têm o direito de portar uma única arma de fogo municiada nos deslocamentos do local de guarda do acervo até os locais de prática e/ou treinamento. Nesse caso, o direito ao porte deve observar o trajeto indispensável à prática do desporto. Por consequência, se o atirador for surpreendido com essa arma em local ou horário incompatíveis com o esporte, restarão caracterizados os crimes dos arts. 14 ou 16 do Estatuto do Desarmamento, a depender da espécie de arma em questão.[301]

Enfim, para que alguém possa portar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, fora de sua residência ou local de trabalho, é indispensável que o agente tenha o respectivo *porte*. Não é suficiente, portanto, o mero registro, pois este autoriza apenas que o agente mantenha a arma em sua residência ou local de trabalho. Em outras palavras, mesmo que a arma seja registrada,

297. Com entendimento semelhante: SILVA, César Dario Mariano. Op. cit. p. 87.

298. O conceito de autorização de *porte de arma de fogo* foi objeto de análise nos comentários introdutórios à Lei n. 10.826/03, para onde remetemos o leitor.

299. É nesse sentido a lição de DELMANTO. Op. cit. p. 796.

300. Em sentido semelhante: art. 5º, §3º, do Decreto n. 9.846/19.

301. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, RHC 34.579/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/04/2014, DJe 06/05/2014.

o seu porte em qualquer local diverso dos dois acima mencionados tipifica o crime do art. 14, se se tratar de artefato de uso permitido. O art. 14 da Lei n. 10.826/03 funciona, portanto, como verdadeira espécie de *norma penal em branco*, que exige complementação por meio de ato regulador, com vistas a fornecer parâmetros e critérios legais para a penalização das condutas ali descritas.[302]

Nessa linha, como já se pronunciou o STJ, "(...) para atender ao princípio da legalidade, e denominar típica a conduta descrita no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, impõe-se ao agente o porte da referida arma sem a devida autorização ou em desobediência a determinação legal ou regulamentar. Por autorização entende-se deter o respectivo certificado de registro federal de arma de fogo emitido pelo Sistema Nacional de Armas (SINARM) do Departamento de Polícia Federal (art. 10 da Lei n. 10.826/2003). No caso dos autos, o acusado é possuidor do aludido certificado, emitido por órgão da Polícia Federal - ainda na validade e colacionado à fl 83 destes autos -, o qual atesta que a pistola marca Glock, modelo G25, n. VPE790, calibre 380, com a qual foi surpreendido o paciente, encontra-se registrada em seu nome, sob o n. 002394950. Como consectário lógico do art. 5º da Lei n. 10.826/2003, típica deve ser a conduta se o sujeito mantiver sob guarda arma de fogo registrada em qualquer local, diverso da residência ou de trabalho. Precedentes. O art. 14 da Lei n. 10.826/2003 é norma penal em branco, a qual exige complementação por meio de ato regulador, que forneça parâmetros e critérios legais, para a penalização das condutas ali descritas. A situação funcional do recorrente é regida pelas Leis distritais n. 1.398/1997, 2.176/1998, 2.990/2002 e 3.190/2003, as quais circunscrevem a conduta do acusado, de modo a emoldurá-la no tipo previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003. Não é razoável atribuir a qualidade de livre - na acepção ampla da palavra - ao porte de arma àquele que, simplesmente, detém o certificado de registro válido da arma, não bastando o mero critério da autorização emitida por órgão da Polícia Federal, para que o sujeito, casualmente, transite com o artefato, ou o ostente em situação estranha ao exercício das funções ligadas ao cargo. Os arts. 5º da Lei distrital n. 1.398/1997 e 5º da Lei distrital n. 3.190/2003 são claros ao restringir a autorização para porte de arma de fogo de uso permitido aos agentes de trânsito quando em exercício das atribuições do cargo, vedada a condução ostensiva do artefato em locais onde haja reuniões com aglomerações de pessoas. Nos termos da denúncia, a arma foi apreendida em poder do ora recorrente, que, sob efeito de álcool e motivado por ciúme da namorada, ostentava o artefato em uma festa particular, circunstâncias que, nos termos deste voto, não permitem - na fase processual em que a ação se encontra - o afastamento da tipicidade do delito. Recurso ordinário em habeas corpus não provido".[303]

Consoante disposto no art. 17 do Decreto n. 9.847/19, o porte de arma só é válido quando apresentado com o documento de identidade do portador. Discute-se na doutrina, então, o correto enquadramento da conduta do agente que tem o porte, mas não traz consigo o documento. Prevalece o entendimento que não há crime, pois havia autorização legal de porte de arma de fogo, subsistindo tão somente uma infração administrativa. Ora, se o agente tinha o porte, é fato que tinha capacidade para portar armas, do que se conclui que sua conduta não representou qualquer incremento de risco ao bem jurídico tutelado. É nesse sentido a lição de Junqueira e Fuller.[304]

Os mesmos autores apontam outra hipótese relativamente comum: "O art. 26 do Decreto n. 5.123/04[305] regulamenta que o titular de Porte de Arma de Fogo não poderá conduzi-la ostensivamente ou com ela adentrar ou permanecer em locais públicos, tais como igrejas, escolas, estádios desportivos, clubes ou outros locais onde haja aglomeração de pessoas, em virtude de eventos de qualquer natureza. Se o sujeito descumpre tal regra, há o crime, uma vez que há porte *em desacordo com determinação regulamentar?* Não, podendo haver sanção administrativa. Primeiramente porque, conforme a interpretação restritiva necessária ante a excepcional constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, o sujeito tem a presumida capacidade para trazer consigo arma, ou seja, não está havendo incremento de risco proibido para a incolumidade pública. Mais e ainda, a lei expressamente prevê a sanção para

302. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, RHC 35.260/PI, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 14/11/2017, DJe 21/11/2017; STJ, 6ª Turma, RHC 51.739/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 02/12/2014, DJe 17/12/2014; STJ, 5ª Turma, HC 108.190/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/08/2009, DJe 08/09/2009.

303. STJ, 6ª Turma, RHC 51.739/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 02/12/2014, DJe 17/12/2014.

304. Com esse entendimento: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial, vol. 1.* 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 757. Segundo os autores, raciocínio diverso deve ser feito quando o sujeito tiver seu porte suspenso pela autoridade competente (v.g., art. 19, parágrafo único, do Decreto n. 9.847/19). Nesse caso, haverá crime, já que a eficácia da autorização está suspensa exatamente pela prática de conduta que, a princípio, é indício de incapacidade para ostentar o 'porte'.

305. Atualmente, a matéria está regulamentada pelo art. 20 do Decreto n. 9.847/19.

tal comportamento, qual seja, a cassação do porte de arma e apreensão da mesma, sem qualquer ressalva de sanção penal".[306] Nesse caso, assim como na hipótese em que o portador da arma estiver sob a influência de álcool ou drogado, incumbe à autoridade policial proceder à apreensão administrativa do armamento e da munição, que deverão ser encaminhados à Polícia Federal para o devido processo administrativo de cassação do porte, consoante disposto no art. 20, §§1º e 2º, do Decreto n. 9.847/19.

Ao tratarmos do crime de *posse irregular de arma de fogo de uso permitido* (art. 12), foi dito que, uma vez vencido o prazo do registro, sem que o proprietário da arma tenha providenciado sua renovação, não haverá crime se o artefato for com ele encontrado no interior de sua residência ou em seu local de trabalho, cuidando-se de mera infração administrativa. Esse raciocínio não é válido, todavia, para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. É dizer, o porte de arma de fogo de uso permitido com autorização de porte vencida tipifica o crime do art. 14. Explica-se: não se pode querer equiparar a conduta daquele que se limita a manter em casa uma arma de fogo com o registro vencido com a conduta daquele que circula com esse artefato pelas ruas com a autorização de porte vencida. Há, neste último caso, um sensível incremento do risco proibido ao bem jurídico tutelado. Logo, se o prazo para a autorização de porte estiver vencido, incumbe ao agente mantê-la em casa até que providencie a devida renovação, sob pena de incorrer no crime do art. 14 ou 16, a depender da espécie de arma em questão. Negada a renovação do porte, o raciocínio também será o mesmo. É nesse sentido a orientação do STJ: "(...) entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento da APn n. 686/AP (Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Corte Especial, DJe 29/10/2015) é restrito ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei 10.826/2003), não se aplicando ao crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/2003), cuja elementar é diversa e a reprovabilidade mais intensa. O simples fato de portar ilegalmente arma de fogo caracteriza a conduta descrita no artigo 14 da Lei 10.826/2003, por se tratar de crime de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva. (...)".[307]

306. Op. cit. 757.

307. STJ, 5ª Turma, RHC 63.686/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/02/2017, DJe 22/02/2017.

12.5. Objeto material.

O objeto material do crime do art. 14 é a arma de fogo, acessório ou munição, *de uso permitido*.[308] Se arma de fogo de uso permitido em questão estiver com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, o crime em questão será o do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03.

12.6. Questões controversas.

Quanto às controvérsias referentes à arma de fogo desmuniciada, defeituosa, desmontada, obsoleta, arma de brinquedo, arma de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, (im) possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, (des) necessidade de apreensão e ulterior realização de exame pericial de eficiência de arma de fogo (ou munição), etc., remetemos o leitor aos comentários ao art. 12 da Lei n. 10.826/03.

12.7. Tipo subjetivo.

O crime do art. 14 da Lei de Armas é punido a título de dolo (direto ou eventual). Cuida-se do denominado dolo genérico. O tipo penal não faz qualquer referência a um especial fim de agir. Logo, nos casos de detenção momentânea da arma de fogo, acessório ou munição, é de todo irrelevante saber se o agente tinha ou não *animus* de assenhoramento definitivo do artefato. Não se admite a modalidade culposa.

12.8. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito com a reunião de todos os elementos de sua definição legal, independentemente da ocorrência de qualquer resultado naturalístico, como, por exemplo, a ofensa à vida ou à integridade corporal ou saúde de outrem, porquanto estamos diante de um crime de mera conduta. Em alguns casos, essa consumação será instantânea. É o que ocorre, por exemplo, com os verbos *deter, adquirir, receber*, etc. Em outros verbos núcleos, de natureza permanente, como, por exemplo, *portar, deter, ter em depósito, transportar, manter sob guarda* ou *ocultar*, a consumação se prolonga no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a execução a qualquer momento.

Por se tratar de crime plurissubsistente, a tentativa é possível, pelo menos em tese. Há de se atentar, todavia, se a tentativa de determinada

308. Para mais detalhes acerca desses conceitos, remetemos o leitor aos comentários ao art. 12 da Lei n. 10.826/03.

conduta não teria aperfeiçoado, em momento anterior, a consumação de outro verbo núcleo, o que é relativamente comum em crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado.

12.9. Classificação doutrinária.

O crime do art. 14 da Lei n. 10.826/03 pode ser classificado da seguinte forma: a) **comum**; b) **de mera conduta**;[309] c) **de forma livre;** d) **comissivo (ou de ação);** e) **instantâneo** nas condutas de *adquirir, fornecer, receber, ceder, emprestar, remeter* e *empregar,* porém **permanente** nas demais (*portar, deter, ter em depósito, transportar, manter sob sua guarda* e *ocultar;* f) **de perigo abstrato**; g) **unissubjetivo (ou de concurso eventual)**; h) **plurissubsistente**.

12.10. Confronto com a Lei das Contravenções Penais.

Cotejando-se o Estatuto do Desarmamento com a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688/41), é possível chegar às seguintes conclusões:[310]

a) art. 18 da LCP ("Fabricar, importar, exportar, ter em depósito ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição"): foi tacitamente revogado, já que, ao se referir à arma ou munição, está se referindo obviamente apenas a armas de fogo, sendo tais condutas punidas pela Lei n. 10.826/03;

b) art. 19 da LCP ("Trazer consigo arma fora de causa ou de dependência desta, sem licença da autoridade"): foi tacitamente revogado em relação às armas de fogo, subsistindo, todavia, quanto às armas brancas, próprias (v.g., espada) ou impróprias (v.g., facão de churrasco);

c) art. 28, *caput,* da LCP ("Disparar arma de fogo em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela"): revogado tacitamente pelo art. 15 do Estatuto do Desarmamento;

d) art. 28, parágrafo único, da LCP ("Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem, em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, sem licença da autoridade, causa deflagração perigosa, queima fogo de artifício ou solta balão aceso"): se a deflagração perigosa for feita com o acionamento de munição, o crime será o do art. 15 do Estatuto do Desarmamento; se a deflagração perigosa ou queima de fogos for feita com o emprego de artefato explosivo e/ou incendiário, o crime será o do art. 16, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 10.826/03; se na soltura de balões houver o risco de provocar incêndios em florestas ou em outras formas de vegetação, ou ainda em áreas urbanas ou assentamentos urbanos, o crime será o do art. 42 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98).

12.11. Concurso de crimes.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao art. 12.

12.12. Insuscetibidade de fiança.

De acordo com o art. 14, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03, o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido seria inafiançável, salvo quando a arma de fogo estivesse registrada em nome do agente. Por sua vez, consoante disposto no art. 15, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento, o crime ali previsto – disparo de arma de fogo – também seria inafiançável.

Esses dispositivos sempre foram alvo de críticas por parte da doutrina, não apenas pelo fato de se mostrarem incompatíveis com o princípio da proporcionalidade, mas principalmente pelo fato de equipararem crimes de mera conduta, de perigo abstrato, a delitos que acarretam efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Tais argumentos acabaram sendo encampados pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade desses dispositivos, *in verbis*: "(...) A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. (...) Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos arts. 14 e 15 e do art. 21 da Lei n. 10.826/03".[311]

Posteriormente, a Lei n. 12.403/11 conferiu nova redação aos arts. 319 e 350 do CPP, permitindo a concessão de fiança pelo Delegado de Polícia para os crimes com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos (CPP, art. 322), ou pelo juiz, quando a pena máxima ultrapassar esse patamar

309. No sentido de que o art. 14 da Lei n. 10.826/03 é crime de mera conduta: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.398.837/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/08/2014, DJe 18/08/2014.

310. Nesse contexto: DELMANTO. Op. cit. p. 797.

311. STF, Pleno, ADI 3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02/05/2007, DJe 131 25/10/2007.

(CPP, art. 322, parágrafo único). Proibiu, ademais, a concessão de fiança apenas para aqueles crimes em que a própria Constituição já a vedava em seu art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, ou seja, racismo, tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e crimes hediondos; ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CPP, art. 323). Ora, como o art. 323 do CPP não veda a concessão de fiança para o crime de porte ilegal de arma de fogo permitido, nem tampouco para o delito de disparo de arma de fogo, forçoso é concluir que o arts. 14, parágrafo único, e 15, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03, foram tacitamente revogados pela Lei n. 12.403/11.

Incumbe ao Delegado de Polícia, portanto, nos termos do art. 322 do CPP, conceder fiança ao agente que for preso em flagrante pela prática do crime do art. 14 (ou do art. 15) da Lei de Armas, porquanto ao referido delito não é cominada pena máxima superior a 4 (quatro) anos, mesmo que a arma de fogo esteja registrada em nome de outra pessoa, que não o portador. Na eventualidade de a fiança ser negada pelo Delegado de Polícia, por exemplo, por entender que estão presentes os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 324, IV),[312] a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança deverá ser apreciada pela autoridade judiciária competente, que poderá conceder a referida medida de contracautela cumulada (ou não) com as cautelares diversas da prisão dos arts. 319 e 320 do CPP.

Disparo de arma de fogo

Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável. (Vide ADI 3.112)

13. DISPARO DE ARMA DE FOGO.

A princípio, o disparo de uma arma de fogo que efetivamente colocasse em risco a vida ou a saúde de outrem poderia tipificar o crime do art. 132 do Código Penal, ao qual é cominada uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Caso não houvesse a efetiva exposição da vida ou saúde de outrem a perigo direto e iminente – o art. 132 do CP é crime de perigo concreto –, esse mesmo disparo poderia configurar a contravenção penal do art. 28 da Lei de Contravenções Penais (Dec.-Lei n. 3.688/41), punida com prisão simples, de um a seis meses, ou multa. Com a entrada em vigor da Lei n. 9.437/97, hoje revogada, o disparo de arma de fogo passou a ser tratado como crime (art. 10, §1º, III), sendo-lhe cominada uma pena de detenção, de um a dois anos, e multa. Atualmente, essa conduta encontra previsão legal no art. 15 da Lei n. 10.826/03,[313] cujo preceito secundário estabelece uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, que, por ser mais gravosa que aquela prevista na revogada Lei n. 9.437/97, só poderá ser aplicada para os crimes cometidos a partir da vigência do Estatuto do Desarmamento (23/12/2003), sob pena de evidente violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

13.1. *Abolitio criminis* temporária.

Não abrange o crime do art. 15 da Lei n. 10.826/03, referindo-se apenas aos crimes de *posse de arma*. Para mais detalhes acerca do assunto, consultar comentários ao art. 30 da Lei de Armas.

13.2. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se a segurança e a paz públicas. Nas palavras de César Dario Mariano da Silva, o crime "é de extrema gravidade, principalmente porque projéteis são disparados sem que se saiba ao certo onde irão cair e o que ou quem poderão atingir. Infelizmente, tornou-se rotina o disparo de arma de fogo por qualquer motivo, inclusive quando de comemorações. Isso fez com que 'balas perdidas' atingissem um grande número de pessoas, que acabaram morrendo ou sendo lesionadas seriamente".[314]

13.2.1. *Crime de perigo abstrato.*

É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o delito de disparo de arma de

312. Admitindo a possibilidade de denegação de fiança pelo Delegado de Polícia se presentes os pressupostos da preventiva: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 351-353.

313. Consta do preceito secundário do art. 132 que o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem só deve ser reconhecido *se o fato não constituir crime mais grave*. Logo, como o crime do art. 15 da Lei n. 10.826/03 é mais grave que aquele, o agente deverá responder apenas pelo disparo de arma de fogo. Como já se pronunciou o STJ, "(...) não pode ocorrer a desclassificação da conduta cuja rubrica é disparo de arma de fogo para aquela tipificada como perigo para a vida ou saúde de outrem, quando o ato amolda-se ao paradigma previsto no art. 15 do Estatuto do Desarmamento, que, em razão do princípio da especialidade, deve prevalecer sobre o crime previsto no art. 132 do Código Penal". (STJ, 5ª Turma, HC 182.362/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/05/2012, DJe 23/05/2012).

314. Op. cit. p. 101.

fogo (art. 15 da Lei n. 10.826/03) é crime de perigo abstrato, que presume a ocorrência de dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de comprovação de lesividade ao bem jurídico tutelado.[315] Portanto, desde que o disparo tenha sido feito em lugar habitado ou em via pública, pouco importa que tenha sido efetuado para o alto ou para o chão.[316] Na mesma linha, é de todo irrelevante querer o acusado provar que, embora se tratasse de lugar habitado, seus tiros não teriam o condão de acertar ninguém, pois as casas próximas estariam supostamente vazias.[317]

13.3. Sujeitos do crime.

Cuida-se de **crime comum**, que pode ser praticado por qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade.

13.4. Tipo objetivo.

O tipo penal prevê duas condutas distintas:

a) **disparar arma de fogo**: consiste em fazer com que a arma de fogo arremesse um (ou mais) projéteis através da força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara. Ocorrendo um ou mais disparos num mesmo contexto fático, haverá crime único, devendo a multiplicidade de tiros ser levada em consideração na dosimetria da pena;[318]

b) **acionar munição**: consiste em deflagrar a munição, acionando-a por meio de combustão do propelente, porém sem a utilização de uma arma de fogo (v.g., coloca-se uma caixa de munição dentro de uma fogueira, provocando o seu acionamento). De se notar que se a munição for acionada com o uso de uma arma de fogo, a conduta será a de *disparar,* e não a de *acionar.*

A redação do art. 15 não faz nenhuma referência ao fato de o disparo da arma de fogo ou o acionamento da munição ser feito por alguém que não tinha o registro e o porte da arma de fogo. Afinal, o fato de o agente ter o registro (ou porte) da arma não o autoriza a efetuar disparo sem qualquer motivo aparente. Portanto, pouco importa o fato de o autor dos disparos ter (ou não) o registro e o porte de arma de fogo. Em ambas as hipóteses, poderá responder pelo delito.

13.4.1. Elemento espacial do tipo.

Para fins de tipificação do crime do art. 15 da Lei de Armas, as duas condutas acima descritas devem ser praticadas nos seguintes locais:

a) lugar habitado ou em suas adjacências: *habitado* é o lugar em que há pessoas residindo, ainda que de maneira eventual (v.g., fazenda, rancho, casa de praia, condomínio residencial, etc.). Por *adjacências* devemos compreender os locais próximos à residência, como, por exemplo, uma garagem, um quintal, um jardim, etc.;

b) via pública ou em direção a ela: a via pública é constituída dos caminhos pelos quais trafegam pessoas e veículos em geral (ruas, estradas, alamedas, etc.). Quando o art. 15 faz uso da expressão *em direção a ela,* refere-se ao disparo efetuado de dentro de uma residência privada, mas que tinha como alvo a referida via pública.

O crime estará tipificado se o disparo for feito em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, pouco importando se, naquele momento, havia (ou não) pessoas na rua, porquanto se trata de crime de perigo abstrato. Logicamente, quando o disparo for feito em local extremamente movimentado, esta circunstância deverá ser sopesada pelo juiz por ocasião da dosimetria da pena.[319]

A inserção desses elementos espaciais no tipo penal denota que o disparo de arma de fogo em local não habitado ou distante de via pública não tem o condão de tipificar o crime do art. 15 da Lei de Armas. Afinal, se se trata de um local ermo, completamente deserto, não haveria nenhum sentido na punição dessa conduta pela Lei n. 10.826/03, já que não haveria qualquer perigo ao bem jurídico tutelado (segurança e paz públicas). De todo modo, a depender do caso concreto, é possível, em tese, a tipificação de crimes subsidiários, como, por exemplo, o delito do art. 132 do CP, mas desde que haja a efetiva exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo direto e iminente (crime de perigo concreto).

315. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 684.978/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 05/12/2017, DJe 12/12/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 651.666/PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/04/2015, DJe 13/04/2015; STJ, 6ª Turma, REsp 1.494.303/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 25/11/2014, DJe 16/12/2014; STJ, 5ª Turma, HC 234.637/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 09/04/2013, DJe 22/04/2013.

316. Com esse entendimento: JUNQUEIRA; FULLER. Op. cit. p. 769. Logicamente, se alguém efetuar um disparo para o alto com o intuito de assustar iminente agressor, estará acobertado pela excludente da ilicitude da legítima defesa (CP, art. 25).

317. NUCCI. Op. cit. p. 58.

318. MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 113.

319. De acordo com o STJ, "(...) Idônea a fundamentação declinada pelo magistrado, ao considerar a maior reprovabilidade da conduta porque o agente levou seu irmão adolescente para efetuar disparos e, ainda, "em local movimentado da cidade". Embora o ato de disparar arma de fogo em local habitado seja uma elementar do próprio tipo, o fato de esse lugar ser "movimentado", sem dúvida, torna a conduta mais reprovável (...)". (STJ, 5ª Turma, HC 103.805/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/04/2010, DJe 10/05/2010).

13.4.2. Princípio da subsidiariedade expressa.

O art. 15 da Lei de Armas é claro ao ressalvar "desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime". Portanto, na eventualidade de o disparo de arma de fogo ou o acionamento da munição ser cometido com a finalidade de praticar outro crime, o agente responderá apenas por este, e não por aquele. É o que ocorre, por exemplo, se alguém efetuar um disparo de arma de fogo para matar alguém. Ao invés de responder pelo crime de homicídio em concurso formal impróprio com o delito de disparo de arma de fogo, responderá apenas pela figura delituosa do art. 121 do Código Penal, haja vista a adoção do princípio da subsidiariedade expressa.

De se notar que a ressalva constante da parte final do art. 15 da Lei n. 10.826/03 não faz qualquer referência à gravidade do delito-fim. Assim, pelo menos em tese, se o agente efetuar um disparo de arma de fogo com a finalidade de cometer um crime de lesão corporal leve, responderia apenas pelo art. 129, *caput*, do CP, ao qual é cominada uma pena bem mais branda – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Por isso, de modo a se evitar que o agente procure sempre alegar que seu intuito era apenas ferir alguém, sendo responsabilizado, assim, de maneira mais branda, a doutrina[320] sustenta, majoritariamente, que o delito-fim só poderá absorver o disparo quando for apenado de maneira mais gravosa. Do contrário, deverá subsistir o crime do art. 15 da Lei de Armas.

13.5. Objeto material.

É a arma de fogo ou a munição. Como o tipo penal não faz qualquer distinção, abrange tanto aquelas de uso permitido quanto as de uso proibido ou restrito.

13.6. Tipo subjetivo.

A conduta é punida exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual), consubstanciado na vontade livre e consciente de disparar a arma de fogo ou de acionar munição em local habitado ou em suas adjacências e na via pública. Não há elemento subjetivo especial do tipo. Não se admite a modalidade culposa. Logo, se se tratar de disparo acidental, a conduta do agente será atípica.

13.7. Consumação e tentativa.

A consumação ocorre com o disparo de arma de fogo ou com o acionamento da munição. Como se percebe, existe um resultado, cuja ocorrência é indispensável para a consumação do delito. Por isso, em que pese respeitado entendimento em sentido contrário,[321] parece-nos correto dizer que o crime do art. 15 da Lei n. 10.826/03 é material. Não há necessidade de que o disparo ou acionamento da munição tenham causado lesão em alguém. Todavia, faz-se necessário que a conduta tenha colocado em risco a segurança e a paz públicas, até mesmo porque o legislador criminalizou tão somente o disparo em lugar habitado ou em suas adjacências, ou em via pública ou em direção a ela, do que se conclui que o disparo em lugar ermo não constitui conduta típica.

Por se tratar de crime plurissubsistente, a tentativa é possível, desde que o disparo da arma de fogo ou o acionamento da munição não ocorram por circunstâncias alheias à vontade do agente. Basta imaginar a hipótese em que o indivíduo aciona o gatilho de sua arma, mas o disparo não ocorre devido ao "picote" do projétil. Importante, todavia, verificar se o resultado não teria deixado de ocorrer em virtude da ineficácia absoluta da arma ou da munição, pois, nesse caso, é de rigor o reconhecimento de crime impossível, nos termos do art. 17 do CP.

13.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 15 da Lei n. 10.826/03 pode ser classificado nos seguintes termos: a) **comum**; b) **material**; c) **de forma livre**; d) **comissivo**; e) **instantâneo**; f) **unissubjetivo**; g) **unissubsistente** ou **plurissubsistente**, a depender do mecanismo usado pelo agente.

13.9. Concurso de crimes.

A prática de diversos disparos ou a deflagração de mais de uma munição num mesmo contexto não caracterizará concurso de crimes, mas sim crime único.

De acordo com a jurisprudência, não se aplica o princípio da consunção quando os delitos de posse (ou porte) ilegal de arma de fogo e disparo de arma em via pública forem praticados em momentos diversos e em contextos distintos.[322]

320. Entre outros, confira-se: SILVA, César Dario Mariano da. *Estatuto do desarmamento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 104.

321. Para Delmanto (op. cit. p. 805), cuida-se de crime formal e de perigo (concreto). Para Nucci (op. cit. p. 59), trata-se de crime de mera conduta (independe da ocorrência de qualquer efetivo prejuízo para a sociedade ou para alguma pessoa especificamente).

322. A propósito: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 754.716/PR, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 12/12/2017, DJe 19/12/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 635.891/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17/05/2016, DJe 25/05/2016; STJ, 3ª Seção, CC 134.342/GO, Rel. Min. Newton Trisotto – Desembargador convocado do TJ/SC –, j. 22/04/2015, DJe 05/05/2015.

Se praticados em um mesmo contexto fático, impõe-se a aplicação do princípio da consunção. Nesse caso, se a arma de fogo for de uso permitido, com numeração intacta, o agente deverá responder pelo delito do art. 15 da Lei de Armas, que tem pena idêntica ao art. 14, mas deverá absorvê-lo por se tratar de crime-fim.[323] Raciocínio idêntico será válido se o crime-meio for o do art. 12. Se, todavia, a arma de fogo for de uso proibido, ou tiver numeração raspada, o agente deverá responder apenas pelos crimes dos arts. 16, *caput*, ou 16, parágrafo único, IV, respectivamente, absorvendo-se o disparo, porquanto a tais delitos é cominada pena mais grave (reclusão, de 3 a 6 anos, e multa).

Noutro giro, eventual crime doloso contra a vida cometido com o disparo de arma de fogo terá o condão de absorver o crime do art. 15 da Lei n. 10.826/03 com base no princípio da consunção. Afinal, o próprio art. 15 dispõe que o crime de disparo só restará caracterizado se a conduta não tiver como finalidade a prática de outro crime. Logicamente, se o disparo tiver sido praticado em outro contexto fático, completamente diverso daquele referente ao homicídio, revela-se possível o reconhecimento do concurso de crimes. Em sentido semelhante, se o agente efetuar um disparo de arma de fogo, matando alguém, em situação de legítima defesa, a excludente de ilicitude terá o condão de abarcar os dois delitos, porquanto praticados em um mesmo contexto fático.

13.10. Insuscetibilidade de fiança.

O art. 15, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03 também foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.112. O tema foi objeto de análise nos comentários ao art. 14, parágrafo único, para onde remetemos o leitor.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

(...)

14. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.

Em se tratando de arma de fogo, acessório ou munição, *de uso permitido*, a posse no interior da residência do agente ou em seu local de trabalho está tipificada no crime do art. 12 da Lei n. 10.826/03, ao qual é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa; por sua vez, o porte desses mesmos artefatos é incriminado pelo art. 14, cuja pena é de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Se, no entanto, a posse ou o porte envolver artefato *de uso restrito*, o crime será o do art. 16, caput, do Estatuto do Desarmamento, ao qual é cominada uma pena bem mais grave, qual seja, reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, haja vista a maior periculosidade que a conduta representa para o bem jurídico tutelado.

Na redação original do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, havia um equívoco gravíssimo, qual seja, dispensar à posse (ou porte) ilegal de arma de fogo (acessório ou munição) de *uso restrito* a mesma sanção penal cominada à posse (ou porte) ilegal de arma de fogo (acessório ou munição) de *uso proibido*. Ou seja, a despeito da maior potencialidade lesiva destes últimos artefatos, a pena cominada a ambas as condutas era idêntica, qual seja, reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime, o legislador houve por bem corrigir essa patente violação aos princípios da proporcionalidade e da isonomia. Com efeito, suprimiu do *caput* do art. 16 qualquer menção à arma de fogo, acessório ou munição de *uso proibido*, deslocando todas as condutas – as do *caput* e as do §1º – atinentes a tais artefatos para o §2º, *in verbis:* "Se as condutas descritas no *caput* e no §1º deste artigo envolverem arma de fogo de *uso proibido*, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

14.1. Direito intertemporal.

A revogada Lei n. 9.437/97 também punia a posse ou o porte ilegal de arma de fogo de uso proibido ou restrito em uma figura qualificada prevista no §2º do art. 10, à qual era cominada uma pena de reclusão de dois a quatro anos, e multa. Como a pena do art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03, é mais severa, não poderá retroagir para

323. Admitindo a aplicação do princípio da consunção para absorção do delito menos grave de porte de arma de fogo pelo crime mais grave de disparo de arma de fogo, porquanto praticados no mesmo contexto fático: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.331.199/PR, Rel. Min. Ericson Maranho – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 23/10/2014, DJe 10/11/2014.

alcançar as condutas praticadas antes da vigência do Estatuto do Desarmamento (23/12/2003).

14.2. Lei penal no tempo (art. 30 da Lei n. 10.826/03) e o crime do art. 16.

Consultar comentários ao art. 30 da Lei n. 10.826/03.

14.3. Bem jurídico tutelado.

O bem jurídico tutelado é a segurança e a paz públicas.

14.3.1. Crime de perigo abstrato.

O crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03) é crime de perigo abstrato, que presume a ocorrência de dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de resultado naturalístico à incolumidade física de outrem.[324]

14.4. Sujeitos do crime.

Cuida-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa. Na eventualidade de ser praticado por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º do Estatuto do Desarmamento, a pena deverá ser aumentada da metade, consoante disposto no art. 20 da Lei n. 10.826/03. À semelhança dos demais delitos previstos na Lei de Armas, o sujeito passivo é a coletividade (**crime vago**).

14.5. Tipo objetivo.

São 14 (quatorze) as condutas incriminadas pelo art. 16: a) possuir; b) deter; c) portar; d) adquirir; e) fornecer; f) receber; g) ter em depósito; h) transportar; i) ceder, ainda que gratuitamente; j) emprestar; k) remeter; l) empregar; m) manter sob sua guarda; e n) ocultar. À exceção do verbo núcleo *possuir*, estudado nos comentários ao art. 12 da Lei de Armas, todas as demais condutas foram objeto de análise nos comentários ao art. 14, também do Estatuto do Desarmamento. Destarte, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários aos referidos dispositivos legais.

14.5.1. Norma penal em branco: sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Para a configuração de qualquer uma das formas típicas do art. 16, *caput*, é necessário que a conduta tenha sido praticada *sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.* Logo, havendo autorização, ou estando a conduta amparada em determinação legal ou regulamentar, não haverá crime.

É o que ocorre, por exemplo, com juízes e promotores, que têm direito ao porte de arma de fogo, nos exatos termos das respectivas leis orgânicas. De fato, de acordo com o art. 33, inciso V, da LC n. 35/79, são prerrogativas do magistrado, dentre outras, portar arma de defesa pessoal. Por sua vez, consoante disposto no art. 18, I, alínea "e", da LC 75/93, e no art. 42 da Lei n. 8.625/93, são prerrogativas dos membros do Ministério Público da União, dentre outras, o porte de arma, independentemente de autorização. Como esses diplomas normativos não especificam a natureza da arma que pode ser utilizada por tais autoridades – se *de uso permitido ou se de uso restrito* –, prevalece o entendimento de que magistrados e promotores também podem portar arma de fogo de uso restrito.[325] Logo, na eventualidade de um Promotor de Justiça ser flagrado portando uma arma de fogo de uso restrito devidamente registrada, sua conduta será atípica, haja vista que a conduta não fora praticada sem autorização, nem tampouco em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O mesmo raciocínio é válido para Conselheiros dos Tribunais de Contas. Ora, como tais autoridades são equiparadas aos magistrados por força do art. 73, §3º, e art. 75, ambos da Constituição Federal, é de se concluir que também podem portar arma de fogo, seja de uso permitido, seja de uso restrito. Como já se pronunciou o STJ, "(...) o art. 16 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003) é norma penal em branco que delega à autoridade executiva definir o que é arma de uso restrito. A norma infralegal não pode, contudo, revogar direito previsto no art. 33, V, da Lei Complementar n. 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura - e que implique ainda a criminalização da conduta. A prerrogativa constante na LOMAN não faz distinção

324. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, AgRg no RHC 86.862/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 20/02/2018, DJe 28/02/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.130.365/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/09/2017, DJe 04/10/2017; STJ, 6ª Turma, HC 407.310/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/09/2017, DJe 27/09/2017; STJ, 6ª Turma, HC 322.956/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 17/08/2017, DJe 29/08/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.069.131/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/05/2017, DJe 22/05/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 523.431/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 14/03/2017, DJe 22/03/2017.

325. Nessa linha: CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. Op. cit. p. 113.

do direito ao porte de arma e munições de uso permitido ou restrito, desde que com finalidade de defesa pessoal dos magistrados. Paralelismo entre magistrado de segundo grau e conselheiro de tribunal de contas estaduais reconhecido constitucionalmente. Não se trata de hierarquia entre lei complementar e ordinária, mas de invasão de competência reservada àquela por força do art. 93 da Constituição de 1988, que prevê lei complementar para o Estatuto da Magistratura. Conflito de normas que se resolve em favor daquela mais benéfica para abranger o direito também em relação à arma e munição de uso restrito. A Portaria do Comando do Exército n. 209/2014 autoriza membro do Ministério Público da União ou da magistratura a adquirir até duas armas de uso restrito (ponto 357 Magnum e ponto 40) sem mencionar pistolas 9mm. É indiferente reconhecer a *abolitio criminis* por analogia, diante de lei própria a conferir direito de porte aos magistrados. Denúncia julgada improcedente com fundamento no art. 386, III, do CPP".[326]

14.6. Objeto material.

Diversamente dos crimes previstos nos arts. 12 e 14, o objeto material do art. 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento, com redação determinada pelo Pacote Anticrime, é a arma de fogo, acessório ou munição *de uso restrito*. Os conceitos de *arma de fogo, acessório* e *munição* já foram objeto de análise nos comentários ao art. 12, para onde remetemos o leitor. Resta, então, analisarmos o conceito de *uso restrito*.

O Decreto n. 9.847/19 define **arma de fogo de uso restrito** em seu art. 2º, inciso II, nos seguintes termos: "II – arma de fogo de uso restrito – as armas de fogo automáticas e as semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) não portáteis; b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules". O Decreto n. 9.847/19 conceitua **munição de uso restrito** como as munições que: "a) atinjam, na saída do cano de prova de armas de porte ou portáteis de alma raiada, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; b) sejam traçantes, perfurantes ou fumígenas; c) sejam granadas de obuseiro, de canhão, de morteiro, de mão ou de bocal; ou d) sejam rojões, foguetes, mísseis ou bombas de qualquer natureza" (art. 2º, IV).

14.6.1. Questões controversas.

Quanto às controvérsias referentes às armas de fogo desmuniciadas, defeituosas, desmontadas, (des) necessidade de exame pericial, (im) possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, etc., remetemos o leitor aos comentários ao art. 12 da Lei n. 10.826/03.

14.7. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual). Basta o dolo genérico. De fato, para a conformação típica é suficiente que o agente pratique qualquer das condutas incriminadas, agindo com consciência e vontade, independentemente de qualquer finalidade específica.

14.8. Consumação e tentativa.

Algumas condutas são de consumação instantânea, como, por exemplo, receber, ceder, etc. Outras, todavia, são de consumação permanente (v.g., possuir, deter, portar, transportar, manter sob guarda, etc.), protraindo-se no tempo e viabilizando o estado de flagrância (CPP, art. 303).

Pelo menos em tese, a tentativa é possível, já que se trata de crime plurissubsistente. Basta pensar em alguém que é flagrado pela polícia ao tentar adquirir uma arma de fogo de uso restrito. Revela-se, todavia, de difícil constatação na prática, sobretudo porque a tentativa de algumas condutas já constitui, *de per si*, a consumação de outro núcleo do tipo. A título de exemplo, se alguém for flagrado tentando transportar munição de uso restrito, é bem provável que o agente já tenha consumado o crime do art. 16, *caput*, quanto ao verbo *possuir, deter*, etc.. É o que geralmente acontece quando nos deparamos com crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado.

14.9. Classificação doutrinária.

O art. 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime comum**; b) **crime de execução livre**; c) **comissivo**; d) **instantâneo** nas condutas adquirir, fornecer, receber, ceder, emprestar, remeter e empregar, porém **permanente** nas condutas possuir, portar,

326. STJ, Corte Especial, APn 657/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 21/10/2015, DJe 29/10/2015.

deter, ter em depósito, transportar, manter sob sua guarda e ocultar; e) **crime de perigo abstrato**; f) **crime doloso**; g) **crime de mera conduta**; h) **crime unissubjetivo**; i) **crime plurissubsistente**.

14.10. Concurso de crimes.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao art. 12 da Lei n. 10.826/03, onde o tema já foi trabalhado, com a ressalva de que referido delito abrange as armas de fogo, acessórios e munições de uso permitido, enquanto o art. 16 incrimina tais condutas, acrescidas do verbo núcleo *possuir*, quando o objeto material for *de uso proibido ou restrito*.

14.11. Natureza hedionda.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao art. 1º, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 8.072/90, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime).

> **Art. 16.** (...)
>
> **Pena** – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> **§1º.** Nas mesmas penas incorre quem: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)
>
> **I** – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;
>
> (...)

15. SUPRESSÃO OU ALTERAÇÃO DE MARCA, NUMERAÇÃO OU QUALQUER SINAL DE IDENTIFICAÇÃO DE ARMA DE FOGO OU ARTEFATO.

Era de se esperar que o §1º do art. 16 tipificasse condutas semelhantes àquelas previstas no *caput*. Porém, uma simples leitura da primeira figura delituosa ali prevista demonstra que o parágrafo único não tem qualquer vinculação com a literalidade expressa no *caput* do art. 16.

Prova disso é que enquanto o *caput* do art. 16 da Lei n. 10.826/03 refere-se às armas de fogo, acessórios ou munições *de uso restrito*, a figura delituosa do inciso I do §1º do mesmo artigo faz referência tão somente à *arma de fogo ou artefato*, sem especificar de qual natureza. Logo, como não há, neste último caso, qualquer restrição quanto a determinado tipo de arma ou artefato, é dominante o entendimento no sentido de que o objeto material do inciso I do parágrafo único do art. 16 da Lei de Armas abrange qualquer tipo de arma de fogo ou artefato, seja de uso permitido, seja de uso restrito[327] ou proibido, sendo que, neste último caso, a pena será de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, consoante previsto no art. 16, §2º, do Estatuto do Desarmamento, incluído pelo Pacote Anticrime.

Não bastasse essa diferença quanto ao objeto material, o crime do art. 16, §1º, I, da Lei n. 10.826/03 também não contempla os elementos normativos previstos no *caput* do art. 16 ("sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar"). Por consequência, o registro ou não da arma, assim como a existência ou não do porte, são de todo irrelevantes para a tipificação deste crime do inciso I. Pouco importa, portanto, se a arma foi obtida lícita ou ilicitamente, ou mesmo se há (ou não) registro e porte. Em todos os casos, havendo supressão ou alteração de sinal de identificação, haverá o crime.

15.1. Direito intertemporal.

Esta mesma conduta era crime previsto no art. 10, §3º, inciso I, da revogada Lei n. 9.437/97, punível, no entanto, com pena mais branda – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Por consequência, por funcionar como verdadeira *novatio legis in pejus*, a pena cominada à figura delituosa do art. 16, §1º, I, da Lei n. 10.826/03 – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa –, só será válida para os crimes cometidos a partir da vigência do Estatuto do Desarmamento.

15.2. Bem jurídico tutelado.

À semelhança da figura do *caput*, tutela-se a segurança e a paz públicas. De maneira indireta, também se busca resguardar a fiscalização e o controle das armas de fogo no país. Deveras, não se pode descartar o interesse da Administração Pública em identificar e controlar a circulação das armas de fogo, o que é sobremaneira prejudicado pela supressão ou adulteração de seus sinais de identificação. Cuida-se, pois, de crime pluriofensivo.

15.3. Sujeitos do crime.

Trata-se de **crime comum**. Para a configuração do crime em estudo, é indispensável a comprovação de que o agente teria sido o responsável pela supressão ou alteração dos sinais de identificação da arma de fogo ou do artefato, o que é de difícil comprovação. De fato, geralmente o criminoso é

327. Com entendimento semelhante: MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 134-135.

flagrado na posse ou porte de arma de fogo já com a numeração raspada, sem que se tenha certeza de que teria sido ele o responsável pela supressão ou adulteração, daí por que o correto enquadramento típico nesse caso há de ser feito à luz do art. 16, §1º, inciso IV, da Lei n. 10.826/03.

Trata-se, ademais, de **crime vago**, visto que o sujeito passivo é a coletividade. A doutrina também costuma apontar o Estado como vítima desse delito, porquanto a conduta atenta contra a política de controle e fiscalização dos armamentos no nosso país.

15.4. Tipo objetivo.

São duas as condutas incriminadas pelo delito ora em análise:

a) suprimir: significa extinguir, eliminar, destruir totalmente, geralmente com a utilização de métodos químicos ou mecânicos. De acordo com a doutrina, os métodos mais comuns "são a raspagem com outro objeto sólido, como uma lima, e a pinagem, que consiste em sobrepor uma superfície sólida e pontuda sobre a numeração e bater com um martelo ou outro objeto semelhante, de forma que a numeração desapareça. Métodos químicos, como o emprego de ácidos, também podem ser empregados";[328]

b) alterar: deve ser compreendido como mudar, modificar, falsificar, adulterar, como ocorre, por exemplo, com a mudança de algum numeral de identificação da arma.

Tais condutas devem recair sobre *marca, numeração ou qualquer outro sinal de identificação* de arma de fogo ou artefato. *Marca* é o "nome, expressão ou sinal que individualiza e identifica o produto", ao passo que numeração é o "número de série que singulariza a substância".[329] Ao final, o legislador faz uso de interpretação analógica[330] para admitir que qualquer outro sinal de identificação de arma de fogo ou artefato, como a marca e a numeração, também poderá ser objeto de supressão ou alteração.

328. SILVA, César Dario Mariano. Op. cit. p. 125.

329. GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei das Armas de Fogo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 193.

330. Como o legislador não pode prever todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade e que seriam similares àquelas por ele já elencadas, a interpretação analógica permite, expressamente, a ampliação do alcance da norma. Atento ao princípio da legalidade, o legislador detalha as situações que pretende regular, estabelecendo fórmulas casuísticas, para, na sequência, por meio de uma fórmula genérica, permitir que tudo aquilo que a elas for semelhante também possa ser abrangido pelo mesmo dispositivo legal. Em síntese, a uma fórmula casuística, que servirá de norte ao intérprete, segue-se uma fórmula genérica. É o que ocorre, por exemplo, no caso do homicídio qualificado se cometido mediante paga ou promessa de recompensa, *ou por outro motivo torpe* (CP, art. 121, §2º, I).

15.5. Objeto material.

Como exposto anteriormente, o objeto material é a *arma de fogo* ou o *artefato*, seja *de uso permitido*, seja *de uso proibido ou restrito*.

O conceito de *arma de fogo* já foi objeto de análise nos comentários ao art. 12, para onde remetemos o leitor. Ante o silêncio do tipo penal, esta *arma de fogo* pode ser *de uso permitido, proibido* ou *restrito*. Pouco importa, ademais, se essa arma de fogo foi obtida de maneira lícita ou ilícita, tampouco se o agente possui ou não o respectivo registro (ou porte). Em todas as hipóteses, o crime estará caracterizado.[331]

O termo *artefato* pode ser equiparado a *acessório de arma de fogo*, definido no Anexo III do Decreto n. 10.030/19 como "artefato que, acoplado a uma arma, possibilita a melhoria do desempenho do atirador, a modificação de um efeito secundário do tiro ou a modificação do aspecto visual da arma". De se notar que a palavra *artefato* também é utilizada no inciso III do §1º do art. 16, porém com o significado de mecanismo explosivo ou incendiário. Dependendo, pois, do contexto, a doutrina[332] tende a interpretá-lo de um modo ou de outro.

15.6. Tipo subjetivo.

A conduta é punida a título de dolo (direto ou eventual), consistente na vontade livre e consciente de suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato. Para a doutrina tradicional, é o denominado dolo genérico.

Para a configuração típica, não há necessidade de qualquer finalidade específica. É bem verdade que aquele que suprime ou altera marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato tem por finalidade dificultar ou tornar impossível o reconhecimento de tais instrumentos. Sem embargo, como não há qualquer referência explícita no tipo penal acerca desse suposto especial fim de agir, prevalece o entendimento no sentido de que sua presença não se faz necessária para a tipificação do delito. Isso porque "o dolo de suprimir ou alterar já envolve a ideia-fim (suprimir características de molde a dificultar o reconhecimento), e se esvai na própria conduta incriminada, não alcançando, necessariamente, outra finalidade específica. A diferença se faz clara quando da análise do inciso II do parágrafo

331. Nessa linha: SILVARES, Ricardo. Op. cit. p. 1.556.

332. NUCCI. Op. cit. p. 63.

único do art. 16, onde há exigência expressa de uma finalidade específica".[333]

Não existe a modalidade culposa.

15.7. Consumação e tentativa.

Consuma-se com a efetiva supressão ou alteração da marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato. O resultado desse delito é, portanto, essa supressão ou alteração, do que se conclui que estamos diante de um crime material, e não formal ou de mera conduta.[334]

Por se tratar de delito plurissubsistente, a tentativa é possível. A propósito, basta pensar na hipótese em que o agente é surpreendido no ato de suprimir ou alterar a numeração de uma arma de fogo, sem que lograsse êxito em seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesse caso, todavia, é importante ficar atento ao caso concreto, porque, a depender de suas circunstâncias, é perfeitamente possível que o início dessa *supressão* já tenha produzido, *de per si*, a *alteração* da numeração do artefato, daí por que o crime já estaria consumado quanto ao verbo núcleo *alterar*. É o que geralmente ocorre em crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, quando a multiplicidade de verbos inviabiliza ou dificulta sobremaneira a configuração da tentativa.

15.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 16, §1º, I, da Lei n. 10.826/03, pode ser classificado como **comum, de execução livre, comissivo, instantâneo, doloso, material, pluriofensivo, unissubjetivo e plurissubsistente**.

15.9. Concurso de crimes.[335]

Pelo menos em tese, se praticados em contextos absolutamente diversos, é perfeitamente possível que o agente responda pelo crime ora em análise e pelo delito de posse ou porte ilegal de arma de fogo. Ora, supondo que alguém tenha em depósito por meses uma arma de fogo de uso permitido e, muito tempo depois, delibere por raspar seu respectivo sinal de identificação, o agente deverá responder pelo crime do art. 14 e pelo delito do art. 16, parágrafo único, inciso I, ambos da Lei n. 10.826/03, em concurso material (CP, art. 69). Agora, se restar demonstrado que o agente entrou na posse de uma arma de fogo com o único objetivo de suprimir seus sinais de identificação, logrando êxito em seu desiderato, é de rigor reconhecer que, à luz do princípio da consunção, o agente deverá responder apenas pelo crime-fim do art. 16, parágrafo único, inciso I, da Lei de Armas.[336]

15.10. Natureza hedionda.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários à Lei n. 8.072/90.

> **Art. 16.** (...)
>
> **Pena** – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> **§1º.** Nas mesmas penas incorre quem: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)
>
> (...)
>
> **II** – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;
>
> (...)

16. MODIFICAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DE ARMA DE FOGO.

São duas as condutas incriminadas pelo inciso II do §1º do art. 16 da Lei n. 10.826/03: a primeira caracteriza-se pela modificação das características de arma de fogo com o objetivo de torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito (v.g., transformar um revólver .38 em um revólver calibre .357); a segunda, verdadeira norma especial de fraude processual, também ocorre por meio da modificação das características de arma de fogo, porém com a finalidade de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz. A título de exemplo, suponha-se que o autor de um latrocínio altere o raiamento do seu revólver com o objetivo de dificultar eventual confronto balístico.

16.1. Direito intertemporal.

A revogada Lei n. 9.437/97 previa conduta semelhante àquela prevista na primeira parte do inciso

333. Nessa linha: MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 134.

334. No sentido de que se trata de crime material: CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 130. Para NUCCI (op. cit. p. 63), cuida-se de crime de mera conduta, pois independe da ocorrência de qualquer efetivo prejuízo para a sociedade. Por fim, há quem entenda que se trata de crime formal: SILVA, César Dario Mariano. Op. cit. p. 126.

335. Quanto à adulteração e porte pelo mesmo agente, consultar comentários ao inciso IV do parágrafo único do art. 16 da Lei de Armas.

336. Com entendimento semelhante: SILVARES, Ricardo. Op. cit. p. 1.557.

II, senão vejamos: "modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito" (art. 10, §3º, II). Ocorre que a pena cominada à época era bem mais branda (reclusão, de dois a quatro anos, e multa). Destarte, por força do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL), impõe-se a aplicação da nova pena cominada ao referido crime (reclusão, de três a seis anos, e multa) apenas para os crimes cometidos após a vigência da Lei n. 10.826/03.

Quanto à segunda parte do inciso II, cuida-se de evidente exemplo de *novatio legis in pejus*. Pelo menos até o advento da Lei n. 10.826/03, não havia figura semelhante. Na verdade, à época da vigência da revogada Lei n. 9.437/97, a modificação das características de arma de fogo para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro perito ou juiz poderia tipificar o delito de fraude processual (CP, art. 347), ao qual é cominada uma pena bem mais branda – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa –, a qual será aplicada em dobro se a inovação se destinar a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado.

16.2. Bem jurídico tutelado.

À semelhança da figura prevista no inciso I do §1º do art. 16 da Lei n. 10.826/03, também estamos diante de crime pluriofensivo: diretamente, tutela-se a segurança e a paz públicas; de maneira mediata, e mormente quanto à segunda figura delituosa, também se busca resguardar a administração da Justiça.

16.3. Sujeitos do crime.

Qualquer pessoa pode praticar as duas figuras delituosas previstas no inciso II. Funciona, pois, como crime comum. Admite-se o concurso de agentes, seja a título de coautoria, seja a título de participação.

Na primeira parte do tipo, o sujeito passivo é não apenas a coletividade, mas também o próprio Estado, que vê atingida sua política de controle e fiscalização dos armamentos. Na segunda parte, para além da coletividade, também se atenta contra interesse da Administração da Justiça, alvo da fraude perpetrada pelo agente.

16.4. Tipo objetivo.

A conduta incriminada é *modificar*, que consiste em mudar a forma, imprimir novo modo de ser. A conduta deve recair sobre as características da arma de fogo, como, por exemplo, calibre, funcionamento – automática, semiautomática e de repetição –, comprimento do cano, etc.

Na primeira conduta delituosa, esta modificação produzida pelo agente deve efetivamente tornar a arma equivalente àquela de uso proibido ou restrito. Perceba-se que o tipo penal faz uso da locução "*de forma* a torná-la", e não "*para fins* de torná-la", do que se conclui que se trata de um efetivo resultado integrante do tipo penal, cuja produção condiciona a própria consumação do tipo penal. Cuida-se, pois, nesse caso, de efetivo crime material.

Na segunda parte do inciso II, é necessário comprovar apenas que a modificação visava dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz, como, por exemplo, a adulteração da numeração de uma arma de fogo para dificultar eventual persecução penal, prejudicando o rastreamento de sua origem. Trata-se, por conseguinte, de crime formal.

16.5. Objeto material.

Quanto à primeira conduta incriminada – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente à arma de fogo de uso proibido ou restrito –, o objeto material é apenas a arma de fogo (o tipo não menciona munição nem acessório) de uso permitido. Não obstante o silêncio do tipo penal quanto à arma em questão, do que se poderia concluir que poderia ser de qualquer espécie (uso permitido, proibido ou restrito), como o próprio tipo penal faz menção à sua transformação em artefato de uso proibido ou restrito, é de se concluir que, na origem, tal arma seria de uso permitido. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém modifica as características de um revólver calibre 38, de uso permitido, para que este possa receber e disparar munição de calibre 357 Magnum (de uso restrito).

Em relação à segunda conduta incriminada, o objeto material pode ser qualquer espécie de arma de fogo, seja ela de uso permitido, seja ela de uso proibido ou restrito. De maneira semelhante à primeira parte do inciso II, a conduta deverá recair exclusivamente sobre arma de fogo, já que o tipo penal não faz menção à munição, nem tampouco aos acessórios.

16.6. Tipo subjetivo.

Ambas as condutas delituosas são punidas exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual).

Ao contrário de outros crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, para cuja tipificação basta o denominado *dolo genérico*, os crimes previstos no inciso II do §1º do art. 16 também demandam a presença de *dolo específico*: no primeiro caso, a conduta praticada pelo agente deve ter como objetivo tornar a arma de fogo equivalente à arma de fogo de uso proibido ou restrito; no segundo, o agente visa dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz. O dolo é, portanto, alternativo[337] e deve objetivar uma das finalidades específicas acima apontadas.

16.7. Consumação e tentativa.

Na primeira parte do tipo penal, o crime se consuma com a modificação da arma de fogo de uso permitido em de uso proibido ou restrito. Temos aí, portanto, um crime *material*.

Na segunda parte, o resultado almejado pelo agente com a modificação das características da arma de fogo – dificultar ou induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz – não precisa ocorrer para que o crime esteja consumado. Nesse caso, por se tratar de crime *formal* (ou *de consumação antecipada*), a modificação das características da arma de fogo é o quanto basta para a consumação do delito, desde que a conduta tenha sido perpetrada pelo agente com o objetivo de dificultar ou induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz.

Pelo menos em tese, a tentativa é possível, já que estamos diante de um crime plurissubsistente. Afinal, é possível que o agente seja surpreendido por ocasião da modificação das características da arma de fogo, sem que tenha ultimado seu desiderato.[338]

16.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 16, §1º, inciso II, do Estatuto do Desarmamento, pode ser classificado como **comum**, **de execução livre**, **comissivo**, **instantâneo**, **doloso, pluriofensivo, unissubjetivo, material** na primeira parte e **formal** na segunda.

16.9. Conflito aparente de normas.

Por força do princípio da especialidade, em se tratando de alteração de arma de fogo, o crime do art. 16, §1º, inciso II, da Lei n. 10.826/03 prevalece sobre o delito de fraude processual, previsto no art. 347, parágrafo único, do CP.

16.10. Concurso de crimes.

Pelo menos em tese, uma vez concluída a modificação de uma arma de fogo de uso permitido, tornando-a equivalente à arma de fogo de uso proibido ou restrito, ter-se-ia a prática de duas condutas: em um primeiro momento, aquela prevista na primeira parte do inciso II do §1º do art. 16; em um segundo momento, aquela prevista no *caput* do art. 16, visto que o agente estaria portando ou mantendo sob sua guarda arma de fogo de uso restrito. Nesse caso, indaga-se: deveria o agente responder por ambos os delitos? À evidência que não. A solução para tal hipótese assemelha-se à conduta do agente que falsifica um documento para depois usá-lo. De duas uma: ou o agente responde apenas pelo *falsum* (CP, arts. 297, 298 ou 299), considerando-se o uso mero exaurimento da conduta anterior; ou responde apenas pelo uso de documento falso (CP, art. 304), funcionando a falsificação como mero ato preparatório impunível.[339]

16.11. Natureza hedionda.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao art. 1º, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 8.072/90, incluído pela Lei n. 13.964/19.

> **Art. 16.** (...)
>
> **Pena** – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> **§1º.** Nas mesmas penas incorre quem: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)
>
> (...)
>
> **III** – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
>
> (...)

17. POSSE ILEGAL DE ARTEFATO EXPLOSIVO OU INCENDIÁRIO.

Fugindo à sistemática adotada pela Lei n. 10.826/03, cujas condutas recaem basicamente sobre arma de fogo, acessório ou munição, ora de

337. Segundo Cleber Masson (op. cit. p. 304), "dolo alternativo é o que se verifica quando o agente deseja, indistintamente, um ou outro resultado. Sua intenção se destina, com igual intensidade, a produzir um entre vários resultados previstos como possíveis".

338. Em sentido contrário, não admitindo a tentativa: DELMANTO. Op. cit. p. 815.

339. Para Capez (op. cit. p. 133), a conduta do inciso II do §1º do art. 16 será absorvida por força do princípio da consunção, como meio necessário impunível.

uso permitido, ora de uso proibido ou restrito, o inciso III do §1º do art. 16 contempla objeto material completamente diverso, qual seja, *artefato explosivo ou incendiário.*

17.1. Direito intertemporal.

A conduta incriminada pelo art. 16, §1º, inciso III, da Lei n. 10.826/03, encontrava subsunção no art. 10, §3º, III, da revogada Lei n. 9.437/97 ("possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização"), cujo preceito secundário, todavia, contemplava pena inferior (reclusão, de dois a quatro anos, e multa). Logo, por funcionar como *novatio legis in pejus*, o novo *quantum* de pena cominado à posse ilegal de artefato explosivo ou incendiário só poderá ser aplicado aos crimes cometidos após a vigência da Lei n. 10.826/03.

Discute-se na doutrina se o crime do art. 253 do CP ("Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação") teria sido parcialmente revogado pelo crime do art. 16, §1º, inciso III, do Estatuto do Desarmamento. Prevalece, quanto à controvérsia, o entendimento de que a antiga Lei de Armas já o havia derrogado, constando da nova Lei tão somente a repetição do dispositivo. Discorrendo sobre o assunto à luz da lei revogada (art. 10, §3º, III), Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira observam que "o que o legislador fez, logo se perceberá, foi incrementar a pena de algumas condutas que já estavam tipificadas no art. 253 do CP, que incrimina a fabricação, o fornecimento, a aquisição, a posse ou o transporte, sem licença da autoridade, de: a) substância explosiva; b) engenho explosivo; c) gás tóxico ou asfixiante; d) material destinado a sua fabricação. (...) É importante observar que o tipo penal em questão distingue a 'substância' (líquida ou gasosa: tolueno, trotil, TNT, gases) do 'engenho' explosivo. Engenho explosivo é a mesma coisa que artefato explosivo. Logo, essa parte típica do art. 253 tem agora novo regime jurídico (pena maior). (...) Fabricar e possuir são verbos que estão tanto nesse artigo como no inc. III ora analisado. De outro lado, quem fornece ou transporta artefato explosivo é porque tem a posse. Por último, quem o adquire acaba tendo a detenção ou posse da substância. Em suma, no que se relaciona com os artefatos ('engenhos') explosivos, o art. 253 foi derrogado. Seu âmbito de incidência residual versa sobre substâncias explosivas, gás tóxico ou asfixiante ou material destinado à fabricação de artefatos explosivos".[340]

17.2. Bem jurídico tutelado.

É a segurança e a paz públicas.

17.3. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, ainda que não seja o proprietário do artefato explosivo ou incendiário.

Primariamente, o sujeito passivo é a coletividade, que sofre com o risco de explosões e incêndios. Secundariamente, o Estado, notadamente a União, em sua política de controle de explosivos e materiais incendiários.

17.4. Tipo objetivo.

São 4 (quatro) os verbos núcleos do tipo: possuir, deter, fabricar e empregar. As condutas de *possuir, deter* e *empregar* já foram objeto de análise nos comentários aos arts. 12 e 14, para onde remetemos o leitor. O verbo *fabricar* deve ser compreendido como sinônimo de manufaturar, produzir algo a partir de determinadas matérias primas.

17.4.1. Norma penal em branco: sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O crime do art. 16, §1º, inciso III, da Lei n. 10.826/03, somente restará caracterizado se as condutas forem praticadas *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.* Portanto, havendo autorização para a posse, detenção, fabricação ou emprego de tais artefatos, como geralmente ocorre com pedreiras e obras pesadas de engenharia (v.g., construção de túneis), a conduta será atípica.

17.5. Objeto material.

São dois os objetos materiais do crime sob comento:

a) **artefato explosivo:** de acordo com o anexo III do Decreto n. 10.030/19, explosivo é o "tipo de matéria que, quando iniciada, sofre decomposição muito rápida, com grande liberação de calor e desenvolvimento súbito de pressão". O mesmo anexo conceitua explosivos de ruptura ou altos explosivos como aqueles "destinados à produção de um trabalho de destruição pela ação da força

340. Op. cit. p. 195.

viva dos gases e da onda de choque produzidos em sua transformação" e explosivos primários ou iniciadores como aqueles "que se destinam a provocar a transformação (iniciação) de outros explosivos menos sensíveis. Decompõem-se, unicamente, pela detonação e o impulso inicial exigido é a chama (calor) ou choque". A título de exemplo, podemos citar a granada, a dinamite, o morteiro ou qualquer espécie de 'bomba caseira' capaz de gerar explosão. Para o STJ, *explosivo* é, em sentido amplo, um material extremamente instável, que pode se decompor rapidamente, formando produtos estáveis. Esse processo é denominado de *explosão* e é acompanhado por uma intensa liberação de energia, que pode ser feita sob diversas formas e gera uma considerável destruição decorrente da liberação dessa energia. No entanto, não será considerado explosivo o artefato que, embora ativado por explosivo, não projete e nem disperse fragmentos perigosos como metal, vidro ou plástico quebradiço, não possuindo, portanto, considerável potencial de destruição. Logo, não se pode rotular como *artefato explosivo* uma granada de gás lacrimogêno, nem tampouco outra de gás de pimenta. Em tais casos, por mais que o exame pericial ateste a eficácia e a potencialidade lesiva, e ainda que tais artefatos sejam ativados por explosivo, a explosão decorrente da sua decomposição não é capaz de gerar destruição resultante da liberação de energia, apenas o incômodo gerado pelo gás toxico. Enfim, para a adequação típica do delito em questão, exige-se que o objeto material do delito, qual seja, o artefato explosivo, seja capaz de gerar alguma destruição, não podendo ser tipificado neste crime a posse de granada de gás lacrimogêneo/pimenta, embora não fique impedido o enquadramento desta conduta em outra figura típica;[341]

b) artefato incendiário: pode ser compreendido como qualquer mecanismo que, através de combustão, tenha aptidão para provocar incêndio, como, por exemplo, um 'coquetel molotov'. Não se pode confundir o artefato incendiário, objeto material do crime do inciso III do §1º do art. 16, com eventual substância inflamável utilizada como um de seus componentes. Logo, o álcool, o diesel e a gasolina, isoladamente considerados, não constituem objeto material do crime.

17.6. Tipo subjetivo.

O crime é doloso, não havendo previsão de qualquer especial fim de agir. Não se admite a punição a título de culpa.

17.7. Consumação e tentativa.

O momento consumativo está condicionado ao verbo núcleo do tipo, conforme exposto nos comentários aos arts. 12 e 14. Especificamente quanto ao verbo *fabricar*, o crime estará consumado no momento em que a manufatura do artefato estiver completa. Pelo menos em tese, admite-se a tentativa, já que se trata de crime plurissubsistente.

17.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 16, §1º, inciso III, da Lei n. 10.826/03 pode ser classificado da seguinte forma: a) **comum**; b) **de mera conduta,** quanto aos verbos *possuir, deter* e *empregar*, mas **material** quanto ao verbo *fabricar*; c) **instantâneo**, nas condutas de *fabricar* e *empregar*, mas permanente nas demais (*deter* e *possuir*); d) **de perigo abstrato**; e) **doloso**; f) **comissivo**; g) **de forma livre**; e h) **unissubjetivo**; i) **plurissubsistente**.

17.9. Conflito aparente de normas.

O crime de terrorismo funciona como norma especial em relação ao crime de posse ilegal de artefato ou incendiário previsto no art. 16, §1º, III, da Lei n. 10.826/03. De fato, dentre os atos de terrorismo listados pela Lei n. 13.260/16, encontra-se o de "usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, *portar ou trazer consigo explosivos*, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa" (art. 2º, §1º, I). Ocorre que o crime de terrorismo só estará configurado se esse ato de terrorismo for praticado por um ou mais indivíduos por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, e desde que cometido com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. Por consequência, ausente esse especial motivo de agir ou esse especial fim de agir, ou, ainda, quando não restar evidenciado o perigo concreto, verdadeiras elementares do crime de terrorismo (art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16), subsiste o crime do art. 16, §1º, inciso III, da Lei de Armas, como verdadeiro soldado de reserva.[342]

Noutro giro, na eventualidade de uma explosão ou um incêndio serem provocados por inconformismo político ou para a obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas, restará caracterizado

341. Nesse sentido, confira-se: STJ, 6ª Turma, REsp 1.627.028/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/02/2017, DJe 03/03/2017.

342. Para mais detalhes acerca do crime de terrorismo, remetemos o leitor aos comentários à Lei n. 13.260/16.

o delito do art. 20 da Lei de Segurança Nacional. Nesse caso, é indispensável a presença de motivação política (Lei n. 7.170/83, arts. 1º e 2º).

17.10. Concurso de crimes.

Levando-se em consideração a diversidade do objeto material, parece-nos perfeitamente possível que a presente infração seja praticada em concurso de crimes com outros delitos previstos no Estatuto do Desarmamento. A título de exemplo, se alguém for flagrado trazendo consigo no meio da rua um artefato explosivo (v.g., bomba caseira) e um revólver calibre .38, deverá responder pelo crime do art. 16, §1º, inciso III, em concurso formal impróprio com o do art. 14, ambos da Lei n. 10.826/03.

Noutro giro, se do emprego do artefato explosivo ou incendiário resultar um incêndio ou explosão, os crimes dos arts. 250 (incêndio)[343] e 251 (explosão)[344] do Código Penal terão o condão de absorver o delito do art. 16, §1º, III, do Estatuto do Desarmamento. Isso porque, à luz do princípio da consunção (ou da absorção),[345] o fato de maior entidade consome ou absorve o de menor graduação (*lex consumens derrogat lex consumptae*). Ora, se os delitos de incêndio e explosão previstos no Código Penal são espécies de *crimes de perigo concreto*, é de rigor concluir que terão o condão de absorver eventual crime-meio que funcionar como fase normal de sua execução, sobremaneira quando este, *in casu*, o delito do art. 16, §1º, inciso III, da Lei de Armas, funcionar como espécie de *crime de perigo abstrato*. Ter-se-á, em tal hipótese, verdadeira espécie de *crime progressivo*. Afinal, para alcançar um resultado mais gravoso, leia-se, o perigo concreto previsto nos tipos penais de incêndio e explosão, o agente necessariamente terá que passar por um crime de menor entidade, nesse caso, o crime de posse ilegal de artefato explosivo ou incendiário. Logo, por força do princípio da consunção, o agente responderá por apenas um crime, pois o delito mais grave absorve o menor, denominado de *crime de passagem*. Caso não haja perigo concreto para a vida ou o patrimônio alheio, o agente deverá responder pelo crime do art. 16, §1º, inciso III, da Lei n. 10.826/03, não se admitindo, em qualquer hipótese, o concurso de delitos.[346]

17.11. Natureza hedionda.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao art. 1º, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 8.072/90.

> **Art. 16.** (...)
>
> **Pena** – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> **§1º.** Nas mesmas penas incorre quem:
>
> (...)
>
> **IV** – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;
>
> (...)

18. POSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO, MARCA OU SINAL DE IDENTIFICAÇÃO RASPADO, SUPRIMIDO OU ADULTERADO.

Enquanto o crime do inciso I do §1º do art. 16 da Lei n. 10.826/03 incrimina a conduta daquele que suprime ou altera marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato, a figura delituosa do inciso IV abarca a conduta daquele que circula com seus sinais de identificação já adulterados. Cuida-se, portanto, de modalidade delituosa mais comum que aquela, porquanto nem sempre é possível comprovar quem teria sido o autor da referida adulteração.

18.1. (Im) possibilidade de aplicação do art. 30 ao crime do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03.

Consultar comentários ao art. 30 da Lei n. 10.826/03.

18.2. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se diretamente a segurança e a paz públicas, à semelhança dos demais crimes previstos no Estatuto do Desarmamento. De maneira indireta, também se busca resguardar a fiscalização e o controle das armas de fogo no país. Deveras, não se pode descartar o interesse da Administração

343. Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

344. Art. 251. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

345. GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal, vol. 2, parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

346. No mesmo contexto: GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William terra de. Op. cit. p. 197.

Pública em identificar e controlar a circulação das armas de fogo, o que é sobremaneira prejudicado pela livre circulação de armas de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. Cuida-se, pois, de crime pluriofensivo.

18.3. Sujeitos do crime.

Funciona como espécie de crime comum, porquanto não se exige qualquer qualidade especial do sujeito ativo. Revela-se possível o concurso de agentes, seja na forma de coautoria, seja na forma de participação. O sujeito passivo, mais uma vez é a coletividade. Secundariamente, também se pode apontar como vítima o próprio Estado, haja vista a evidente lesão que é causada a sua política de controle e fiscalização dos armamentos no país.

18.4. Tipo objetivo.

São 5 (cinco) os verbos núcleos do inciso IV do parágrafo único do art. 16 da Lei n. 10.826/03: a) portar; b) possuir; c) adquirir; d) transportar; e) fornecer. Essas condutas foram objeto de análise nos comentários aos arts. 12 (possuir) e 14 (portar, adquirir, transportar e fornecer), para onde remetemos o leitor.

18.5. Objeto material.

O inciso IV do §1º do art. 16 não faz qualquer referência à espécie de arma de fogo. Por consequência, é de se concluir que a natureza da arma não tem qualquer relevância para fins de caracterização do crime, que abrange tanto os artefatos *de uso permitido*, quanto aqueles *de uso restrito*[347] ou proibido, sendo que, neste último caso, o agente deverá responder pela figura prevista no art. 16, §2º, do Estatuto do Desarmamento, incluído pela Lei n. 13.964/19.

Para fins de tipificação desse crime, não basta o porte, a posse, a aquisição, o transporte ou o fornecimento de arma de fogo de uso permitido, proibido ou restrito. Para além disso, esse objeto deve estar com a numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado.

O conceito de *marca* e *numeração* foi objeto de análise nos comentários ao inciso I do §1º do art. 16. O legislador faz uso mais uma vez da interpretação analógica ao fazer referência a *qualquer outro sinal de identificação*. Esses sinais de identificação da arma de fogo devem estar raspados, suprimidos ou adulterados.

Suprimir consiste em eliminar, destruir, fazer com que desapareçam os sinais que identificam a arma. *Adulterar*, por sua vez, consiste em mudar, transformar, modificar as características da arma de fogo, alterando, por exemplo, a ordem de numeração do artefato. *Raspar*, de seu turno, nada mais é do que uma forma de supressão, funcionando como uma forma de eliminação dos sinais de identificação da arma (v.g., emprego de ácido sulfúrico para suprimir a numeração da arma).

À semelhança do que ocorre com o crime previsto no inciso I do §1º do art. 16, a figura delituosa do inciso IV ora em análise restará tipificada tão somente quando houver a possibilidade de o agente portar arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. Logo, se a arma em questão não for dotada de qualquer sinal de identificação desde a sua origem, como ocorre, por exemplo, com armas de fabricação caseira, que não são dotadas, por exemplo, de um número de série de fábrica, a conduta do agente não irá se subsumir a nenhuma dessas figuras delituosas, subsistindo, todavia, a possibilidade de configuração dos crimes dos arts. 12, 14 ou 16, a depender da conduta e do fato de a arma artesanal produzida ser de calibre permitido, proibido ou restrito.[348]

18.6. Tipo subjetivo.

É o dolo, direto ou eventual, consistente na vontade livre e consciente de portar a arma de fogo tendo conhecimento de que tal artefato se encontra com sinal de identificação adulterado. Não se exige dolo específico e não se admite a modalidade culposa.

18.7. Consumação e tentativa.

Algumas condutas são de consumação instantânea, como, por exemplo, *fornecer* e *adquirir*. Outras, todavia, são de consumação permanente – portar, possuir e transportar –, protraindo-se no tempo e viabilizando o estado de flagrância (CPP, art. 303).

Pelo menos em tese, a tentativa é possível, já que se trata de crime plurissubsistente. Basta

347. Para o STJ, a conduta de possuir, portar, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo, *seja de uso permitido, restrito ou proibido*, com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, implica a condenação pelo crime estabelecido no art. 16, parágrafo único, IV, do Estatuto do Desarmamento. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 754.716/PR, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 12/12/2017, DJe 19/12/2017; STJ, 6ª Turma, HC 179.502/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 16/02/2016, DJe 25/02/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.464.773/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11/11/2014, DJe 01/12/2014; STJ, 6ª Turma, HC 174.881/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28/05/2013, DJe 10/06/2013; STJ, 5ª Turma, HC 233.436/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/12/2012, DJe 11/12/2012.

348. Com entendimento semelhante: CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. Op. cit. p. 127.

pensar em alguém que é flagrado pela polícia ao tentar adquirir uma arma de fogo, sabendo, desde as tratativas iniciais, que referido artefato estaria com sua numeração raspada. Revela-se, todavia, de difícil constatação na prática, sobretudo porque a tentativa de algumas condutas já constitui a consumação de outro núcleo do tipo. A título de exemplo, se alguém for flagrado tentando transportar arma de fogo raspada, é bem provável que o agente já tivesse consumado o crime quanto ao verbo *possuir, portar,* etc.

18.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 16, §1º, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, pode ser classificado da seguinte forma: a) **comum**; b) **de execução livre**; c) **comissivo**; d) **instantâneo** nas condutas *adquirir* e *fornecer*, porém **permanente** quanto aos verbos *portar, possuir* e *transportar;* e) **de perigo abstrato**; f) **doloso**; g) **de mera conduta**; h) **unissubjetivo**; i) **plurissubsistente**.

18.9. Concurso de crimes.

Na eventualidade de o agente responsável pela adulteração dos sinais de identificação da arma de fogo também ser flagrado portando o artefato, não há falar em concurso de crimes.

18.10. Natureza hedionda.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao art. 1º, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 8.072/90, incluído pelo Pacote Anticrime.

> **Art. 16.** (...)
>
> **Pena** – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> **§1º.** Nas mesmas penas incorre quem: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)
>
> (...)
>
> **V** – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e
>
> (...)

19. VENDA, ENTREGA OU FORNECIMENTO DE ARMA DE FOGO, ACESSÓRIO, MUNIÇÃO OU EXPLOSIVO A CRIANÇA OU ADOLESCENTE.

No caso do inciso V do §1º do art. 16 da Lei n. 10.826/03, pune-se a conduta de *vender, entregar* ou *fornecer,* ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente. Como se percebe, o crime em questão assemelha-se ao do art. 14 do Estatuto do Desarmamento, diferenciando-se, todavia, quanto às pessoas que recebem os artefatos (criança ou adolescente).

19.1. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se diretamente a segurança e a paz públicas. De maneira indireta, também se busca tutelar a vida e a integridade física de crianças e adolescentes. Cuida-se, pois, de crime pluriofensivo.

19.2. Sujeitos do crime.

Funciona como crime comum, já que o tipo penal não exige qualquer qualidade especial do sujeito ativo. À semelhança dos demais crimes, admite-se o concurso de agentes, quer na modalidade de coautoria, quer na modalidade de participação. Na eventualidade de o crime ser praticado por integrantes dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º do Estatuto do Desarmamento, a pena deverá ser aumentada da metade (Lei n. 10.826/03, art. 20).

O sujeito passivo, primariamente, é a coletividade. Secundariamente, as crianças e adolescentes que tiveram acesso à arma de fogo, acessório, munição ou explosivo. O conceito de *criança* e de *adolescente* pode ser extraído do Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo o art. 2º da Lei nº 8.069/90, considera-se *criança* a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e *adolescente* aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

19.3. Tipo objetivo.

São 3 (três) os verbos núcleos do tipo penal:

a) vender: consiste em alienar algo por preço determinado;

b) entregar: representa a tradição de alguma coisa, a transferência de domínio sem que se pressuponha uma contraprestação financeira, que pode (ou não) ter ocorrido. Em suma, por meio de uma entrega, faz-se chegar às mãos de outra pessoa um determinado objeto;

c) fornecer: significa prover, entregar, suprir uma necessidade, abastecer, seja de maneira onerosa, seja de maneira gratuita, distinguindo-se da conduta de *entregar* por trazer ínsita a ideia de continuidade no tempo, ou seja, de uma tradição contínua durante certo período para o fim de abastecimento ou provisão.

Nenhuma dessas três condutas pode ser praticada no exercício de atividade comercial ou industrial, sob pena de configuração do crime do art. 17 do Estatuto do Desarmamento, ao qual, aliás, é cominada pena bem mais severa, sobretudo após a entrada em vigor do Pacote Anticrime (reclusão, de 6 a 12 anos, e multa).

19.4. Objeto material.

O objeto material do inciso V é a *arma de fogo, acessório, munição* ou *explosivo*. Não há qualquer referência à espécie de arma de fogo ou munição. Por consequência, a natureza de tais artefatos não tem qualquer relevância para fins de caracterização do crime, que abrange tanto aqueles *de uso permitido*, quanto aqueles *de uso restrito ou proibido*. O conceito de *explosivo* foi objeto de análise nos comentários ao inciso III do §1º do art. 16, para onde remetemos o leitor.

19.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual). Cuida-se do denominado dolo genérico. De modo a se evitar indevida responsabilização penal objetiva, é indispensável que o sujeito ativo tenha consciência de que a venda, entrega ou fornecimento se dá para criança ou adolescente. Logo, eventual erro quanto à idade da criança ou do adolescente afasta a tipificação desse crime, respondendo o agente pelos crimes dos arts. 14 ou 16, a depender do objeto material. Não se admite a modalidade culposa, que pode caracterizar o delito previsto no art. 13, *caput*, do Estatuto do Desarmamento.

19.6. Consumação e tentativa.

O crime se consuma com a venda, entrega ou fornecimento da arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente, independentemente de qualquer resultado lesivo ao menor (morte ou ofensa à integridade corporal). Por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa.

19.7. Classificação doutrinária.

É crime **comum, de mera conduta, de perigo abstrato, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo** e **plurissubsistente**.

19.8. Natureza hedionda.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários à Lei dos Crimes Hediondos.

19.9. Derrogação do art. 242 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Eis a redação do art. 242 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): "Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, arma, munição ou explosivo". Levando-se em consideração que o Estatuto do Desarmamento é norma posterior ao ECA, é de rigor concluir que o art. 242 fora derrogado, então, pelo crime do art. 16, §1º, inciso V, do Estatuto do Desarmamento, inclusive com base no princípio da especialidade. O art. 242 do ECA continua sendo aplicável, todavia, quando se tratar da conduta de vender, fornecer ou entregar a crianças ou adolescentes *armas brancas*, que não sejam de fogo.

> **Art. 16.** (...)
>
> **Pena** – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> **§1º.** Nas mesmas penas incorre quem: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)
>
> (...)
>
> **VI** – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

20. PRODUÇÃO, RECARREGAMENTO, RECICLAGEM ILEGAL OU ADULTERAÇÃO DE MUNIÇÃO OU EXPLOSIVO.

Com o uso da rede mundial de computadores, é relativamente fácil fabricar munição ou explosivo, desde que o agente tenha acesso a determinados instrumentos e ferramentas. Daí a preocupação do legislador em coibir tal prática. Afinal, para a produção, recarregamento ou reciclagem de munição e explosivo, há necessidade de autorização legal.

20.1. Bem jurídico tutelado.

É a segurança e a paz públicas.

20.2. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Admite-se o concurso de agentes (coautoria e participação). O sujeito passivo é a coletividade.

20.3. Tipo objetivo.

São 4 (quatro) os verbos núcleos do tipo penal: **a) produzir:** consiste em criar, gerar; **b) recarregar:** pôr carga novamente em algo; **c) reciclar:** consiste

em atualizar algo para obter melhor rendimento; **d) adulterar:** modificar.

Uma vez mais, estamos diante de uma norma penal em branco, consubstanciada pelo emprego da expressão *sem autorização legal*. De maneira diversa ao que ocorre em outros tipos penais previstos na Lei n. 10.826/03, não há qualquer menção à autorização regulamentar. Isso deixa claro que o complemento do preceito primário do tipo deve ser realizado obrigatoriamente por *Lei*, o que significa dizer que estamos diante de uma norma penal em branco homogênea. Nas três primeiras modalidades (produzir, recarregar ou reciclar), o crime estará consumado tão somente se não houver autorização legal. No tocante à quarta conduta – adulterar –, naturalmente jamais poderia haver autorização legal, daí por que não há qualquer referência a ela no tipo penal.

À semelhança de outros crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, cuida-se de *tipo penal misto alternativo*. Por consequência, a prática de mais de uma conduta em um mesmo contexto fático faz com que o agente responda por crime único. Assim, se o agente produzir determinado explosivo e, na sequência, promover a sua reciclagem, sempre sem autorização legal, responderá por um único delito, a despeito de ter praticado duas condutas.

20.4. Objeto material.

O objeto material do crime do inciso VI do §1º do art. 16 da Lei de Armas é a *munição* (vide comentários ao art. 12) ou o *explosivo* (vide comentários ao art. 16, §1º, III). Não abrange, portanto, *arma de fogo*, nem tampouco *acessório*.

20.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual). Trata-se do denominado dolo genérico. Não se exige dolo específico e não se admite a modalidade culposa.

20.6. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito com a completa produção, recarregamento, reciclagem ou adulteração da munição ou do explosivo. Por se tratar de crime plurissubsistente, a tentativa é possível, pelo menos em tese.

20.7. Concurso de crimes.

Consultar comentários aos incisos anteriores.

20.8. Classificação doutrinária.

Podemos classificar o crime do inciso VI do §1º do art. 16 como **comum, de perigo abstrato, de execução livre, comissivo, instantâneo, doloso, de mera conduta, unissubjetivo** e **plurissubsistente.**

20.9. Natureza hedionda.

Remetemos o leitor aos comentários à Lei n. 8.072/90.

> **Art. 16.** (...)
>
> **Pena** – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> **§1º.** (...)
>
> **§2º.** Se as condutas descritas no caput e no §1º deste artigo envolverem arma de fogo de uso proibido, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

21. PORTE OU POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PROIBIDO.

Como exposto anteriormente, na redação original do Estatuto do Desarmamento dispensava-se à posse (ou porte) ilegal de arma de fogo (acessório ou munição) de *uso restrito* a mesma sanção penal cominada à posse (ou porte) ilegal de arma de fogo (acessório ou munição) de *uso proibido*, já que ambas as condutas eram incriminadas pelo mesmo tipo penal, qual seja, o *caput* do art. 16 da Lei n. 10.826/03.

Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime, o legislador houve por bem suprimir do *caput* do art. 16 qualquer menção à arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido, deslocando todas as condutas – as do *caput* e as do §1º – para o §2º, *in verbis:* "Se as condutas descritas no *caput* e no §1º deste artigo envolverem arma de fogo de *uso proibido*, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. O Decreto n. 9.847/19 define arma de fogo de uso proibido em seu art. 2º, inciso III, nos seguintes termos: "III – arma de fogo de uso proibido: a) as armas de fogo classificadas de uso proibido em acordos e tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; ou b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos".

Importantíssimo registrar que o §2º do art. 16, aparentemente olvidando-se que as condutas previstas no *caput* e no §1º (incisos V e VI) do mesmo dispositivo legal abrangem não apenas armas

de fogo, mas também *acessórios e munição*, fez menção explícita apenas às *armas de fogo* de uso proibido. Destarte, na eventualidade de se tratar de posse ou porte de acessório ou de munição de uso proibido,[349] não nos parece possível tipificar tal conduta no art. 16, §2º, da Lei n. 10.826/03, sob pena de indevida analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade. De fato, fosse essa a intenção do legislador, o §2º do art. 16 deveria ter sido redigido nos seguintes termos: "Se as condutas descritas no *caput* e no §1º deste artigo envolverem arma de fogo, *acessório ou munição* de uso proibido, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos". Ante o vazio legislativo em relação ao acessório ou munição de uso proibido, e sem embargo de o *caput* do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, com redação determinada pelo Pacote Anticrime, fazer referência apenas aos artefatos de uso restrito, queremos crer que tais condutas deverão ser tipificadas nesta figura do *caput*, fazendo-se, *in casu*, verdadeira analogia, porém *in bonam partem*.

22. NATUREZA HEDIONDA.

Trata-se, o crime do art. 16, §2º, do Estatuto do Desarmamento, de crime hediondo, haja vista o quanto disposto no inciso II do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.072/90, incluído pelo Pacote Anticrime. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor aos comentários à Lei dos Crimes Hediondos.

Comércio ilegal de arma de fogo

Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

§1º. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

§2º. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

23. COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO.

O Estatuto do Desarmamento, e os diversos Decretos que o regulamentam, contemplam diversas regras a respeito do comércio de armas de fogo, acessórios e munições. De modo a torná-las imperativas, o art. 17 pune severamente a desobediência a esses preceitos legais e regulamentares, atingindo não apenas o comerciante legalmente constituído, mas também o comércio informal, vez por outra realizado na própria casa do agente.

Na redação anterior ao Pacote Anticrime, cominava-se ao delito do art. 17 uma pena de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, a pena do referido delito sofreu um sensível aumento, passando a ser de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa. Trata-se, à evidência, de *novatio legis in pejus*, a ser aplicada, portanto, aos crimes cometidos exclusivamente após a vigência do Pacote Anticrime (23/01/2020). O Pacote Anticrime também conferiu natureza hedionda ao referido delito. O tema foi objeto de análise nos comentários ao art. 1º, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 8.072/90, incluído pela Lei n. 13.964/19, para onde remetemos o leitor.

23.1. *Abolitio criminis* temporária.

O delito de comércio ilegal de arma de fogo, acessório ou munição, tipificado no art. 17, *caput* e §1º, da Lei de Armas, nunca foi abrangido pela *abolitio criminis* temporária prevista nos arts. 5º, §3º, e 30 da Lei de Armas ou nos sucessivos diplomas legais que prorrogaram os prazos previstos nesses dispositivos.[350]

23.2. Bem jurídico tutelado.

À semelhança das demais figuras delituosas constantes do Estatuto do Desarmamento, tutela-se

349. De acordo com o art. 2º, inciso V, do Decreto n. 9.847/19, considera-se munição de uso proibido "as munições que sejam assim definidas em acordo ou tratado internacional de que a República Federativa do Brasil seja signatária e as munições incendiárias ou químicas".

350. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.692.637/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08/05/2018, DJe 16/05/2018; STJ, 6ª Turma, HC 145.041/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 02/08/2011, DJe 22/08/2011; STJ, 6ª Turma, HC 167.653/MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE – j. 07/04/2011, DJe 16/05/2011.

a segurança pública e a paz social. Prevalece, mais uma vez, o entendimento de que se trata de crime de perigo abstrato.[351]

23.3. Sujeitos do crime.

Cuida-se de crime próprio, que só pode ser cometido pelo agente que estiver no exercício de atividade comercial ou industrial, ainda que de maneira informal, não raramente realizado em sua própria residência. É nesse sentido, aliás, o disposto no art. 17, §1º: "Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência". Logo, se o agente não se encontra no exercício de atividade comercial ou industrial, como ocorre, por exemplo, quando alguém vende uma arma de fogo que ganhou de alguém, deverá responder pelo crime do art. 14, se de uso permitido o objeto, ou pelo delito do art. 16, se de uso restrito.

Mais uma vez, o sujeito passivo é a coletividade.

23.4. Tipo objetivo.

São 14 (quatorze) condutas incriminadas no art. 17, *caput*, da Lei n. 10.826/03: **a) adquirir:** entrar na posse da coisa, ter a sua disponibilidade por meio de compra ou troca; **b) alugar:** consiste na cessão de algo por período determinado mediante o pagamento de um valor; **c) receber:** obter, entrar na posse de algo, seja de maneira onerosa ou gratuita, seja na condição de possuidor ou proprietário; **d) transportar:** levar o objeto material de um lugar para outro, mas sem a intenção de uso; **e) conduzir:** portar, trazer consigo; **f) ocultar:** esconder; **g) ter em depósito:** guardar, conservar ou manter sob sua disposição ou sob seus cuidados; **h) desmontar:** separar as partes do objeto material, desfazê-lo; **i) montar:** unir as peças do objeto material, refazê-lo; **j) remontar:** consiste em tomar as partes desmontadas do objeto e uni-las novamente, fazendo-o retornar ao estado funcional original; **K) adulterar:** consiste em modificar; **l) vender:** alienar algo por preço determinado; **m) expor à venda:** exibir algo com o intuito de atrair compradores, apresentando o objeto material com o objetivo de aliená-lo; **n) utilizar:** fazer uso de alguma coisa, punindo-se, no caso do art. 17, apenas a utilização na própria atividade comercial ou industrial. A *utilização* a que se refere o art. 17 não inclui o seu disparo, que tem o condão de tipificar o crime do art. 15 da Lei de Armas.

23.4.1. Habitualidade do crime.

Pelo fato de o art. 17 do Estatuto fazer referência ao *exercício de atividade comercial ou industrial,* há controvérsias na doutrina acerca de sua natureza. Vejamos as duas correntes quanto à controvérsia:

a) **crime habitual**: é nesse sentido a lição de Gustavo Junqueira. Segundo o autor, "é necessária alguma habitualidade, não incidindo no presente artigo aquele que vende apenas uma arma, acessório ou munição. Se o tipo buscasse alcançar toda venda, não haveria necessidade da fórmula 'no exercício de atividade comercial ou industrial'. Se não houver habitualidade, poderá incidir no art. 14 ou 16 da presente lei, dependendo da natureza da arma";[352]

b) crime instantâneo: prevalece o entendimento de que não se trata de crime habitual. A habitualidade que se faz necessária diz respeito apenas ao *exercício de atividade comercial ou industrial,* não havendo qualquer referência à necessidade de reiteração de um dos 14 (quatorze) núcleos do tipo penal. Em outras palavras, a conduta de *adquirir,* por exemplo, se concretiza de maneira instantânea, porém é exigível uma conduta anterior, esta sim habitual, que é fazer desse tipo de comércio ilegal um meio de vida, com finalidade de lucro e certa estabilidade. Assim, se determinado agente adquirir grande quantidade de armas de fogo com a intenção de dar início ao comércio de tais artefatos de maneira regular e auferir lucro, esta única conduta já será suficiente para a caracterização do crime do art. 17. Como observa Nucci, "a inserção no tipo penal da expressão *no exercício,* referindo-se a comércio ou indústria, demonstra não ser viável enquadrar-se neste crime qualquer pessoa que, *eventualmente,* receba, venda ou compre uma arma de fogo. Afinal, exige-se a conduta habitual de *exercitar o comércio* (compra e venda ou locação) ou a indústria (fabricação, com montagem, desmontagem, etc.) como condição. Quem

351. Para o STJ, o crime de comércio ilegal de arma de fogo, acessório ou munição (art. 17 da Lei n. 10.826/03) é delito de tipo misto alternativo e de perigo abstrato, bastando para sua caracterização a prática de um dos núcleos do tipo penal, sendo prescindível a demonstração de lesão ou de perigo concreto ao bem jurídico tutelado, que é a incolumidade pública. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.692.637/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08/05/2018, DJe 16/05/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 810.590/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/08/2016, DJe 24/08/2016; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 008.761/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/09/2013, DJe 25/09/2013; STJ, 5ª Turma, HC 147.866/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21/09/2010, DJe 18/10/2010.

352. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial.* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 782.

pratica qualquer dos verbos desse tipo em atividade comercial ou industrial de caráter eventual, deve ser inserido em outra figura desta Lei. Não se exige, no entanto, para a concretização do delito, a habitualidade das condutas descritas no art. 17, pois é um crime instantâneo ou permanente de habitualidade preexistente".[353]

23.4.2. Norma penal em branco: sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

As condutas acima descritas devem ser praticadas *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.* O complemento dessa norma penal em branco é dado, grosso modo, pelo art. 10 do Decreto n. 9.847/19, que dispõe que os estabelecimentos que comercializarem armas de fogo, munições e acessórios ficam obrigados a comunicar, mensalmente, à Polícia Federal ou ao Comando do Exército, conforme o caso, as vendas que efetuarem e a quantidade de mercadorias disponíveis em estoque".

Como o Código Penal adota a *teoria da atividade* em relação ao tempo do crime (CP, art. 4º), a existência dessa autorização ou a infringência à determinação legal ou regulamentar deve ser aferida à época da conduta, e não em um momento posterior. Por isso, a título de exemplo, conquanto o comerciante tenha a obrigação de comunicar mensalmente à Polícia Federal todas as vendas realizadas (Decreto n. 9.847/19, art. 10), o descumprimento desse dever não terá o condão de tipificar o crime do art. 17 do Estatuto, vez que esta obrigação surge, logicamente, tão somente depois da venda, ou seja, da conduta praticada pelo agente. Tal conduta deverá ser punida apenas no âmbito administrativo, com a cassação da autorização para o comércio em questão. Por outro lado, se o estabelecimento não for credenciado pela Polícia Federal para a venda do produto, o crime restará caracterizado pelo fato de a *venda* ter sido feita com absoluta concomitância à ausência de autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.[354]

23.5. Objeto material.

A conduta delituosa recai sobre *arma de fogo, acessório ou munição*, pouco importando se de uso permitido ou restrito. Na verdade, se se tratar de arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, aplica-se a causa de aumento de pena prevista no art. 19 da Lei de Armas.

O art. 17 não faz referência ao comércio ilegal de *explosivos*. Isso, todavia, não significa dizer que tal conduta será atípica. Em tais hipóteses, o juízo de tipicidade deve ser feito com base no art. 16, parágrafo único, inciso V, se a venda tiver como destinatário criança ou adolescente; ou à luz do art. 16, parágrafo único, inciso III, no caso de adultos.[355]

23.6. Tipo subjetivo.

A conduta culposa é atípica, pois o delito é punido exclusivamente a título doloso (direto ou eventual). A tipificação do delito demanda a presença do chamado dolo específico, consubstanciado na locução *em proveito próprio ou alheio*, entendendo-se como *proveito* qualquer tipo de vantagem visada pelo agente, econômica ou não, direta ou indireta.

23.7. Consumação e tentativa.

O momento consumativo varia de acordo com a conduta praticada pelo agente. Nos núcleos *transportar, conduzir, ocultar, alugar, ter em depósito* e *expor à venda*, estamos diante de crimes permanentes, cuja consumação se prolonga no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a execução a qualquer instante. Quanto às demais figuras do tipo penal, cuida-se de crime instantâneo, ou seja, que se consuma em um momento específico.

Por se tratar de crime plurissubsistente, a tentativa é possível, pelo menos em tese. Cuida-se, todavia, de hipótese bastante remota. Afinal, com a variedade de condutas previstas no art. 17, é bem provável que o início da execução de uma delas já se equipare à consumação de outra. A título de exemplo, a tentativa de *vender* já implica a consumação de outra conduta, como, por exemplo, *expor à venda*.

23.8. Classificação doutrinária.

O crime do art. 17 do Estatuto do Desarmamento pode ser classificado como **próprio**, **de mera conduta**, **de perigo abstrato**, **de forma livre**, **comissivo**, **instantâneo** nas modalidades *adquirir, receber, adulterar, vender, desmontar, montar, remontar* e *utilizar*, porém **permanente** nas formas *alugar, transportar, conduzir, ocultar,*

353. Op. cit. p. 67.

354. Com esse entendimento: JUNQUEIRA. Op. cit. p. 783.

355. Nesse sentido: SILVARES, Ricardo. Op. cit. p. 1.572.

ter em depósito e *expor à venda;*[356] **unissubjetivo; plurissubsistente.**

23.9. Concurso de crimes.

Os vários núcleos verbais constantes do art. 17 fazem do comércio ilegal de arma de fogo crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Assim, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz por ocasião da fixação da pena (art. 59, caput, do CP). Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

Na eventualidade de o agente adquirir uma arma de fogo que sabe ser produto de crime patrimonial anterior e, posteriormente, a vender no exercício de atividade comercial, responderá pelos crimes de receptação qualificada (CP, art. 180, §1º) e comércio ilegal de arma de fogo (Lei n. 10.826/03, art. 17), em concurso material (CP, art. 69). *In casu,* não nos parece possível a aplicação do princípio da consunção. A uma porque os bens jurídicos tutelados são diversos: naquele, o patrimônio; neste, a segurança pública e a paz social. Em segundo lugar porque estamos diante de condutas absolutamente diversas: num primeiro momento o agente adquire coisa que sabe ser produto de crime; num segundo momento, o agente vende aquela arma de fogo no exercício de atividade comercial ou industrial.[357]

23.10. Agente policial disfarçado.

Esta novel técnica especial de investigação foi introduzida pelo Pacote Anticrime não apenas nos arts. 17, §2º, e 18, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento, mas também no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas. Para mais detalhes acerca do assunto, consultar comentários a este último dispositivo.

Tráfico internacional de arma de fogo

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:

Pena – reclusão de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos, e multa. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

24. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO.

O Brasil ratificou Tratado visando combater o tráfico internacional de armas mediante o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, suas Peças e Componentes e Munições – complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional –, promulgado pelo Decreto n. 5.941, de 26 de outubro de 2006. O Brasil também é signatário da Convenção Interamericana contra a fabricação e o tráfico ilícitos de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos.[358]

Na redação anterior ao Pacote Anticrime, cominava-se ao delito do art. 18 uma pena de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, sua pena sofreu um sensível aumento, passando a ser de reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos, e multa. Trata-se, à evidência, de *novatio legis in pejus,* a ser aplicada, portanto, aos crimes cometidos exclusivamente após a vigência do Pacote Anticrime (23/01/2020). O Pacote Anticrime também conferiu natureza hedionda ao referido delito. O tema foi objeto de análise nos comentários ao art. 1º, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.072/90, incluído pela Lei n. 13.964/19, para onde remetemos o leitor.

24.1. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se a segurança pública e a paz social. Na visão dos Tribunais Superiores, também se trata, o crime do art. 18 da Lei de Armas, de crime de perigo abstrato ou de mera conduta.[359]

356. Segundo Nucci (op. cit. p. 68), "cuida-se de um delito instantâneo ou permanente de habitualidade preexistente, significando que a conduta de *adquirir,* por exemplo, se concretiza de maneira instantânea, mas é exigível uma conduta anterior, habitual, que é *exercer* atividade comercial ou industrial".

357. No mesmo sentido: CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. Op. cit. p. 138.

358. Decreto nº 3.229, de 29 de outubro de 1999. Promulga a Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos, concluída em Washington, em 14 de novembro de 1997. Decreto Legislativo nº 58, de 18 de agosto de 1999.

359. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.386.771/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 05/09/2017, DJe 13/09/2017; STJ, 5ª Turma, REsp 1.392.567/

24.2. Sujeitos do crime.

Cuida-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive por um funcionário público, já que não há qualquer referência à necessidade de a conduta ser praticada no exercício de atividade comercial ou industrial. Admite-se o concurso de agentes, seja na modalidade de coautoria, seja na modalidade de participação. Novamente, o sujeito passivo é a coletividade.

24.3. Tipo objetivo.

As condutas incriminadas são as seguintes:

a) importar: é proporcionar o ingresso de algo no território nacional, consumando-se no momento em que ocorre a entrada, no território brasileiro, seja por via aérea, terrestre ou marítima;

b) exportar: significa levar para fora do Brasil. Consuma-se com a saída do território nacional da arma de fogo, acessório ou munição;

c) favorecer a entrada ou saída do território nacional: consiste em colaborar, ajudar, permitir que um terceiro importe ou exporte algo. Esse favorecimento pode ser praticado tanto a título comissivo, quanto a título omissivo, desde que o sujeito ativo tenha, neste último caso, o dever jurídico de agir para evitar a entrada ou a saída do produto (CP, art. 13, §2º). A título de exemplo, suponha-se que um policial federal responsável pela fiscalização de determinada fronteira terrestre delibere por se omitir quanto ao seu dever de fiscalização, concorrendo, assim, dolosamente, para o ingresso das armas no território nacional.

Por território nacional deve-se entender todo o espaço em que o Brasil exerce sua soberania, que abrange: 1) os limites compreendidos pelas fronteiras nacionais; 2) o mar territorial brasileiro (faixa que compreende o espaço de 12 milhas contadas da faixa litorânea média – art. 1º da Lei n. 8.617/993); 3) todo o espaço aéreo subjacente ao nosso território físico e ao mar territorial nacional (princípio da absoluta soberania do país subjacente – Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 11, e Lei n. 8.617/93, art. 2º).

24.3.1. Norma penal em branco: sem autorização da autoridade competente.

Para fins de tipificação do tráfico internacional de arma de fogo, as condutas ora em análise devem ser praticadas *sem autorização da autoridade competente*. Recai sobre o Comando do Exército a autorização para importação ou exportação das armas, acessórios ou munições, nos termos do art. 24 da Lei n. 10.826/03. A matéria é regulamentada entre os arts. 25 e 37 do Decreto n. 10.030/19.

De se notar que a *autorização da autoridade competente* deve estar obrigatoriamente relacionada à importação ou exportação de arma de fogo, acessório ou munição. A autorização em questão não diz respeito ao certificado de registro de arma de fogo, nem tampouco ao porte de arma de fogo. Portanto, é típica a conduta de importar arma de fogo, acessório ou munição sem autorização da autoridade competente, nos termos do art. 18 da Lei n. 10.826/03, mesmo que o réu detenha o porte legal da arma, em razão do alto grau de reprovabilidade da conduta.[360]

24.4. Objeto material.

As condutas acima descritas devem recair sobre *arma de fogo, acessório ou munição*. Diversamente dos arts. 12, 14 e 16 da Lei de Armas, que fazem referência à espécie de arma de fogo em questão – de uso permitido, nos dois primeiros, e de uso restrito, no terceiro –, o art. 18 não faz qualquer ressalva, do que se conclui que tais armas de fogo (ou munição) poderão ser *de uso permitido ou restrito*, com a ressalva de que, neste último caso, a pena deverá ser aumentada da metade, nos termos do art. 19 da Lei n. 10.826/03.

Ante a gravidade da conduta, a jurisprudência é firme no sentido de não se admitir a aplicação do princípio da insignificância. Como já se pronunciou o STF, "(...) mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da mínima ofensividade da conduta (em face da quantidade apreendida), ou, também, da ausência de periculosidade da ação, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado concreto da ação, o que também afasta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. (...)".[361]

24.5. Tipo subjetivo.

O delito é punido exclusivamente a título doloso (direto ou eventual). Cuida-se do denominado dolo genérico. Não há qualquer referência a elemento

PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 25/04/2017, DJe 28/04/2017; STJ, 5ª Turma, RHC 073.377/BA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 08/11/2016, DJe 14/11/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.590.338/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 01/09/2016, DJe 13/09/2016; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.279.601/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/10/2015, DJe 27/10/2015; STJ, 6ª Turma, REsp 1.252.964/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/06/2014, DJe 04/08/2014.

360. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.590.338/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 01/09/2016, DJe 13/09/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.599.530/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/08/2016, DJe 01/09/2016.

361. STF, 1ª Turma, HC 97.777/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/10/2010, DJe 223 19/11/2010. Com entendimento semelhante: STJ, 5ª Turma, HC 45.099/AC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/08/2006, DJ 04/09/2006 p. 292.

subjetivo especial do tipo. Aliás, sem embargo da rubrica marginal do art. 18 – *tráfico* internacional de arma de fogo –, a tipificação desse crime não demanda intuito de lucro.

24.6. Consumação e tentativa.

Quanto ao verbo *importar*, o crime se consuma no exato momento em que as armas de fogo, acessórios ou munições entram, indevidamente, no território brasileiro. Logo, ainda que desconhecido o autor, pois seu reconhecimento é desnecessário, o delito se consuma no instante em que as armas tocarem o território nacional, entrada essa consubstanciada, pelo menos em regra, com a sua apreensão. Para que ocorra a consumação do tráfico internacional de arma de fogo na modalidade "importar", revela-se desnecessário, portanto, que a arma de fogo, acessório ou munição chegue ao destinatário final, por configurar mero exaurimento da conduta. No tocante ao verbo *exportar*, o crime se consuma quando a arma de fogo (acessório ou munição) sai do território nacional. No caso do *favorecimento*, a consumação ocorre com a ajuda dispensada pelo agente à importação ou exportação, sendo delito formal, não sendo necessária, portanto, a efetiva entrada ou saída do território nacional.

À exceção da forma omissiva do favorecimento, a tentativa é possível, apesar de difícil configuração (v.g., importação ou exportação pela via terrestre), sobretudo porque aquele que é flagrado em atos de tentativa de importação ou exportação já teria provavelmente consumado o crime na modalidade *favorecer a entrada ou saída do território nacional*. Basta imaginar, a título de exemplo, alguém detido na zona aduaneira, tentando, portanto, ingressar no país.[362]

24.7. Classificação doutrinária.

É crime **comum**, **material** quanto aos verbos núcleos *importar* e *exportar*, porém **formal** quanto à conduta de *favorecer a entrada ou saída do território nacional*, **de perigo abstrato**, **de forma livre**, **comissivo**, **instantâneo**, **unissubjetivo** e **plurissubsistente**.

24.8. Conflito aparente de normas.

O crime do art. 18 da Lei n. 10.826/03 não se confunde com as seguintes figuras delituosas:

a) **art. 12 da Lei n. 7.170/83**: esse crime político é tipificado pela Lei de Segurança Nacional como "Importar ou introduzir, no território nacional, por qualquer forma, sem autorização da autoridade federal competente, armamento ou material militar privativo das Forças Armadas". Sem embargo da semelhança entre os dois tipos penais no tocante à importação de armamento, diferenciam-se quanto à finalidade última do agente. Isso porque, para fins de tipificação de crimes políticos, como, por exemplo, o art. 12 da Lei n. 7.170/83, é indispensável aferir se o crime fora praticado com motivação política. É nesse sentido, aliás, o disposto no art. 2º da Lei n. 7.170/83, segundo o qual quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei: I – a motivação e os objetivos do agente; II – a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior. Como já se pronunciou o STF, "(...) para a configuração do crime político previsto no parágrafo único do art. 12 da Lei 7.170/83, é necessário, além da motivação e os objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no art. 1º da citada Lei 7.170/83. Precedente: RCR 1.468-RJ, Maurício Corrêa para acórdão, Plenário, 23.3.2000. II. - No caso, os recorrentes foram presos portando, no interior do veículo que conduziam, armas de fogo de uso restrito, cuja importação é proibida. III. - Recurso provido, em parte, para, assentada a natureza comum do crime, anular a sentença proferida e determinar que outra seja proferida, observado o disposto na Lei 9.437/97, art. 10, § 2º";[363]

b) contrabando (CP, art. 334-A, com redação determinada pela Lei n. 13.008/14): o art. 18 da Lei de Armas funciona como norma especial em relação ao art. 334-A. Logo, por força do princípio da especialidade, quando a mercadoria proibida objeto de importação ou exportação for arma de fogo, acessório ou munição, aplica-se o Estatuto do Desarmamento. Aliás, na visão dos Tribunais Superiores, independentemente da quantidade de arma de fogo, de acessórios ou de munição, não se revela possível a desclassificação do crime de tráfico internacional de arma de fogo para o delito de contrabando, novamente em respeito ao princípio da especialidade.[364] Noutro giro, quando o objeto

362. José Paulo Baltazar Jr. (*Crimes federais.8ª ed.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 864) sustenta a ideia de que, no caso de tentativa de importação ou exportação, o crime já estará consumado em sua modalidade *favorecer a entrada ou a saída do território nacional*. Para o referido autor, cuida-se de crime de atentado (ou de empreendimento), assim compreendido como aquele em que a tentativa e a consumação são punidas da mesma forma, isto é, não há diminuição da pena.

363. STF, 2ª Turma, RC 1.470/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 12/03/2002, DJ 19/04/2002.

364. Com esse entendimento: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.599.530/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/08/2016, DJe 01/09/2016; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.497.217/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/05/2016,

material não for considerado arma de fogo, mas se tratar de mercadoria cuja importação é absoluta ou relativamente proibida, restará caracterizado o crime de contrabando. É o que ocorre, a título de exemplo, com armas de pressão de calibre igual ou inferior a 6 (seis) milímetros. Como já se pronunciou o STJ, "(...) a arma de pressão é um produto controlado pelo Exército brasileiro, de uso permitido pelas pessoas em geral, nos termos da legislação de regência, cuja importação somente é possível nas condições estabelecidas na legislação e mediante autorização prévia do órgão competente. É, portanto, mercadoria relativamente proibida, pois possui restrições, sendo a importação autorizada apenas se observados determinados requisitos. Assim sendo, a conduta de importar arma de pressão de calibre igual ou inferior a seis milímetros, sem o atendimento do regramento legal, configura o crime de contrabando (...)";[365]

c) **facilitação de contrabando (CP, art. 318):** o art. 18 da Lei n. 10.826/03 também funciona como norma especial em relação ao art. 318 do CP. Logo, se um funcionário público, com infração de dever funcional, facilitar o contrabando de arma de fogo, acessório ou munição, deverá responder pelo crime previsto na Lei de Armas;[366]

d) **descaminho (CP, art. 334, com redação determinada pela Lei n. 13.008/14):** se o agente tiver autorização para importar arma de fogo, mas o fizer iludindo o fisco quanto ao pagamento de tributos, deverá responder pelo crime de descaminho (CP, art. 334);[367]

e) **crime de exportação de bens sensíveis:** a Lei n. 9.112/95 versa sobre a exportação de bens sensíveis, assim considerados os bens de uso duplo e os bens de uso na área nuclear, química e biológica. Não se confunde, portanto, o crime do art. 7º do referido diploma normativo, com o delito previsto no art. 18 do Estatuto do Desarmamento, que tem como objeto material apenas arma de fogo, acessório ou munição.

24.9. Competência criminal.

De acordo com o art. 109, inciso V, da Constituição Federal, aos juízes federais compete processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

A leitura do referido dispositivo deixa entrever que o simples fato de o delito estar previsto em tratado ou convenção internacional assinado pelo Brasil, com a devida ratificação por meio de decreto legislativo do Congresso Nacional e decreto do Presidente da República, não enseja, por si só, a competência da Justiça Federal. Para além disso, é imprescindível que se trate de delito à distância, ou seja, que a infração se revista do caráter de internacionalidade, com o início da sua execução no país, e o resultado ocorrendo ou devendo ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

Por outro lado, o simples fato de a execução de um delito iniciar-se no país e se consumar no estrangeiro, ou reciprocamente, não é, por si só, suficiente para fins de fixação da competência da Justiça Federal. Para tanto, este delito também deve estar previsto em Tratado ou Convenção Internacional. A internacionalidade da conduta criminosa não acarreta, de per si, lesão a bens, serviços ou interesses da União. Tanto é verdade que a própria Constituição Federal, em seu art. 109, V, faz menção à necessidade de que a essa internacionalidade territorial da conduta delituosa se acresça a previsão em Tratado ou Convenção Internacional. De mais a mais, fosse a mera internacionalidade da conduta suficiente para fins de fixação da competência da Justiça Federal, todo e qualquer crime contra a honra praticado pela internet em páginas eletrônicas internacionais teria que ser julgado pela Justiça Federal, entendimento este que vem sendo rechaçado pelo próprio STJ.[368]

Firmadas essas premissas, é possível dizer que, diversamente dos demais crimes previstos na Lei de Armas, o crime do art. 18 é da competência da Justiça Comum Federal. Ora, como o Brasil é signatário da Convenção Interamericana contra a fabricação e o tráfico ilícitos de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos, e considerando-se que o delito do art. 18 da Lei nº 10.826/03 caracteriza-se pela internacionalidade territorial do resultado relativamente à conduta delituosa, conclui-se que ambos os requisitos do art. 109, inciso V, da Constituição Federal estão preenchidos, justificando-se, pois, a competência da Justiça Federal para processar e julgar o delito em questão.[369]

DJe 25/05/2016; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.510.781/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/12/2015, DJe 14/12/2015.

365. STJ, 5ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 1.427.793/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/02/2016, DJe 24/02/2016.

366. Com o mesmo raciocínio: DELMANTO. Op. cit. p. 824.

367. Nessa linha: SILVARES, Ricardo. Op. cit. p. 1.576.

368. No sentido da competência da Justiça Estadual para processar e julgar crime de injúria praticado por meio da internet em páginas eletrônicas internacionais (v.g., Orkut e Twitter): STJ, 3ª Seção, CC 121.431/SE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11/04/2012.

369. Para o STJ, compete à Justiça Federal o julgamento do crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, em razão do que dispõe o art. 109, inciso V, da Constituição Federal, haja vista que este crime está inserido em tratado internacional de que o Brasil é signatário. Nessa linha: STJ, 3ª Seção, CC 130.267/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 26/04/2017, DJe 09/05/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 1.389.833/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11/04/2013, DJe 25/04/2013; STJ, 3ª Seção,

De acordo com o STJ, para a configuração do tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, não basta apenas a procedência estrangeira do artefato, sendo necessário que se comprove a internacionalidade da ação.[370]

24.10. Agente policial disfarçado.

Esta novel técnica especial de investigação foi introduzida pelo Pacote Anticrime não apenas nos arts. 17, §2º, e 18, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento, mas também no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas. Para mais detalhes acerca do assunto, consultar comentários a este último dispositivo.

Art. 19. Nos crimes previstos nos arts. 17 e 18, a pena é aumentada da metade se a arma de fogo, acessório ou munição forem de uso proibido ou restrito.

25. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PARA OS CRIMES DE COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO.

O art. 19 do Estatuto do Desarmamento prevê que a pena dos crimes previstos nos arts. 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) será aumentada da metade se a arma de fogo, acessório ou munição forem de uso proibido ou restrito.[371]

Como é sabido, as majorantes deverão incidir na terceira e última fase do cálculo da pena, estabelecendo-se, assim, a denominada *pena definitiva*. Diversamente do que ocorre com as agravantes, que não podem acarretar o aumento da pena a patamar superior aos limites cominados em abstrato pelo tipo penal, a aplicação de uma causa de aumento de pena pode acarretar a fixação da pena acima do máximo abstratamente cominado ao delito.

Art. 20. Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

I – forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º desta Lei; ou (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

II – o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

26. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PARA OS CRIMES DOS ARTS. 14, 15, 16, 17 E 18.

Enquanto a causa de aumento de pena do art. 19 da Lei n. 10.826/03 está restrita aos crimes dos arts. 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento, a majorante do art. 20 deve ser aplicada aos crimes dos arts. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), 15 (disparo de arma de fogo), 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo). Tais crimes deverão ter sua pena aumentada da metade se:

I – forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º do Estatuto do Desarmamento: nesse ponto, não houve nenhuma novidade introduzida pelo Pacote Anticrime. A majorante até então prevista no corpo do art. 20 simplesmente foi deslocada para o inciso I do mesmo dispositivo legal, haja vista o acréscimo de nova causa de aumento de pena no inciso II. Por força do art. 20, I, da Lei n. 10.826/03, os crimes acima listados terão sua pena aumentada da metade se o sujeito ativo for uma das pessoas elencadas nos arts. 6º, 7º e 8º da Lei n. 10.826/03, quais sejam: a) integrantes das Forças Armadas; b) integrantes dos órgãos referidos nos incisos I (polícia federal), II (polícia rodoviária federal), III (polícia ferroviária federal), IV (polícias civis) e V (polícias militares e corpos de bombeiros militares) do *caput* do art. 144 da Constituição Federal e os da Força Nacional de Segurança Pública. Interessante notar que ao rol dos órgãos de segurança pública do art. 144 da Constituição Federal foram acrescidas, por força da Emenda Constitucional n. 104, de 2019, as polícias penais federal, estaduais e distrital (CF, art. 144, VI), às quais incumbe a segurança dos estabelecimentos penais. Sem embargo, como o art. 6º, inciso II, da Lei n. 10.826/03, faz menção explícita apenas aos integrantes dos órgãos referidos nos incisos I a V do *caput* do art. 144 da CF, não nos parece possível o aumento da pena em relação à polícia penal com base nesse dispositivo, o que, no entanto, não afasta a incidência da majorante sob comento, porém com base no art. 6º, inciso VII, 1ª parte, da Lei n. 10.826/03 ("*integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais*, os integrantes das escoltas de

CC 126.950/SP, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora convocada do TJ/PE –, j. 24/04/2013, DJe 10/05/2013; STJ, 3ª Seção, CC 122.740/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08/08/2012, DJe 30/08/2012.

370. Nessa linha: STJ, 3ª Seção, CC 133.823/PR, Rel. Min. Newton Trisotto – Desembargador convocado TJ/SC –, j. 08/10/2014, DJe 15/10/2014; STJ, 3ª Seção, CC 105.933/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 28/04/2010, DJe 20/05/2010.

371. O conceito de arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito foi objeto de análise nos comentários ao art. 16, para onde remetemos o leitor.

presos e as guardas portuárias"); c) integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de quinhentos mil habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei; d) integrantes das guardas municipais dos municípios com mais de duzentos e cinquenta mil e menos de cinquenta mil habitantes, quando em serviço; e) agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; f) integrantes dos órgãos policiais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (arts. 51, IV e 52, XIII, da CF); g) integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais (leia-se, polícias penais, à luz da Emenda Constitucional n. 104/19), integrantes das escoltas dos presos e as guardas portuárias; h) funcionários de empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, nos termos desta Lei; i) integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades desportivas demandem o uso de armas de fogo, na forma do regulamento desta Lei. Para fins de aplicação dessa majorante, é imprescindível que o crime tenha sido praticado no exercício da função ou em razão dela.[372] Aliás, ainda que o agente não tenha se aproveitado *diretamente* das vantagens trazidas pela lei para as categorias assinaladas, se restar demonstrado que a prática do delito fora facilitada pela função por ele exercida, pelo fato de, por exemplo, a fiscalização ser menos atuante em tais casos, também se impõe a aplicação da majorante;[373]

b) agente reincidente específico em crimes dessa natureza: trata-se, o inciso II do art. 20, incluído pela Lei n. 13.964/19, de evidente exemplo de *novatio legis in pejus*, de aplicação restrita, portanto, aos crimes cometidos após a vigência do Pacote Anticrime (23/01/2020). Para fins de aplicação do inciso em comento, o agente deve ser reincidente específico em crimes dessa natureza. Ou seja, é necessário que o agente seja reincidente específico nos crimes aí listados – porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14), disparo de arma de fogo (art. 15), posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16), comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e tráfico internacional de arma de fogo (art. 18) –, mas não necessariamente no mesmo delito. Ou seja, se o agente cometer o crime de disparo de arma de fogo depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado pelo delito de comércio ilegal de arma de fogo, será considerado reincidente específico em crimes dessa natureza para os fins do art. 20, inciso II, da Lei n. 10.826/03, incluído pela Lei n. 13.964/19.

27. DUPLICIDADE DE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA.

Pelo menos em tese, é factível a hipótese de incidência de mais de uma causa de aumento de pena para uma única conduta delituosa. A título de exemplo, suponha-se um crime de tráfico internacional de arma de fogo *de uso restrito* cometido por um *Policial Federal em serviço*. Nesse caso, revela-se possível, por analogia *in bonam partem*, a aplicação da regra do art. 68, parágrafo único, do Código Penal ("No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua").[374]

28. SUPRESSÃO DA FORMA QUALIFICADA DE POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO POR AGENTE QUE POSSUÍA CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CRIME CONTRA A PESSOA, CONTRA O PATRIMÔNIO E POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS (ART. 10, §3º, IV, DA REVOGADA LEI N. 9.437/97).

Na vigência da revogada Lei n. 9.437/97, o art. 10, §3º, IV, determinava que a pena seria de reclusão de dois a quatro anos, e multa, se o agente possuísse condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Esta figura qualificada não foi reproduzida pelo Estatuto do Desarmamento. Isso, todavia, não tem o condão de tornar atípica a conduta, mas apenas de desclassificar o delito para a forma simples dos arts. 12, 14 ou 16, a depender da conduta praticada pelo agente e do tipo de arma de fogo em questão.[375]

> **Art. 21.** Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.

372. MARCÃO, Renato. *Estatuto do Desarmamento: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 193.

373. JUNQUEIRA; FULLER. *Legislação penal especial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 741; MATTOS Jr., Armando de. *Estatuto do Desarmamento*. Organizadores: Clever Rodolfo Carvalho Vasconcellos e Levy Emanuel Magno. São Paulo: Atlas, 2011. p. 785.

374. No mesmo sentido: ROQUE; TÁVORA; ALENCAR. Op. cit. p. 738. Para Delmanto (op. cit. p. 829), não poderá haver dupla incidência, devendo a majorante do art. 20 incidir como agravante, nos moldes do art. 61, II, *g*, do CP, ou, ainda, como circunstância judicial do art. 59 do CP.

375. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, HC 162.244/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 05/11/2015, DJe 23/11/2015; STJ, 6ª Turma, HC 64.631/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25/06/2009, DJe 17/08/2009; STJ, 5ª Turma, REsp 950.224/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18/03/2008, DJe 05/05/2008; STJ, 5ª Turma, REsp 710.680/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/06/2007, DJ 06/08/2007.

29. LIBERDADE PROVISÓRIA PROIBIDA PARA OS CRIMES DOS ARTS. 16, 17 E 18 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO.

O art. 21 da Lei n. 10.826/03 dispõe que os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16), comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e tráfico internacional de arma de fogo (art. 18) são *insuscetíveis de liberdade provisória*. Como não faz qualquer referência à espécie de liberdade provisória em questão, ou seja, se apenas *com fiança*, ou se *com ou sem fiança*, deduz-se que a vedação em questão teria o condão de abranger qualquer espécie de liberdade provisória, com ou sem fiança. Assim, na eventualidade de o agente ser preso em flagrante pela prática de um desses delitos, outra solução não haveria senão a manutenção da prisão, porquanto a liberdade provisória era vedada *pelo legislador*.

A questão tormentosa acerca desse dispositivo é a seguinte: pode haver uma vedação peremptória à concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança?

Ao longo dos anos, sempre prevaleceu o entendimento de que não haveria qualquer inconstitucionalidade nos dispositivos legais que vedassem a liberdade provisória, sobretudo em virtude do teor da própria Constituição, segundo a qual ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança* (CF, art. 5º, LXVI). Assim, se a lei vedava a concessão de liberdade provisória, fazendo uso do permissivo constitucional, não haveria razão para se questionar a validade do dispositivo legal.[376]

Esse entendimento, todavia, foi sendo gradativamente modificado. Isso porque o inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal não pode ser interpretado de maneira isolada dos demais dispositivos constitucionais que cuidam da prisão cautelar. Em outras palavras, apesar de o inciso LXVI do art. 5º da Carta Magna parecer deixar nas mãos do legislador ordinário a discricionariedade para vedar (ou não) a concessão da liberdade provisória, não se pode perder de vista que a mesma Constituição contempla o princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), bem como a regra de que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória tem natureza cautelar, ficando sua decretação condicionada à ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI).

Com base nesses argumentos, o Supremo Tribunal Federal acabou declarando a inconstitucionalidade da vedação absoluta à liberdade provisória prevista na Lei de Armas, *in verbis:* "(...) Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. (...) Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos arts. 14 e 15 e do art. 21 da Lei n. 10.826/03".[377]

Aliás, mesmo que o art. 21 do Estatuto do Desarmamento não tivesse sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 3.112, certamente seria possível sustentar que tal dispositivo já teria sido revogado tacitamente pelo advento da Lei n. 11.464/07, que alterou a Lei dos Crimes Hediondos para fins de admitir a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança (Lei n. 8.072/90, art. 2º, II). Ora, se se admite a concessão desse benefício para crimes hediondos e equiparados, leia-se, para os crimes mais graves existentes no nosso ordenamento jurídico, seria absolutamente desproporcional e desarrazoado não se admitir idêntico tratamento em relação a crimes menos graves, como, por exemplo, os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo.[378]

CAPÍTULO V
DISPOSIÇÕES GERAIS

(...)

Art. 25. As armas de fogo apreendidas, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, quando não mais interessarem à persecução penal serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, na forma do regulamento desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 11.706, de 2008)

§1º As armas de fogo encaminhadas ao Comando do Exército que receberem parecer

376. É essa a posição de Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antônio Garcia Baz: *Fiança criminal e liberdade provisória*. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 72-73. Com raciocínio semelhante: BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, pp. 235-236.

377. STF, Pleno, ADI 3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02/05/2007, DJe 131 25/10/2007.

378. Nesse contexto: MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 196.

favorável à doação, obedecidos o padrão e a dotação de cada Força Armada ou órgão de segurança pública, atendidos os critérios de prioridade estabelecidos pelo Ministério da Justiça e ouvido o Comando do Exército, serão arroladas em relatório reservado trimestral a ser encaminhado àquelas instituições, abrindo-se-lhes prazo para manifestação de interesse. (Incluído pela Lei n. 11.706, de 2008)

§ 1º-A. As armas de fogo e munições apreendidas em decorrência do tráfico de drogas de abuso, ou de qualquer forma utilizadas em atividades ilícitas de produção ou comercialização de drogas abusivas, ou, ainda, que tenham sido adquiridas com recursos provenientes do tráfico de drogas de abuso, perdidas em favor da União e encaminhadas para o Comando do Exército, devem ser, após perícia ou vistoria que atestem seu bom estado, destinadas com prioridade para os órgãos de segurança pública e do sistema penitenciário da unidade da federação responsável pela apreensão. (Incluído pela Lei 13.886, de 2019)

§2º O Comando do Exército encaminhará a relação das armas a serem doadas ao juiz competente, que determinará o seu perdimento em favor da instituição beneficiada. (Incluído pela Lei n. 11.706, de 2008)

§3º O transporte das armas de fogo doadas será de responsabilidade da instituição beneficiada, que procederá ao seu cadastramento no Sinarm ou no Sigma. (Incluído pela Lei n. 11.706, de 2008)

§4º (VETADO) (Incluído pela Lei n. 11.706, de 2008)

§5º O Poder Judiciário instituirá instrumentos para o encaminhamento ao Sinarm ou ao Sigma, conforme se trate de arma de uso permitido ou de uso restrito, semestralmente, da relação de armas acauteladas em juízo, mencionando suas características e o local onde se encontram. (Incluído pela Lei n. 11.706, de 2008)

(...)

30. DESTRUIÇÃO DAS ARMAS DE FOGO APREENDIDAS.

Como exposto anteriormente, ante a apreensão de uma arma de fogo, é indispensável a realização de um exame pericial para fins de comprovação de sua eficiência e potencialidade lesiva, e até mesmo para a distinção entre arma de fogo de uso permitido e arma de fogo de uso proibido ou restrito.

Se, para a persecução penal, é necessária a apreensão do artefato para a realização do exame pericial de eficiência de arma de fogo, é fácil deduzir que, uma vez elaborado o laudo pericial e juntado aos autos, a destinação das armas de fogo não mais interessa ao processo penal, funcionando, pois, como medida de caráter administrativo, cuja finalidade precípua é o resguardo da incolumidade, da ordem e da segurança.

Considerando a precariedade do armazenamento das armas apreendidas, impõe-se, pelo menos em regra, a sua destruição o quanto antes possível, evitando-se, assim, sua subtração e redistribuição para outros criminosos. Infelizmente, não são raros os episódios em que grande quantidade de armas apreendidas simplesmente desaparecem de delegacias de polícia, institutos de perícia, promotorias e fóruns criminais. A título de exemplo, em abril de 2017, uma associação criminosa liderada por um estagiário de direito furtou cerca de 150 armas de fogo que estavam custodiadas no Fórum da cidade de Serra/ES.[379]

Com o objetivo de pôr fim a episódios como este, o Estatuto do Desarmamento sempre previu, desde a sua redação original, que, quando não mais interessassem à persecução penal, as armas de fogo apreendidas deveriam ser encaminhadas ao Comando do Exército para fins de destruição no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Com o advento da Lei n. 11.706/08, houve uma sensível mudança no art. 25 da Lei n. 10.826/03, que continua a determinar a destruição das armas de fogo no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas que não mais interessarem à persecução penal, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, mas passou a prever a possibilidade de doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, na forma do regulamento do Estatuto do Desarmamento. Embora o legislador não tenha feito qualquer referência explícita, foi revogado, à época, o art. 65, §1º, do Decreto n. 5.123/04 ("É vedada a doação, acautelamento ou qualquer outra forma de cessão para órgão, corporação ou instituição, exceto as doações de arma de fogo de valor histórico ou obsoletas para museus das Forças Armadas ou das instituições policiais").

Essas medidas de destruição das armas apreendidas ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas têm natureza administrativa, visando à tutela da incolumidade, da ordem e da segurança. Logo, sobre elas a Defesa não tem qualquer ingerência. Na verdade, sua execução é levada a efeito pelo poder público, notadamente pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público, pelas

379. Ex-estagiário foi mentor de roubo de 150 armas em Fórum da Serra. Disponível em: https://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/05/ex-estagiario-foi-mentor-de-roubo-de-150-armas-em-forum-da-serra-1014051770.html Acesso em: 29 de outubro de 2018.

autoridades de polícia e pelo Comando do Exército. Por consequência, eventuais irregularidades nesses procedimentos não têm o condão de macular o processo penal, que só será contaminado por alguma nulidade se houver algum vício em relação ao laudo pericial de eficiência de arma de fogo.

Ao se referir apenas à destruição das *armas de fogo* apreendidas, o art. 25, *caput*, da Lei n. 10.826/03 disse menos do que pretendia dizer. Deve, portanto, ser objeto de interpretação extensiva, para fins de se concluir que tal procedimento deve ser observado para todo e qualquer objeto material dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, como, por exemplo, acessórios, munições, artefatos explosivos, incendiários, etc.[380]

30.1. Restituição de coisa apreendida.

Sem embargo do silêncio do art. 25 da Lei de Armas, a destruição desses artefatos apreendidos, ou sua doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, só deve ocorrer quando não se tratar de patrimônio lícito de terceiro de boa-fé.[381] Nesse caso, não havendo dúvidas quanto à propriedade de tal artefato, e desde que sua posse seja lícita, impõe-se a devida restituição, nos termos do art. 119 do CPP, c/c art. 91, II, "a", do CP. Exemplificando, imagine-se que alguém tenha sido preso em flagrante portando uma arma de fogo de uso permitido, em relação à qual não possuía o devido porte e registro. Como a arma estava em situação de ilegalidade à época do crime, não será possível sua restituição. Impõe-se, nesse caso, a estrita observância do art. 25 da Lei n. 10.826/03. Noutro giro, se tal arma tivesse sido anteriormente subtraída de alguém que tinha o porte e o registro, deve ser respeitado o direito do terceiro de boa-fé, daí por que é possível a restituição da coisa, a partir do momento em que não mais interessar à persecução penal.

Nesse sentido, como já se pronunciou a 1ª Turma do STF, "(...) a decisão que, mesmo comprovada a propriedade e a autorização do porte, decreta a perda da arma em favor do Estado, com fundamento na segurança pública, impõe inconcebível pena acessória - CP, art. 91, II, a - contra quem, além de não ter sido condenado, sequer foi sujeito passivo em ação penal - e contraria o artigo 5º, XXII, LIV e LV, da Constituição Federal. RE provido, sem prejuízo da exigência, quando da devolução da arma, dos requisitos legais então vigentes".[382]

> (...)
>
> **Art. 30.** Os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do caput do art. 4º desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 11.706/08)
>
> **Parágrafo único.** Para fins do cumprimento do disposto no caput deste artigo, o proprietário de arma de fogo poderá obter, no Departamento de Polícia Federal, certificado de registro provisório, expedido na forma do § 4º do art. 5º desta Lei. (Incluído pela Lei n. 11.706/08)

31. LEI PENAL NO TEMPO E A POSSE DE ARMA DE FOGO.

Originariamente, o art. 30 do Estatuto do Desarmamento concedeu prazo aos possuidores e proprietários de armas de fogo até então não registradas para solicitar seu registro no prazo de 180 dias após a publicação da lei, que ocorreu no dia 23 de dezembro de 2003, mediante a apresentação de nota fiscal ou outro comprovante de sua origem lícita, pelos meios de prova em direito admitidos. De seu turno, o art. 32 dizia que os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas, poderiam, no prazo de 180 dias após a publicação da Lei, entrega-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderiam ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei.

Os prazos mencionados nesses dois dispositivos legais – arts. 30 e 32 – foram então alterados pela Lei n. 10.884/04, de 17 de junho de 2004 (Medida Provisória n. 174, de 18 de março de 2004), determinando em seu art. 1º: "O termo inicial dos prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei n. 10.826/03, passa a fluir a partir da publicação do

380. Admitindo uma interpretação ampliativa para efeito de permitir aos acessórios e munições o mesmo tratamento jurídico dispensado à destinação das armas: MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 45.

381. Com o mesmo entendimento: JUNQUEIRA; FULLER. Op. cit. p. 791.

382. STF, 1ª Turma, RE 362.047/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14/09/2004, DJ 08/10/2004.

decreto que os regulamentar, não ultrapassando, para ter efeito, a data limite de 23 de junho de 2004.

Posteriormente, entra em vigor a Lei n. 11.118, de 19 de maio de 2005, cujo art. 3º prevê: "Os prazos previstos nos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/03, com a redação dada pela Lei n. 10.884/04, ficam prorrogados, tendo por termo final o dia 23 de junho de 2005".

Na sequência, com o advento da Lei n. 11.191/05, os prazos dos arts. 30 e 32 foram novamente prorrogados, consoante disposto em seu art. 1º: "O termo final do prazo previsto no art. 32 da Lei n. 10.826/03 fica prorrogado até 23 de outubro de 2005". O art. 2º do referido diploma normativo, por sua vez, determinava que "o termo final do prazo previsto no art. 30 da Lei n. 10.826/03 fica prorrogado para os residentes em áreas rurais que comprovem depender do emprego de arma de fogo para prover sua subsistência familiar, de acordo com o disposto no §5º do art. 6º da Lei n. 10.826/03, por 120 dias após a publicação desta Lei".

Sobre o tema também foi editada a Medida Provisória n. 379, de 28 de junho de 2007, que acabou revogada pela Medida Provisória n. 390, de 18 de setembro de 2007, convertida na Lei n. 11.579, de 27 de novembro de 2007. Em 20 de setembro de 2007 foi editada a Medida Provisória n. 394, que deu nova redação ao §3º do art. 5º da Lei n. 10.826, e, por fim, no dia 31 de janeiro, foi publicada a Medida Provisória n. 417, que terminou convertida na Lei n. 11.706, de 19 de junho de 2008, alterando novamente o §3º do art. 5º da Lei n. 10.826/03, que ficou com o seguinte teor: "O proprietário de arma de fogo com certificados de registro de propriedade expedido por órgão estadual ou do Distrito Federal até a data da publicação desta Lei que não optar pela entrega espontânea prevista no art. 32 desta Lei deverá renová-lo mediante o pertinente registro federal, até o dia 31/12/2008, ante a apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, ficando dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 4º desta Lei". O art. 5º, §4º, da Lei n. 10.826/03, por sua vez, passou a ter a seguinte redação: "Para fins do cumprimento do cumprimento do disposto no §3º deste artigo, o proprietário de arma de fogo poderá obter, no Departamento de Polícia Federal, certificado de registro provisório, expedido na rede mundial de computadores - internet, na forma do regulamento e obedecidos os procedimentos a seguir: I - emissão de certificado de registro provisório pela internet, com validade inicial de 90 (noventa) dias; e II - revalidação pela unidade do Departamento de Polícia Federal do certificado de registro provisório pelo prazo que estimar como necessário para a emissão definitiva do certificado de registro de propriedade".

O art. 30 da Lei n. 10.826/03 também teve a sua redação modificada pela Lei n. 11.706, de 19/06/2008, *in verbis:* "Os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do caput do art. 4º desta Lei. Parágrafo único. Para fins do cumprimento do disposto no caput deste artigo, o proprietário de arma de fogo poderá obter, no Departamento de Polícia Federal, certificado de registro provisório, expedido na forma do § 4º do art. 5º desta Lei".

Esse prazo constante do art. 30, *caput*, da Lei n. 10.826/03, com redação dada pela Lei n. 11.706/08, foi novamente prorrogado, desta vez pelo art. 20 da Lei 11.922, de 13 de abril de 2009: "Ficam prorrogados para 31 de dezembro de 2009 os prazos de que tratam o §3º do art. 5º e o art. 30, ambos da Lei n. 10.826/03".

Como se percebe, de modo a permitir a regularização do registro de armas de fogo ou sua entrega à Polícia Federal, o art. 30 do Estatuto do Desarmamento passou a prever uma espécie de descriminalização temporária exclusivamente quanto à conduta de possuir - e não o porte -, no interior de casa ou local de trabalho, arma de fogo de uso permitido, entre os dias 23 de dezembro de 2003 (data da vigência da Lei n. 10.826/03) e 31 de dezembro de 2009 (prazo fatal para a regularização). Enfim, se o crime do art. 12 foi praticado nesse interregno, o fato seria temporariamente atípico; se praticado a partir de 1º de janeiro de 2010, a conduta passaria a ser considerada típica.

Essa conclusão encontrou ampla acolhida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos: "(...) Inicialmente, foi prevista *abolitio criminis* temporária no tocante aos delitos dos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, uma vez que tais normas incriminadoras permaneceram desprovidas de eficácia até transcurso do prazo de 180 (cento e oitenta dias), contado da data de publicação do referido diploma legal. Ocorre que o aludido interstício teve seu termo final prorrogado

até 23/10/2005 pela Lei n. 1.191/2005, em relação aos crimes de posse irregular de arma de fogo ou munição de uso permitido e restrito, sem qualquer distinção. Conforme a dicção do art. 1º da Lei n. 11.706/2008, que conferiu nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003, o prazo final restou estendido até 31/11/2008, tão somente em relação aos possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido. Na sequência, com o advento da Lei n. 11.922/2009, houve nova prorrogação de tal prazo para o dia 31/12/2009. (...)".[383]

O Supremo Tribunal Federal, todavia, tem precedentes em sentido diverso, concluindo ser plenamente aplicável o art. 12 do Estatuto do Desarmamento nos períodos de 25 de junho de 2005 e 31 de dezembro de 2008, assim como entre 1º de janeiro e 13 de abril de 2009. A propósito, confira-se: "(...) 1. O Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03) favoreceu os possuidores e proprietários de arma de fogo com duas medidas: (i) permitiu o registro da arma de fogo (art. 30) ou a sua renovação (art. 5º, § 3º); e (ii) facultou a entrega espontânea da arma de fogo à autoridade competente (art. 32). 2. A sucessão legislativa prorrogou diversas vezes o prazo para as referidas medidas, a saber: (i) o Estatuto do Desarmamento, cuja publicação ocorreu em 23 de dezembro de 2003, permitiu aos proprietários e possuidores de armas de fogo tanto a solicitação do registro quanto a entrega das armas no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após a publicação do diploma; (ii) após a edição das leis 10.884/2004, 11.119/2005 e 11.191/2005, o prazo final para solicitação do registro de arma de fogo foi prorrogado para 23 de junho de 2005, enquanto o termo final para entrega das armas foi fixado em 23 de outubro de 2005; (iii) a Medida Provisória nº 417 (convertida, posteriormente, na Lei nº 11.706/08), cuja publicação ocorreu em 31 de janeiro de 2008, alargou o prazo para registro da arma de fogo até a data de 31 de dezembro de 2008, bem como permitiu, sine die, a entrega espontânea da arma de fogo como causa de extinção da punibilidade; (iv) por fim, a Lei nº 11.922/2009, cuja vigência se deu a partir de 14 de abril de 2009, tornou a prolongar o prazo para registro, até 31 de dezembro de 2009. 3. A construção jurisprudencial e doutrinária, conquanto inexistente previsão explícita de abolitio criminis, ou mesmo de que a eficácia do delito previsto no art. 12 do Estatuto do Desarmamento estaria suspensa temporariamente, formou-se no sentido de que, durante o prazo assinalado em lei, haveria presunção de que o possuidor de arma de fogo irregular providenciaria a normalização do seu registro (art. 30). 4. O art. 12 do Estatuto do Desarmamento, que prevê o crime de posse de arma de fogo de uso permitido, passou a ter plena vigência ao encerrar-se o interstício no qual o legislador permitiu a regularização das armas (até 23 de junho de 2005, conforme disposto na Medida Provisória nº 253, convertida na Lei nº 11.191/2005), mas a Medida Provisória nº 417, em 31 de janeiro de 2008, reabriu o prazo para regularização até 31 de dezembro do mesmo ano. 5. No caso sub judice, a vexata quaestio gira em torno da aplicabilidade retroativa da Medida Provisória nº 417 aos fatos anteriores a 31 de janeiro de 2008, à luz do art. 5º, XL, da Constituição, que consagra a retroatividade da lex mitior, cabendo idêntico questionamento sobre a retroeficácia da Lei nº 11.922/2009 em relação aos fatos ocorridos entre 1º de janeiro de 2009 e 13 de abril do mesmo ano. 6. Consectariamente, é preciso definir se a novel legislação deve ser considerada abolitio criminis temporária do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, caso em que impor-se-ia a sua eficácia retro-operante. 7. O possuidor de arma de fogo, no período em que vedada a regularização do registro desta, pratica conduta típica, ilícita e culpável, porquanto cogitável a atipicidade apenas quando possível presumir que o agente providenciaria em tempo hábil a referida regularização, à míngua de referência expressa, no Estatuto do Desarmamento e nas normas que o alteraram, da configuração de abolitio criminis. 8. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, verbis: "I - A vacatio legis de 180 dias prevista nos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003, com a redação conferida pela Lei 11.706/2008, não tornou atípica a conduta de posse ilegal de arma de uso restrito. II – Assim, não há falar em abolitio criminis, pois a nova lei apenas estabeleceu um período de vacatio legis para que os possuidores de armas de fogo de uso permitido pudessem proceder à sua regularização ou à sua entrega mediante indenização. III – Ainda que assim não fosse, a referida vacatio legis não tem o condão de retroagir, justamente por conta de sua eficácia temporária" (RHC 111637, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012). Em idêntico sentido: HC 96168, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008. 9. O Pretório Excelso, pelos mesmos fundamentos, também fixou entendimento pela irretroatividade do Estatuto do Desarmamento em relação aos delitos de posse de arma de fogo cometidos antes da sua vigência (HC 98180, Relator(a): Min. RICARDO

383. STJ, 5ª Turma, HC 290.765/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14/06/2016, DJe 21/06/2016.

LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 29/06/2010; HC 90995, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008). 10. In casu: (i) o Recorrido foi preso em flagrante, na data de 27 de dezembro de 2007, pela posse de arma de fogo e munição (um revólver Taurus, calibre 22, nº 97592, com seis munições intactas do mesmo calibre; uma cartucheira Rossi, calibre 28, nº 510619; um Rifle CBC, calibre 22, nº 00772; uma espingarda de fabricação caseira, sem marca visível; uma espingarda Henrique Laport, cano longo; uma espingarda de marca Rossi, calibre 36, nº 525854; nove cartuchos, sendo cinco de metal e cheios, calibre 28, e quatro de plástico, calibre 20, intactos), bem como por ocultar motocicletas com chassis adulterados; (ii) o ora Recorrido foi condenado, em primeira instância, à pena de 08 (oito) anos de reclusão pela prática dos crimes previstos no art. 12 da Lei nº 10.826/03, no art. 180, §§ 1º e 2º, e no art. 311, ambos do Código Penal; (iii) o Tribunal de Justiça de Goiás reformou em parte a sentença para absolver o Recorrido das imputações do art. 12 da Lei nº 10.826/03, com base no art. 386, V, do CPP. 11. Ex positis, dou provimento ao Recurso Extraordinário do Ministério Público para restabelecer a sentença condenatória de primeira instância, ante a irretroatividade da norma inserida no art. 30 da Lei nº 10.826/03 pela Medida Provisória nº 417/2008, considerando penalmente típicas as condutas de posse de arma de fogo de uso permitido ocorridas após 23 de junho de 2005 e anteriores a 31 de janeiro de 2008".[384]

31.1. Natureza jurídica do art. 30 da Lei n. 10.826/03.

Há controvérsias acerca da natureza jurídica da regra permissiva constante do art. 30 da Lei n. 10.826/03. Vejamos as diversas correntes acerca do assunto, e seus respectivos fundamentos:

a) ***abolitio criminis* temporária (nossa posição):** com natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107, III), a *abolitio criminis* consiste na lei nova que exclui do âmbito do Direito Penal um fato até então considerado criminoso. A propósito, o art. 2º, *caput*, do Código Penal, dispõe que ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Além de acarretar a extinção da punibilidade, a *abolitio criminis* faz cessar todos os efeitos penais da sentença condenatória, subsistindo, todavia, seus efeitos civis. São dois os requisitos necessários para a sua caracterização: a) revogação formal do tipo penal; b) supressão material do fato criminoso. Logo, não se pode falar em *abolitio criminis* quando há simples migração do tipo penal incriminador de um dispositivo legal para outro (v.g., o crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido migrou do art. 10, *caput*, da revogada Lei n. 9.437/97 para o art. 12 da Lei n. 10.826/03). Nessas hipóteses, aplica-se o princípio da continuidade normativo-típica. Por sua vez, fala-se em *abolitio criminis temporalis* (suspensão de tipicidade ou *vacatio legis* indireta) quando a aplicação de determinado tipo penal encontra-se temporariamente suspensa, não permitindo, por consequência, a punição do agente que pratica o comportamento típico durante o prazo da suspensão;[385]

b) **atipicidade temporária:** há quem entenda que não se trata de *abolitio criminis* temporária. É nesse sentido, entre outros, a lição de Ricardo Silvares. De acordo com o autor, "não se pode confundir atipicidade temporária, por força de *vacatio legis* e *abolitio criminis*. Esta última sempre retroagirá, uma vez verificada: se o legislador extirpou do ordenamento jurídico penal uma determinada espécie de conduta, os efeitos de tal opção legislativa devem atingir todos aqueles que algum dia a cometeram. Situação diversa é aquela em que o legislador continua a prever a mesma conduta como criminosa, mas suspende a aplicação do tipo penal durante certo período: enquanto não decorrido, não pode o Estado exercer o *ius puniendi*, ficando suspensa a punibilidade; decorrido, volta o Estado a ter o direito de punir; os fatos anteriores ao surgimento da lei, porém, restam intocados, pois ausente causa extintiva da punibilidade".[386] Conclui o referido autor que se a conduta foi praticada entre 23 de dezembro de 2003 e 31 de dezembro de 2009, o fato seria temporiariamente atípico, por *vacatio legis* indireta; se praticado a partir do dia 1º de janeiro de 2010, o fato seria típico;

c) **causa excludente da ilicitude temporária:** tivesse havido abolição do crime por qualquer motivo, isso jamais poderia ter sido feito de maneira

384. STF, Pleno, RE 768.494/GO, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/09/2013, DJe 69 07/04/2014.

385. No sentido de que se trata de espécie de *abolitio criminis* temporária: SILVA, César Dario Mariano. Op. cit. p. 185; MASSON, Cleber. Op. cit. p. 135; STF, 2ª Turma, HC 96.168/RJ, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/12/2008, DJe 152 13/08/2009; STJ, 6ª Turma, HC 147.692/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 04/03/2010.

386. Op. cit. p. 1.502. No mesmo sentido: STF, 1ª Turma, HC 90.995/SP, Rel. Min. Menezes Direito, j. 12/02/2008.

temporária. Como teria havido descriminalização, somente a edição de uma outra norma incriminadora teria o condão de repristinar o conteúdo da anterior. O que a lei fez, portanto, foi admitir o exercício regular de um direito, criando, portanto, uma causa excludente da ilicitude de natureza temporária. Como observa Nucci, "tecnicamente, o Estado tipificou, como crime, a posse ilegal de armas e trata-se de norma penal definitiva, sem qualquer caráter temporário. Mas, concomitantemente, estabeleceu o direito de manter consigo a arma até o prazo fatal indicado em lei. Quem possui a arma irregular ou em desacordo com o permitido, por certo, pratica fato típico, mas lícito, enquanto durar a temporariedade de seu direito correlato de entrega dessa arma".[387]

31.2. (Ir) retroatividade da regra do art. 30 da Lei n. 10.826/03.

Com base no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e no art. 2.º, do Código Penal, essa *abolitio criminis* temporária deve retroagir para beneficiar o réu apenado pelo crime de posse de arma de fogo seja de uso permitido, com ou sem numeração suprimida, perpetrado na vigência da Lei n.º 9.437/97. Como se pronunciou o STJ, "(...) a nova lei, ao menos no que tange aos prazos dos artigos 30 a 32, que a doutrina chama de *abolitio criminis* temporária ou de *vacatio legis* indireta ou até mesmo de anistia, deve retroagir, uma vez que mais benéfica para o réu (APn nº 394/RN, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, j. 15/03/2006). O período de indiferença penal (*lex mitior*), desvinculado para os casos ali ocorridos, dado o texto legal, alcança situações anteriores idênticas. A permissão ou oportunização da regularização funcionaria como incentivo e não como uma obrigação ou determinação vinculada. A incriminação (já, agora, com a *novatio legis in peius*) só vale para os fatos posteriores ao período da 'suspensão'. Recurso especial desprovido".[388]

31.3. (Im) possibilidade de aplicação do art. 30 ao crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

A *abolitio criminis temporalis* prevista no art. 30 da Lei n. 10.826/03 não se aplica ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido previsto no art. 14 da Lei de Armas. Como já se pronunciou o STJ, "(...) a *vacatio legis* estabelecida pelos artigos 30 e 32 da Lei nº 10.826/2003, para a regularização das armas dos seus proprietários e possuidores, é reconhecida hipótese de *abolitio criminis temporalis*. Tal compreensão, todavia, somente abrange as hipóteses de *posse de arma de fogo*, assim compreendidas aquelas em que a arma está na residência ou no local de trabalho do acusado. Configurando-se o porte de arma, delito diverso do crime de posse, não há se falar em hipótese abrangida pela *vacatio legis*".[389]

31.4. (Im) possibilidade de aplicação do art. 30 à posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Em sua redação original, o art. 32 do Estatuto do Desarmamento permitia a entrega de armas de fogo não registradas no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da sua publicação (23/12/2003), não fazendo qualquer distinção entre armas de uso permitido e armas de uso proibido ou restrito. Esse prazo foi, então, prorrogado diversas vezes, até que a nova redação dada ao art. 32 pela Lei n. 11.706/08, para além de fixar prazo para a entrega, permitindo que o agende pudesse fazê-lo a qualquer tempo, deixou consignado que, em decorrência dela, só haveria extinção da punibilidade 'de eventual *posse* irregular da referida arma', excluindo, assim, as armas *de uso proibido ou restrito*, conforme o art. 1º da Medida Provisória n. 417, de 31 de janeiro de 2008, que se converteu na Lei n. 11.706, de 20 de junho de 2008, conferindo nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/03. Por isso, parte minoritária da doutrina entende que, pelo menos até a vigência da Lei n. 11.706/08 (20/06/2008), teria havido *abolitio criminis* temporária para a *posse ilegal de arma de uso proibido ou restrito*.[390]

A jurisprudência, todavia, caminha em sentido diverso. Na visão do STJ, revela-se atípica a conduta de *posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido quanto de uso restrito*, no período referido

387. Op. cit. p. 76.

388. STJ, 5ª Turma, REsp 804.830/PA, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/08/2006, DJ 16/10/2006 p. 426. Ainda no sentido de que a regra dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 alcança os crimes de posse ilegal de arma de fogo praticados sob a vigência da Lei n. 9.437/97, em respeito ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.611.883/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 28/11/2017, DJe 04/12/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 684.081/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16/06/2015, DJe 26/06/2015; STJ, 6ª Turma, HC 81.526/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 26/05/2015, DJe 02/06/2015; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 310.823/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18/06/2014, DJe 04/08/2014; STJ, 5ª Turma, HC 164.321/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19/06/2012, DJe 28/06/2012; STJ, 5ª Turma, HC 237.722/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/06/2012, DJe 28/06/2012. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 164.321/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19/06/2012, DJe 28/06/2012. Em sentido diverso, entendendo que a *vacatio legis* dos arts. 30 e 32 não tem o condão de retroagir, justamente por conta de sua eficácia temporária: STF, 2ª Turma, RHC 111.637/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05/06/2012, DJe 150 31/07/2012.

389. STJ, 6ª Turma, HC 216.779/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 29/08/2013, DJe 12/09/2013. No sentido de que a regra do art. 30 não abrange as condutas relacionadas ao *porte* ilegal de arma de fogo: STF, 1ª Turma, RHC 86.681/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06/12/2005, DJ 24/02/2006.

390. Nessa esteira: DELMANTO. Op. cit. p. 807-808.

nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03, com redação dada pela Lei n. 11.191/05 – entre 23 de dezembro de 2003 e 23 de outubro de 2005 –, em razão da descriminalização temporária. A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n.º 417, convertida na Lei n.º 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 o prazo para a regularização apenas de *armas de fogo de uso permitido*, não contemplando, desta feita, as armas *de uso restrito ou de numeração raspada*. Logo, se a posse – jamais o porte – de arma de fogo *de uso proibido ou restrito* ocorrera após o dia 23 de outubro de 2005, não estará abrangida pela *abolitio criminis* temporária ora em análise.[391] A partir dessa data, não há mais exclusão do crime de posse, de modo indistinto, mas apenas extinção da punibilidade se o artefato for espontaneamente entregue à Polícia Federal.

31.5. (Im) possibilidade de aplicação do art. 30 à posse ilegal de arma de fogo de uso permitido ou restrito com numeração raspada.

As regras contidas nos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/03, bem como nas sucessivas leis que prorrogaram a vigência da redação original desses dispositivos, implicam *vacatio legis* indireta das normas penais incriminadoras da "posse" ou "propriedade" de armas de fogo, tanto de uso permitido como de uso restrito. Sendo assim, enquanto aquelas leis tivessem vigência, tais condutas seriam consideradas atípicas, pela ocorrência de *abolitio criminis* temporária. Contudo, depois de ultrapassado o prazo final previsto na última prorrogação da redação original dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/03 (23/10/2005), a Lei n. 11.706/08 deu a eles nova redação, sendo que, posteriormente, a Lei n. 11.922/09, em seu art. 20, prorrogou o prazo previsto neste último diploma para 31/12/2009.

Note-se, entretanto, que não houve mera prorrogação de prazo pela Lei 11.706/2008, como nas vezes anteriores, mas uma modificação do conteúdo da lei. A propósito, na redação original do art. 32 da Lei 10.826/2003, o prazo era para que o proprietário ou possuidor da arma de fogo a "entregasse" à autoridade competente; já no tocante ao art. 30 da mesma lei, o prazo era para que fosse "solicitado o registro" da arma.

Como se percebe, o art. 30 da Lei 10.826/2003, na nova redação, continuou a prever uma *abolitio criminis* para que se procedesse, exclusivamente, à "regularização" da arma por meio do seu "registro". Contudo, diferentemente da redação original, mencionou expressamente que a benesse dizia respeito ao proprietário ou possuidor de "arma de fogo de uso permitido". Ocorre que uma arma com o número de série adulterado ou suprimido não é passível de regularização, uma vez que o art. 15, II, "j", do Dec. 5.123/2004, estabelece como um dos requisitos para o registro o "número de série gravado no cano da arma". Portanto, não sendo viável a regularização por meio do registro da arma de fogo de uso permitido com numeração suprimida, adulterada ou raspada, o seu possuidor ou proprietário não pode ser beneficiado com a *abolitio criminis* temporária prevista no art. 30 da Lei 10.826/2003, com a redação atribuída pela Lei 11.706/2008. Daí dizer a **súmula n. 513 do STJ** que a *abolitio criminis* temporária prevista na Lei n. 10.826/03 aplica-se ao crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticado somente até 23/10/2005.[392]

Art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal,

391. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 188.278/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 18/10/2011, DJe 17/11/2011. No sentido de que, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma, prorrogado pelas Leis 10.884/04, 11.118/05 e 11.191/05, houve a descriminalização temporária no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo, tanto de uso permitido quanto de uso restrito, entre o dia 23 de dezembro de 2003 e o dia 25 de outubro de 2005: STJ, 5ª Turma, HC 124.454/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/06/2009, DJe 03/08/2009. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 161.876/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12/08/2010, DJe 04/10/2010. Para o STJ, são atípicas as condutas descritas nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/03, praticadas entre 23/12/2003 e 23/10/2005, mas, a partir desta data, até 31/12/2009, somente é atípica a conduta do art. 12, desde que a arma de fogo seja apta a ser registrada (numeração íntegra). Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 405.337/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 03/10/2017, DJe 11/10/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 1.157.679/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 01/12/2016, DJe 14/12/2016; STJ, 6ª Turma, REsp 1.575.417/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 01/03/2016, DJe 09/03/2016; STJ, 6ª Turma, HC 214.997/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 30/06/2015, DJe 07/08/2015; STJ, 5ª Turma, HC 298.490/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 02/09/2014, DJe 10/09/2014.

392. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 405.337/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 03/10/2017, DJe 11/10/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 881.265/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 14/09/2017, DJe 22/09/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 995.154/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 22/08/2017, DJe 28/08/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 405.534/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/05/2016, DJe 27/05;2016; STJ, 3ª Seção, REsp 1.311.408/RN, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13/03/2013, DJe 20/05/2013. Reconhecendo a tipicidade da conduta de possuir arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticada após 23/10/2005, pois, em relação a esse delito, a *abolitio criminis* temporária cessou nessa data, termo final da prorrogação dos prazos previstos na redação original dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003: STJ, 3ª Seção, REsp 1.311.408/RN, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13/03/2013, DJe 20/05/2013. Em sentido diverso, concluindo que a descriminalização temporária prevista no Estatuto do Desarmamento não abrange a posse de arma de fogo com numeração raspada: STF, 1ª Turma, HC 120.077/RS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 13/05/2014, DJe 120 20/06/2014; STF, 2ª Turma, RHC 86.886/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 15/05/2007, DJe 047 28/06/2007.

mediante recibo e indenização, nos termos do regulamento desta Lei.

32. ENTREGA VOLUNTÁRIA DE ARMAS DE FOGO REGULARMENTE ADQUIRIDAS.

Caso o possuidor e proprietário de uma arma de fogo regularmente adquirida não mais queira manter o artefato consigo, poderá entregá-la à Polícia Federal. Aplica-se, *in casu*, o art. 31 da Lei n. 10.826/03. Perceba-se que esse dispositivo só pode ser aplicado ao proprietário ou possuidor de arma de fogo *regularmente adquirida*, ou seja, com documentação de origem e registro, que poderá entregá-la à Polícia Federal a qualquer momento – não se aplica o limite temporal do art. 30 (31/12/2009) –, mediante recibo e direito à indenização.

Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma. (Redação dada pela Lei n. 11.706/08)

Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 11.706/08).

33. ENTREGA ESPONTÂNEA DE ARMA DE FOGO POR POSSUIDORES E PROPRIETÁRIOS DE ARMAS DE FOGO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE EVENTUAL POSSE IRREGULAR DA REFERIDA ARMA.

Enquanto o art. 31 do Estatuto do Desarmamento refere-se explicitamente às armas de fogo adquiridas regularmente, o art. 32, a despeito de contemplar regra semelhante atinente à entrega à Polícia Federal, silencia quanto à origem do referido artefato. Conclui-se, portanto, *a contrario sensu*, que o art. 32 deve ser aplicado para o proprietário e possuidor de arma de fogo adquirida *irregularmente*.

Diversamente da regra constante do art. 30 da Lei n. 10.826/03, o art. 32 do mesmo diploma normativo não suspendeu, temporariamente, a vigência da norma incriminadora, nem tampouco instaurou uma espécie de *abolitio criminis* temporária. Instituiu, sim, uma causa permanente de exclusão da punibilidade exclusivamente voltada para a "entrega espontânea" da arma, com efeitos restritos a eventual posse irregular da referida arma. De se notar que não consta do art. 32 nenhum marco temporal para a extinção da punibilidade. Revela-se equivocado, portanto, querer aplicar ao art. 32 o mesmo limite temporal do art. 30 (31/12/2009).[393]

Assim, de maneira diversa da *abolitio criminis* temporária ou da *vacatio legis* indireta, em que os efeitos da norma incriminadora são temporariamente suspensos, com efeitos *erga omnes*, de modo que a conduta não é típica se praticada nesse período, a causa extintiva da punibilidade prevista no art. 32 da Lei 10.826/2003 não tem o condão de excluir a tipicidade em caráter geral. Como se vê, criou o legislador um meio jurídico para que, a qualquer tempo, o possuidor da arma de fogo de uso permitido, em situação irregular, procedesse à sua devolução, sem que enfrentasse problemas com a justiça criminal. Em síntese: possuir arma de fogo ou munição de uso permitido sem registro, em sua residência ou local de trabalho, é crime (art. 12). Porém, se o cidadão espontaneamente entregá-la à Polícia Federal, não só a sua punibilidade estará extinta, como também poderá ser até indenizado.[394]

Há, todavia, precedentes da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, senão vejamos: "(...) a alegada atipicidade da conduta, sob o fundamento de que o art. 32 da Lei nº 10.826/03 (redação dada pela Lei nº 11.706/08) não mais fixaria prazo para a entrega de armas de uso permitido e munições, carece de plausibilidade jurídica, pois esse dispositivo não deve ser interpretado de forma isolada, mas, sim, em conjunto com o art. 30 do Estatuto do Desarmamento, com a modificação introduzida pela Lei nº 11.922/09, que estabeleceu o dia 31 de dezembro de 2009 como termo final para a regularização da posse de arma de fogo de uso permitido. (...)".[395]

Art. 34-A. Os dados relacionados à coleta de registros balísticos serão armazenados no Banco Nacional de Perfis Balísticos. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§1º O Banco Nacional de Perfis Balísticos tem como objetivo cadastrar armas de fogo e armazenar características de classe e individualizadoras de projéteis e de estojos de munição deflagrados por arma de fogo. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

393. Nessa linha: JUNQUEIRA; FULLER. Op. cit. p. 793. Em sentido diverso: "quem possuir ou for proprietário de arma de fogo adquirida irregularmente, embora de boa-fé, deve entregá-la à Polícia Federal, no prazo fixado no art. 30, sob pena de responder pelo delito de posse ilegal de arma" (NUCCI, Op. cit. p. 77).

394. Nesse contexto: DELMANTO. Op. cit. p. 784. E ainda: ROQUE; TÁVORA; ALENCAR. Op. cit. p. 699.

395. STF, 1ª Turma, HC 122.311/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 10/06/2014, DJe 148 31/07/2014.

§2º O Banco Nacional de Perfis Balísticos será constituído pelos registros de elementos de munição deflagrados por armas de fogo relacionados a crimes, para subsidiar ações destinadas às apurações criminais federais, estaduais e distritais. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§3º O Banco Nacional de Perfis Balísticos será gerido pela unidade oficial de perícia criminal. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§4º Os dados constantes do Banco Nacional de Perfis Balísticos terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§5º É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional de Perfis Balísticos. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§6º A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional de Perfis Balísticos serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

34. BANCO NACIONAL DE PERFIS BALÍSTICOS.

Com o objetivo de aprimorar a apuração de crimes praticados com armas de fogo, condensando informações que eventualmente possam vir a subsidiar investigações futuras, o Pacote Anticrime introduziu no Estatuto do Desarmamento um Banco Nacional de Perfis Balísticos. A medida vem ao encontro de outros bancos de dados criados nos últimos anos, tais como o banco de dados de perfis genéticos (Lei n. 12.037/09, art. 5º-A, *caput*, incluído pela Lei n. 12.654/12) e o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais (Lei n. 12.037/09, art. 7º-C, incluído pela Lei n. 13.964/19).

Consoante disposto no art. 34-A do Estatuto do Desarmamento, os dados relacionados à coleta de registros balísticos serão armazenados no Banco Nacional de Perfis Balísticos, que tem como objetivo cadastrar armas de fogo e armazenar características de classe e individualizadoras de projéteis e de estojos de munição deflagrados por arma de fogo. O Banco será constituído pelos registros de elementos de munição deflagrados por armas de fogo relacionados a crimes, para subsidiar as apurações criminais federais, estaduais e distritais.

(...)

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

(...)

Art. 36. É revogada a Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997.

Art. 37. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 22 de dezembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

José Viegas Filho

Marina Silva

Este texto não substitui o publicado no DOU de 23.12.2003

35. REVOGAÇÃO DA LEI N. 9.437/97.

A antiga Lei de Armas foi expressamente revogada pelo art. 36 do Estatuto do Desarmamento.

36. VIGÊNCIA DA LEI N. 10.826/03.

O Estatuto do Desarmamento entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, no dia 23 de dezembro de 2003.

GENOCÍDIO

LEI N. 2.889/56

Define e pune o crime de genocídio.

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, §2º, do Código Penal, no caso da letra *a;*

Com as penas do art. 129, §2º, no caso da letra *b;*

Com as penas do art. 270, no caso da letra *c;*

Com as penas do art. 125, no caso da letra *d;*

Com as penas do art. 148, no caso da letra *e;*

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Não são poucos os exemplos de práticas genocidas ao longo dos séculos. No entanto, foi apenas com o fim da 2ª Guerra Mundial e a revelação do *holocausto* que a expressão genocídio tornou-se mais conhecida e passou a ser utilizada com frequência. O termo *genocídio* deriva da junção da expressão grega *genos,* que significa raça, e da expressão latina *cidio, coedere,* que consiste em *matar.*

A Lei n. 2.889/56 surge como o resultado de compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional. De fato, o Brasil aderiu à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, aprovada em Paris na III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Tal Convenção entrou em vigor no ano de 1951, incorporada pelo Brasil com o Decreto-Legislativo n. 02/51 e promulgada pelo Decreto n. 30.822/52. O art. 5º da referida Convenção impunha aos países signatários a obrigação de aprovar medidas legislativas que estabelecessem sanções penais aplicáveis aos responsáveis pelas práticas genocidas.

O crime de genocídio também consta como crime da competência do Tribunal Penal Internacional, sendo definido pelo art. 6º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional nos mesmos termos usados pelo art. 1º da Lei n. 2.889/56.

2. EXTRATERRITORIALIDADE INCONDICIONADA DA LEI PENAL BRASILEIRA.

De acordo com o art. 6º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, "as pessoas acusadas de genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela Corte Penal Internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição".

De se notar que a referida Convenção não estabelece a obrigatoriedade de os Estados contratantes punirem crimes de genocídio cometidos fora do seu território, mas também não impede que o façam. E é exatamente isso o que ocorre no ordenamento pátrio. De fato, com fundamento no princípio da justiça universal, o art. 7º, inciso I, alínea "d", do Código Penal, dispõe que ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil, hipótese em que o agente será punido pela lei brasileira, mesmo que absolvido ou condenado no estrangeiro (CP, art. 7º, §1º).

3. BEM JURÍDICO TUTELADO.

Conquanto o crime de genocídio possa ser cometido, por exemplo, por meio da morte de pessoas, ou através da causação de lesão grave à integridade física ou mental de membros de determinado grupo, daí não se pode concluir que o bem jurídico tutelado pela Lei n. 2.889/56 seja a vida ou a integridade corporal. Tutela-se, na verdade, um bem jurídico supraindividual, consubstanciado na existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, ao qual pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. É nesse sentido a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal: "(...) O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc.".[1]

4. NATUREZA HEDIONDA DO GENOCÍDIO.

De acordo com o art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 8.072/90, incluído pela Lei n. 13.964/19, reputa-se hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889/56, tentado ou consumado. Ao se referir expressamente aos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889/56, a Lei n. 8.072/90 rotula como hediondo não apenas o crime de genocídio propriamente dito, previsto no art. 1º, mas também os delitos de associação para fins de genocídio (Lei n. 2.889/56, art. 2º) e de incitação ao genocídio (Lei n. 2.889/56, art. 3º). Ao contrário do que ocorre com o crime de associação criminosa (CP, art. 288, com redação dada pela Lei n. 12.850/13), constituição de milícia privada (CP, art. 288-A, incluído pela Lei n. 12.720/12) e com outros delitos de associações (v.g., Lei n. 11.343/06, art. 35 – associação para o tráfico de drogas), que não tem natureza hedionda, vez que não listados no rol taxativo do art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos, a associação para a prática do genocídio é rotulada como crime hediondo pelo art. 1º, parágrafo único, I, da Lei n. 8.072/90. A exceção fica por conta do crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado, que passou a ser hediondo em virtude da entrada em vigor do Pacote Anticrime (Lei n. 8.072/90, art. 1º, parágrafo único, inciso V, incluído pela Lei n. 13.964/19).

5. SUJEITOS DO CRIME.

Ao longo dos séculos, diversas práticas genocidas foram cometidas sob a direção ou, ao menos, beneplácito do próprio Estado e de seus governantes.

Sem embargo, cuida-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive por um particular. Prova disso, aliás, é a causa de aumento de pena do art. 4º da Lei n. 2.889/56, segundo a qual a pena será agravada de 1/3 (um terço), no caso dos arts. 1º, 2º e 3º, quando cometido o crime por governante ou funcionário público. Ora, se o dispositivo prevê uma causa de aumento de pena para tais hipóteses, é de se concluir que o crime de genocídio não necessariamente precisa ser praticado por agentes do Estado.

Há quem entenda que o delito pode ser praticado inclusive por membros do grupo vitimado. É o que se denomina de *autogenocídio*.

O sujeito passivo do delito é a pessoa que sofre qualquer dos atos enumerados nas alíneas do art. 1º da Lei n. 2.889/56. Conquanto o crime de genocídio tenha como bem jurídico a existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, não se pode perder de vista que o ataque, em si, é perpetrado contra os integrantes desses grupos.

A propósito, ainda que um único membro desses grupos seja atingido por um dos meios executórios do genocídio, não se pode descartar a tipificação do crime do art. 1º, conquanto evidenciado o propósito do sujeito ativo de destruir tal grupo, no todo ou em parte. A única ressalva a esse regramento fica por conta da alínea "c", porquanto, nesse caso, a vítima é o grupo em si, e não um de seus membros.

6. TIPO OBJETIVO.

O crime de genocídio é praticado por meio de ações lesivas à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, que, na verdade, funcionam como modalidades executórias do crime do art. 1º da Lei n. 2.889/56. Enfim, o que se tem no genocídio é a prática de crimes comuns, que se transformam em genocídio quando a eles acrescentamos o especial fim de agir de *destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso*. Para a sua configuração, não é necessário que tais condutas ocorram em situação de guerra.

1. STF, Pleno, RE 351.487/RR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/08/2006, DJ 10/11/2006. No sentido de que o bem jurídico tutelado pelo genocídio não é a vida do indivíduo considerado em si mesmo, mas sim a vida em comum do grupo de homens ou parte deste: STJ, 5ª Turma, EDcl NO REsp 222.653/RR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 22/05/2001, DJ 13/08/2001 p. 203.

As condutas incriminadas pela Lei n. 2.889/56 reproduzem o texto do art. 2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio:

a) **matar membros do grupo:** corresponde ao crime de homicídio previsto no art. 121 do Código Penal, exclusivamente em sua modalidade dolosa, já que o genocídio não é punido a título culposo;

b) **causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo**: como o dispositivo faz referência à lesão *grave* à integridade física, o ideal é concluir que esta conduta está tipificada na legislação penal comum como lesão corporal grave e gravíssima (CP, art. 129, §1º e 2º). A lesão grave à integridade mental, por sua vez, está consubstanciada em outras práticas como escravidão, tortura psicológica ou violência sexual;

c) **submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial**: diversamente das hipóteses anteriores, a alínea "c" do art. 1º da Lei n. 2.889/56 não encontra perfeita adequação a um tipo penal específico do Código Penal. Não obstante, a doutrina sugere que tal conduta pode se dar "pela privação de alimentos, água, roupas, remédios, ou material de higiene; internação em campos de concentração ou de refugiados, exposição a intempérie, ou a condições de trabalho extenuantes, marchas forçadas, expulsão das casas ou local de moradia, ou outros atos que possam levar à destruição física do grupo. Não há, aqui, uma duração previamente determinada da imposição de tais condições para o reconhecimento do delito que pretende causar a morte lenta dos membros do grupo, ao contrário do homicídio. O delito é permanente e a duração da imposição das condições que pretendem levar à extinção deve ser verificada no caso concreto";[2]

d) **adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo**: são citados como exemplos de condutas que materializam essa modalidade executória do genocídio a esterilização em massa, a prática de abortos contra a vontade da gestante, separação de homens e mulheres, proibições de casamento e até mesmo a prática de estupros coletivos por homens de outros grupos étnicos;

e) **efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo:** o objetivo da alínea "e" é produzir o rompimento dos laços familiares, nacionais, étnicos, raciais ou religiosos. De acordo com o art. 2º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se *criança* a pessoa de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Referindo-se o dispositivo exclusivamente à transferência forçada de *crianças*, é de se concluir que, na eventualidade de tal conduta recair sobre *adolescentes e adultos*, não há falar em genocídio, pelo menos sob a ótica da alínea "e" do art. 1º da Lei n. 2.889/56, o que, logicamente, não afasta a tipificação do genocídio se a conduta se subsumir a uma das alíneas anteriores.

7. TIPO SUBJETIVO.

7.1. Dolo.

O dolo corresponde à vontade e consciência do agente em praticar uma das condutas descritas nas alíneas do art. 1º da Lei n. 2.889/56.

Não se admite a punição do crime de genocídio na modalidade culposa.

7.2. Especial fim de agir.

O tipo subjetivo do crime de genocídio do art. 1º da Lei n. 2.889/56 não é formado apenas pelo dolo. A ele deve se somar um especial fim de agir, consubstanciado na *intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso.* Perceba-se que a Lei n. 2.889/56 refere-se exclusivamente a esses grupos. Logo, na eventualidade de as modalidades executórias descritas nas alíneas do art. 1º serem cometidas contra grupos análogos, identificados, por exemplo, por uma orientação política, ideológica ou cultural, não há falar em genocídio.

Vejamos, então, os conceitos de grupo nacional, étnico, racial ou religioso:

a) **grupo nacional:** é aquele relativo à nação, ou seja, o grupo de indivíduos que falam a mesma língua e tem tradições comuns, formando uma unidade política, com território determinado e governado por legislação própria e um poder central;

b) **grupo étnico**: a *etnia* é tradicionalmente conceituada pela antropologia como um agrupamento humano constituído por vínculos intelectuais, como a cultura ou a língua. Enquanto o conceito de *raça* está relacionado a um grupo formado a partir de características biológicas comuns, o de *etnia* diz respeito a um grupo homogêneo do ponto de vista sociocultural. É dizer, enquanto a palavra *etnia* marca a disposição de acentuar os caracteres culturais comuns do grupo, não comportando

2. BALTAZAR Jr., José Paulo. *Crimes Federais.* 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 471. Segundo o autor, o delito pode ser classificado da seguinte forma: a) **genocídio físico**: caracterizado por atos que levam à morte dos membros do grupo atacado, como se dá com as alíneas "a", "b" e "c"; b) **genocídio biológico**: marcado por atos que não levam à morte dos membros existentes, mas ao término do grupo como tal, ao impedir o seu desenvolvimento e renovação, como é o caso das alíneas "d" e "e".

uma definição com base em características físicas, *raça* é um conceito cuja fundamentação científica é exclusivamente biológica, acolhendo o fenótipo;

c) **grupo racial:** historicamente, o conceito de *raça* está ligado à identificação de indivíduos segundo caracteres físicos ou biológicos constantes e hereditários. Atualmente, porém, diversos estudos científicos têm contestado essa noção de *raça*. Isso porque as distinções biológicas entre indivíduos que costumam ser identificados como membros da mesma *raça* não são maiores ou menores do que aquelas existentes entre indivíduos de raças diversas. Há precedentes do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: "(...) Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. (...)".[3] Sem embargo desses problemas de delimitação conceitual, é fato que as pessoas ainda insistem em discriminar umas às outras com fundamento na *raça*. Daí a insistência por parte do legislador da Lei n. 2.889/56 em fazer uso da referida expressão, à semelhança, aliás, do que ocorre em outros tipos penais, como, por exemplo, a injúria racial (CP, art. 140, §3º), os crimes de racismo previstos na Lei n. 7.716/89 e a Lei Antiterrorismo brasileira (Lei n. 13.260/16, art. 2º, *caput);*

d) **grupo religioso:** não é tarefa fácil definir o conceito de *religião*. Deveras, as práticas e crenças que se apresentam como *religião* são tão diversas que dificilmente é possível apontar um denominador comum entre elas. De todo modo, parece-nos que o termo pode ser analisado sob pelo menos quatro ângulos distintos: i) como conceito: crença, aspecto intelectual, suporte de ideias acerca da humanidade e do mundo; ii) como cerimônia: aspecto ritualístico, culto, liturgia, regras de contato com o sagrado; iii) como organização: aspecto normativo, regras impostas aos membros eclesiásticos e aos devotos; iv) como experiência: aspecto da emotividade. A palavra *religião* não é utilizada para indicar um modo exclusivo de manifestação da fé (como prática coletiva e organizada do ponto de vista institucional e litúrgico), servindo também para indicar toda sorte de crenças (ainda que individuais e não sistematizadas). A discriminação ou preconceito de *religião* também pode recair sobre aqueles que não professam nenhum tipo de fé. Para efeitos penais, é legítimo, portanto, falar em discriminação ou preconceito religioso contra os ímpios ou ateus, isto é, indivíduos discriminados por sua não opção religiosa, por sua incredulidade ou agnosia.

8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.

O crime de genocídio do art. 1º da Lei n. 2.889/56 estará consumado quando aperfeiçoada integralmente qualquer das condutas descritas em suas alíneas. A título de exemplo, se o agente deliberar pela prática do crime de genocídio por meio de lesões corporais graves, o delito estará consumado quando tais lesões estiverem consumadas. Perceba-se que o especial fim de agir – *destruição no todo ou em parte, de grupo nacional, étnico, racial ou religioso* – não precisa se aperfeiçoar para que o crime esteja consumado.

Em relação às condutas plurissubsistentes de *matar membros do grupo, causar lesão grave à integridade física ou mental de seus membros e transferência forçada de crianças,* admite-se, em tese, a tentativa. As demais condutas de imposição de condições de vida conducentes à destruição e o impedimento de nascimentos não são materiais. Logo, não admitem o *conatus.*

Especificamente em relação à tentativa, há de se dispensar especial atenção ao art. 5º da Lei n. 2.889/56. Diversamente do que ocorre no âmbito do Código Penal, em que a pena do crime tentado é diminuída de um a dois terços em relação à modalidade consumada, o art. 5º da Lei n. 2.889/56 dispõe que será punida com 2/3 (dois terços) das respectivas penas a tentativa dos crimes definidos na referida Lei. Cuida-se, portanto, de norma especial em relação ao art. 14, parágrafo único, do Código Penal.

9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA.

O crime de genocídio do art. 1º da Lei n. 2.889/56 pode ser classificado da seguinte forma:

a) **crime comum**: pode ser praticado por qualquer pessoa;

b) **crime formal**: existe um resultado – destruição, no todo ou em parte, de grupo nacional, étnico, racial ou religioso –, que, no entanto, não precisa ocorrer para que se verifique a consumação do delito;

c) **crime unissubjetivo:** ao longo dos séculos, as práticas genocidas sempre foram cometidas

3. STF, Pleno, HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, DJ 19/03/2004.

por uma pluralidade de agentes, já que o crime demanda certo grau de planejamento e organização. Todavia, a legislação não faz qualquer referência ao concurso necessário. Logo, mister se faz concluir que se trata de crime unissubjetivo, que pode ser praticado por um único agente, sem prejuízo, todavia, de eventual concurso de agentes.

10. PENAS.

Em relação às penas cominadas, o crime de genocídio do art. 1º da Lei n. 2.889/56 pode ser classificado como norma penal em branco às avessas (ao revés ou invertida). Como é cediço, norma penal em branco é aquela cujo preceito primário é incompleto, devendo, pois, ser complementado por uma outra norma. Norma penal em branco às avessas, por sua vez, é aquela em que o preceito secundário é incompleto.

É exatamente o que ocorre com a Lei n. 2.889/56, porquanto o referido diploma normativo determina que sejam aplicadas às práticas genocidas as penas cominadas a outros crimes, nos seguintes termos:

a) **alínea "a"**: devem ser aplicadas as penas cominadas ao crime de homicídio qualificado (CP, art. 121, §2º), ou seja, reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos;

b) **alínea "b"**: devem ser aplicadas as penas do crime de lesão corporal gravíssima (CP, art. 129, §2º), isto é, reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos;

c) **alínea "c"**: a pena a ser aplicada é aquela prevista para o crime de envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal (CP, art. 270), leia-se, reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos;

d) **alínea "d"**: deve ser aplicada a mesma pena cominada ao crime de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (CP, art. 125), qual seja, reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos;

e) **alínea "e"**: o *quantum* de pena é aquele previsto para o crime de sequestro e cárcere privado (CP, art. 148), que é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

11. CONFLITO APARENTE DE NORMAS.

O crime de genocídio também está previsto no Código Penal Militar, seja em tempos de paz (CPM, art. 208), seja em tempos de guerra (CPM, arts. 401 e 402). Para a aplicação dessa norma especial em relação à Lei n. 2.889/56, devem estar presentes uma das hipóteses do art. 9º do Código Penal Militar.[4]

12. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DO CRIME DE GENOCÍDIO.

12.1. Competência de Justiça.

É bem verdade que o delito de genocídio está previsto em tratado ou convenção internacional. No entanto, de acordo com o art. 109, inciso V, da Constituição Federal, o simples fato de o delito estar previsto em tratado ou convenção internacional assinada pelo Brasil não enseja, por si só, a competência da Justiça Federal. Para além disso, é imprescindível que o delito se revista do caráter de internacionalidade, ou seja, que reste caracterizada a internacionalidade territorial do resultado relativamente à conduta delituosa. Ora, como o delito de genocídio não preenche esse segundo pressuposto, tem-se que o crime de genocídio é da competência da Justiça Estadual, pelo menos em regra.

Como se trata de crime que envolve grave violação aos direitos humanos, afigura-se possível o incidente de deslocamento da competência para a Justiça Federal (CF, art. 109, inciso V-A, c/c art. 109, §5º), o qual, todavia, fica condicionado à demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. Assim, imaginando-se um massacre baseado em intuito genocida, e confirmada a negligência do Estado-membro em proceder à persecução penal, estará o Procurador-Geral da República autorizado a propor perante o Superior Tribunal de Justiça o incidente de deslocamento da competência pleiteando a remessa do feito à Justiça Federal.

Em que pese o fato de o delito de genocídio ser, em tese, da competência da Justiça Estadual, caso esse genocídio seja praticado contra índios, não há como se afastar a competência da Justiça Federal. Isso porque, como o delito teria o condão de atingir potencialmente a própria existência de uma determinada etnia indígena, inegável tratar-se de crime envolvendo a *disputa sobre direitos indígenas*, atraindo, por conseguinte, a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso XI, da Constituição Federal, e afastando a aplicação da súmula n. 140 do STJ ("Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima").

4. Para mais detalhes acerca do conceito de crime militar e, consequentemente, da competência da Justiça Militar da União e dos Estados, remetemos o leitor ao nosso *Manual de Processo Penal* (Salvador: Juspodivm, 2017).

12.2. Competência do juiz singular e do Tribunal do Júri.

Como o delito de genocídio não é crime doloso contra a vida, mas sim contra a existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso, eventual delito de genocídio deve ser processado e julgado, pelo menos em regra, perante um juiz singular. Assim, se o genocídio for praticado por meio da conduta descrita na alínea "d" do art. 1º da Lei n. 2.889/56, o agente deverá ser processado e julgado perante um juiz singular – estadual, pelo menos em regra, ou federal, se cometido em detrimento de índios.

Todavia, esse mesmo delito de genocídio pode ser praticado mediante morte de membros do grupo. Nesse caso, se o agente resolver matar vários integrantes do grupo, em circunstâncias semelhantes de tempo e de lugar, e com o mesmo *modus operandi*, deverá responder pelos diversos homicídios (em continuidade delitiva) e pelo crime de genocídio, em concurso formal impróprio, não sendo possível a aplicação do princípio da consunção. Nesse caso, os diversos crimes dolosos contra a vida praticados em continuidade delitiva deverão ser processados e julgados perante um Tribunal do Júri – em regra, Estadual; se cometido em detrimento de índios, Tribunal do Júri Federal –, que exercerá força atrativa em relação ao crime conexo de genocídio, tal qual dispõe o art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal.[5]

> **Art. 2º** Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior:
>
> **Pena:** Metade da cominada aos crimes ali previstos.

13. ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE GENOCÍDIO.

Espécie de crime contra a paz pública, o delito do art. 2º da Lei n. 2.889/56 pode ser definido como a associação estável e permanente de mais de 3 (três) pessoas com o fim específico de cometer os crimes de genocídio previstos no art. 1º do referido diploma normativo.

Cuida-se de crime plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário, figurando como espécie de crime de conduta paralela, já que os diversos agentes (pelo menos três) auxiliam-se mutuamente com o objetivo de produzir um mesmo resultado, a saber, a união estável e permanente para a prática de crimes de genocídio. Pouco importa que os componentes da associação criminosa não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica, bastando que o fim almejado seja o cometimento de crimes pelo grupo.

Evidenciada a presença de mais de 3 (três) pessoas, é de todo irrelevante que um deles seja inimputável – qualquer que seja a causa da inimputabilidade penal (v.g., menoridade, doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado) –, que nem todos os integrantes tenham sido identificados, ou mesmo que algum deles não seja punível em razão de alguma causa pessoal de isenção de pena.

A associação deve apresentar estabilidade ou permanência, características relevantes para sua configuração, o que diferencia esta figura delituosa do concurso eventual de agentes a que se refere o art. 29 do Código Penal. O objetivo específico da associação é a prática dos crimes de genocídio previstos no art. 1º da Lei n. 2.889/56.

A associação não precisa estar formalizada, sendo suficiente que seja fática ou rudimentar. Não é necessária hierarquia entre seus membros, nem tampouco que se conheçam ou vivam em um mesmo local. Sua tipificação depende da conjunção dos seguintes elementos: a) concurso necessário de mais de 3 (três) pessoas; b) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de crimes de genocídio; c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa.

Cuida-se de crime permanente, ou seja, aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento. Como se vê, uma das principais características do crime permanente consiste em o agente poder fazer cessar a perturbação do bem jurídico a qualquer momento: ele possui o domínio do fato, da conduta e do resultado. Por isso, enquanto não cessar a permanência, é perfeitamente possível a prisão em flagrante (CPP, art. 303), inclusive com violação de domicílio sem prévia autorização judicial, já que a própria Constituição Federal aponta o flagrante delito como uma das exceções à cláusula de reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XI). Ademais, ainda que determinado indivíduo tenha se associado ao grupo quando ainda era menor, deverá ser responsabilizado normalmente pelo crime do art. 2º da Lei n. 2.889/56 se atingir a idade de 18 (dezoito) anos enquanto o delito se

5. Com esse entendimento: STF, Pleno, RE 351.487/RR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 10/11/2006.

encontrar em plena consumação, tal qual disposto na súmula n. 711 do Supremo ("A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência").

13.1. Consumação e tentativa.

Em se tratando de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, consuma-se a associação criminosa com a simples associação de mais de 3 (três) pessoas para a prática de crimes, pondo em risco, presumidamente, a paz pública. Sua consumação independe, portanto, da prática de qualquer ilícito de genocídio pelos agentes reunidos na *societas delinquentium*. Trata-se, portanto, de crime de perigo abstrato cometido contra a coletividade (crime vago), punindo-se o simples fato de se figurar como integrante da associação.

O crime de associação criminosa para a prática de genocídio é incompatível com o *conatus*. Considerando-se que o art. 2º da Lei n. 2.889/56 exige a associação de mais de 3 (três) pessoas para o fim específico de cometer crimes de genocídio, forçoso é concluir que, presentes a estabilidade e a permanência do agrupamento, o delito estará consumado; caso contrário, o fato será atípico.

13.2. Pena.

Atente-se para o necessário cotejo entre o art. 2º da Lei n. 2.889/56 e o art. 8º da Lei n. 8.072/90, que prevê que *será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos*, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Ora, considerando-se que, por força do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90, o crime de associação para a prática de genocídio previsto no art. 2º da Lei n. 2.889/56 também é considerado crime hediondo, a ele deve ser aplicada a pena cominada no art. 8º da Lei n. 8.072/90, que prevê a pena de três a seis anos de reclusão para toda forma de associação para a prática de crime hediondo.[6]

13.3. Concurso de crimes.

Se os membros da associação praticarem os crimes de genocídio para os quais se associaram, deverão responder pelo crime do art. 2º em concurso material com o ilícito do art. 1º, ambos da Lei n. 2.889/56. À evidência, para que os integrantes do grupo criminoso respondam pelos delitos praticados pela associação, é indispensável que tais infrações penais tenham ingressado na esfera de conhecimento de cada um deles, sob pena de verdadeira responsabilidade penal objetiva. Logo, o agente não poderá ser responsabilizado por um genocídio praticado pelos demais integrantes do grupo ao qual se associou caso não soubesse, de antemão, que tal delito seria executado pela associação.

> **Art. 3º** Incitar, direta e publicamente alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º:
>
> Pena: Metade das penas ali cominadas.
>
> **§1º** A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumar.
>
> **§2º** A pena será aumentada de 1/3 (um terço), quando a incitação for cometida pela imprensa.

14. INCITAÇÃO À PRÁTICA DO GENOCÍDIO.

A história confirma a tese de que toda e qualquer prática genocida é precedida ou acompanhada de incitação, não apenas para criar o ambiente propício aos atos de violência, mas também de modo a obter pelo menos a complacência da maioria da população, como ocorreu, por exemplo, na Alemanha de Hitler e em Ruanda.

Não por outro motivo, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio dispõe expressamente que a incitação direta e pública a cometer o genocídio deve ser objeto de punição pelos Estados contratantes.

A incriminação do referido delito é perfeitamente compatível com a liberdade de expressão, porquanto não se pode admitir a utilização de um direito como escudo protetivo para atividades ilícitas, como, por exemplo, disseminar o ódio em virtude do grupo nacional, étnico, racial ou religioso ao qual pertence determinado indivíduo.

14.1. Bem jurídico tutelado.

O crime de incitação ao crime previsto no art. 286 do Código Penal ("Incitar, publicamente, a prática de crime") é considerado crime contra a paz pública. Prova disso é a própria localização topográfica do delito no Código Penal.

Sem embargo da aparente semelhança entre os dois delitos, parece-nos que o delito de *incitação ao genocídio* tutela o mesmo bem jurídico protegido

6. Com esse entendimento: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 592. Na mesma linha: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 333.

pelo crime de genocídio, a saber, a existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Ora, diversamente do crime do art. 286 do CP, não se trata de incitar a prática de um crime qualquer, mas sim de incitar alguém a cometer o crime de genocídio. Cuida-se, portanto, de verdadeira antecipação da intervenção do Direito Penal, de modo a proteger o mesmo bem jurídico tutelado pelos crimes de que trata o art. 1º da Lei n. 2.889/56.

14.2. Sujeitos do crime.

Em relação ao sujeito ativo, cuida-se de crime comum ou geral, que pode ser praticado por qualquer pessoa.

Diversamente do crime do art. 286 do Código Penal, que tem como sujeito passivo a coletividade, pois a paz pública é do interesse de todos, o sujeito passivo do delito do art. 3º da Lei n. 2.889/56 é a pessoa que foi incitada a praticar qualquer dos crimes previstos em seu art. 1º. Nesse sentido, basta atentar para a diferença dos respectivos tipos penais incriminadores. Enquanto o art. 286 do CP dispõe que é crime *incitar, publicamente, a prática de crime,* o art. 3º da Lei n. 2.889/56 é categórico ao tipificar a conduta de *incitar alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º.* A nosso juízo, é este *alguém* que figura como sujeito passivo desse delito.

14.3. Tipo objetivo.

É formado pelo verbo *incitar,* no sentido de estimular, incentivar publicamente a prática de crime, imediatamente ou no futuro.

Esta incitação deve ocorrer de maneira direta e pública. Por consequência, a mera afirmação racista, sem menção, todavia, à destruição do grupo nacional, étnico, racial ou religioso, não tipifica o crime do art. 3º da Lei n. 2.889/56, subsistindo, todavia, a punição pelo crime do art. 20 da Lei n. 7.716/89.

O crime do art. 3º da Lei n. 2.889/56 funciona com norma especial em relação ao crime do art. 286 do Código Penal, demandando, para fins de tipificação, que a incitação diga respeito à prática dos crimes de genocídio previstos no art. 1º.

Essa incitação deve estar relacionada à prática de crimes de genocídio determinados, embora não se exija a indicação dos meios de execução a serem empregados ou as vítimas dos delitos a serem perpetrados.

Se o delito de genocídio se consumar, o autor da incitação não será considerado partícipe do crime do art. 1º. Responderá, todavia, pela modalidade qualificada de incitação prevista no art. 3º, §1º, da Lei n. 2.889/56: "A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumar".

14.4. Tipo subjetivo.

É o dolo, independentemente de qualquer finalidade específica. Diversamente do crime do art. 1º, cujo tipo subjetivo demanda a presença de um especial fim de agir – *intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso* –, o art. 3º não faz nenhuma referência a esse *dolo específico.* Não se admite a modalidade culposa.

14.5. Consumação e tentativa.

Trata-se de crime material. Consuma-se, pois, no exato momento em que alguém for incitado a cometer qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 2.889/56.

Para fins de tipificação do art. 3º da Lei n. 2.889/56, é de todo irrelevante que qualquer dos crimes de genocídio previstos em seu art. 1º tenham sido ou não praticados. Prova disso, aliás, é a leitura conjunta do preceito secundário do art. 3º – "Pena: Metade das penas ali cominadas" – e o disposto em seu §1º "A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumar". Ora, se o próprio art. 3º, §1º, da Lei n. 2.889/56, dispõe que será aplicada a mesma pena do crime incitado se este se consumar, é evidente que a consumação de tal delito não é condição *sine qua non* para a consumação do crime do art. 3º.

14.6. Conflito aparente de normas.

Para além do delito de incitação ao crime previsto no art. 286 do Código Penal, há outras figuras delituosas assemelhadas:

a) o art. 23 da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83) tipifica a seguinte conduta delituosa: "Incitar: I – à subversão da ordem política ou social; II – à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis; III – à luta com violência entre as classes sociais; IV – a prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei". De se lembrar que a tipificação desses crimes políticos de competência da Justiça Federal (CF, art. 109, IV) demanda a presença de motivação política (Lei n. 7.170/83, art. 2º, I e II);

b) o Código Penal Militar prevê o crime de incitamento em seu art. 155 nos seguintes termos: "Incitar à desobediência, à indisciplina ou à prática de crime militar".

Art. 4º A pena será agravada de 1/3 (um terço), no caso dos arts. 1º, 2º e 3º, quando cometido o crime por governante ou funcionário público.

15. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DOS CRIMES DE GENOCÍDIO.

Como exposto anteriormente, o crime de genocídio é exemplo de crime comum. Se, todavia, for cometido por governante ou funcionário público, a pena cominada aos crimes dos arts. 1º, 2º e 3º deve ser agravada de 1/3 (um terço).

Conquanto o legislador faça uso do verbo *agravar,* não se trata de agravante propriamente dita, daí por que sua incidência deve se dar na terceira fase do cálculo de pena.

O conceito de funcionário público pode ser extraído do art. 327 do Código Penal ("Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública").

Art. 5º Será punida com 2/3 (dois terços) das respectivas penas a tentativa dos crimes definidos nesta lei.

16. PUNIÇÃO DO CRIME TENTADO.

De acordo com o art. 14, parágrafo único, do Código Penal, *salvo disposição em contrário,* pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Como se percebe, o dispositivo em questão estabelece a regra geral, mas ele mesmo ressalva a possibilidade de haver disposição em contrário. E é exatamente isso o que faz o art. 5º da Lei n. 2.889/56, verdadeira norma especial em relação ao art. 14, parágrafo único, do CP, porquanto dispõe que será punida com 2/3 (dois terços) das respectivas penas a tentativa dos crimes definidos no referido diploma normativo.

Art. 6º Os crimes de que trata esta lei não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

17. (IM) POSSIBILIDADE DE EXTRADIÇÃO E DE ENTREGA.

Os crimes de genocídio não são considerados políticos para fins de extradição. O dispositivo sob comento reproduz, em sua integralidade, o quanto previsto no art. 7º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio: "O genocídio e os outros atos enumerados no art. III não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição".

Não se pode olvidar, todavia, que o Brasil aderiu à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e, de acordo com o Estatuto de Roma, que o criou, os Estados devem cooperar com o TPI, e esta cooperação abrange a obrigação de cumprir as ordens do Tribunal e de entregar as pessoas procuradas.

Nesse contexto, não se pode confundir *entrega (surrender)* com extradição. O próprio Estatuto de Roma estabelece, em seu texto, clara distinção entre os referidos institutos – o da entrega ("surrender"/"remise") e o da extradição –, fazendo-o, de modo preciso, nos seguintes termos: "Artigo 102 Termos Usados Para os fins do presente Estatuto: a) Por 'entrega', entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto. b) Por 'extradição', entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno." Vê-se daí que, embora a entrega de determinada pessoa constitua resultado comum a ambos os institutos, considerado o contexto da cooperação internacional na repressão aos delitos, há, dentre outros, um elemento de relevo que os diferencia no plano conceitual, eis que a extradição somente pode ter por autor um Estado soberano, e não organismos internacionais, ainda que revestidos de personalidade jurídica de direito internacional público, como o Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma, Artigo 4º, nº 1).

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 1 de outubro de 1956; 135º da Independência e 68º da República.

JUSCELINO KUBITSCHEK

Nereu Ramos

Este texto não substitui o publicado no DOU de 2.10.1956

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

LEI 12.037/2009

Art. 1º. O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.

1. CONCEITO.

Para que o Estado possa punir o autor do delito, é indispensável o conhecimento efetivo e seguro de sua correta identidade, sobretudo se considerarmos que a própria Constituição Federal prevê que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, 1ª parte). De fato, ainda que não haja qualquer dúvida quanto à autoria do fato delituoso, há situações em que pode haver certa incerteza quanto à verdadeira identidade do autor do crime: afinal, durante a coleta de dados de identificação, é bastante comum que o autor do delito omita seus dados pessoais, apresente informações inexatas, mentindo, usando documento falsos, ou atribuindo-se falsa identidade.

Sobressai daí a importância da identificação criminal, que desempenha papel fundamental no auxílio da aplicação do direito penal, porquanto, através dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que praticou a infração penal sob investigação, possibilitando o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, a fim de que, ao término da persecução penal, lhe sejam impostas as sanções decorrentes do delito praticado. Por meio dela, o Estado objetiva processar e condenar o verdadeiro autor do fato delituoso, evitando-se o calvário inerente à condenação e prisão de um inocente.

2. DISTINÇÃO ENTRE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL, QUALIFICAÇÃO DO INVESTIGADO, RECONHECIMENTO DE PESSOAS E INDICIAMENTO.

A identidade humana é fator de segurança jurídica essencial à vida em sociedade. Sua ausência, imprecisão, falsidade ou dissimulação pode repercutir negativamente, notadamente em sede processual penal, quando, exemplificativamente, um inocente pode ser preso em virtude de o verdadeiro autor do delito ter se identificado falsamente. Por conta disso, incumbe ao Estado desenvolver métodos e procedimentos capazes de individualizar e distinguir a pessoa, sem que isso represente violação a direitos fundamentais.

A identificação criminal não se confunde com a qualificação do investigado. A identificação criminal tem por finalidade tornar a pessoa humana exclusiva, e diz respeito à identificação datiloscópica, fotográfica e genética, sendo possível apenas nos casos previstos em lei quando o indivíduo se identificar civilmente (CF, art. 5º, LVIII). A qualificação do investigado deve ser compreendida como sua individualização através da obtenção de dados como nome completo, naturalidade, filiação, nacionalidade, estado civil, domicílio, etc. A qualificação do investigado não traz qualquer forma de constrangimento, sendo que o art. 68 da Lei de Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/41) tipifica a conduta de recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência.

A Identificação criminal também não se confunde com o reconhecimento de pessoas. Naquela, notadamente nas hipóteses de identificação datiloscópica e do perfil genético, há o emprego de técnica científica de elevada complexidade, sendo que o ato de identificação pressupõe conhecimentos técnicos por parte do identificador. Tendo por objeto uma variedade de características físicas e biológicas, a identificação prioriza o estabelecimento de critérios científicos que permitem excluir um indivíduo do universo de pessoas, de modo objetivo e seguro.

Por outro lado, o reconhecimento de pessoas (CPP, art. 226), fundado nos sentidos visuais, auditivos ou táteis proporcionados por uma experiência passada que é renovada no presente, não exige habilidade específica, cuidando-se de mera comparação leiga feita com a finalidade de se encontrar semelhanças entre pessoas. Assim, enquanto a identificação é feita por um técnico, o reconhecimento é feito por uma pessoa leiga (ofendido ou testemunhas). Por consequência, o reconhecimento está submetido às impressões subjetivas que tendem a ser distorcidas de acordo com o passar do tempo ou por fatores de ordem emocional.

Por fim, como a Lei nº 12.037 faz menção à identificação criminal do *indiciado* (v.g., art. 3º, incisos II e III), também é conveniente apartar a identificação criminal do indiciamento. Enquanto a identificação criminal tem como objetivo apontar a individualidade e exclusividade de uma pessoa humana, a fim de se ter certeza de que o verdadeiro autor do delito está sendo punido, o indiciamento é um ato privativo da autoridade policial, por meio do qual se atribui a autoria (ou participação) de uma infração penal a determinada pessoa.[1]

3. LEIS RELATIVAS À IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.

Antes da Constituição Federal de 1988, a identificação criminal era tida como a regra, ainda que o indivíduo tivesse se identificado civilmente. Era esse, aliás, o teor do enunciado da súmula nº 568 do Supremo Tribunal Federal: "A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente". Esse entendimento acabou dando ensejo a práticas policiais abusivas e autoritárias, notadamente em relação à famosa "prisão para averiguações", por meio da qual o indivíduo era coercitivamente conduzido até a Delegacia de Polícia de modo a apurar sua identidade e antecedentes, sem nenhum mandado judicial.

Sob o argumento de que a persecução penal poderia ser levada adiante sem que fosse acompanhada da obrigatória identificação criminal do civilmente identificado, a Constituição Federal passou a dispor em seu art. 5º, LVIII, que *o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.*

A razão histórica para a inclusão desse preceito no texto constitucional está relacionada à publicidade abusiva que foi conferida a identificações criminais realizadas em Delegacias de Polícia. Como observa Nucci, "simbólico foi o particular caso, envolvendo um general de projeção nacional, que terminou indiciado pela polícia civil do Rio de Janeiro. Para acompanhar tal ato, vulgarmente conhecido por 'tocar piano' (os dedos, sujos de tinta, eram colocados um a um sobre uma planilha, semelhante ao teclado de um piano, para colher a impressão digital dos dez dedos das mãos), convidou-se a imprensa e houve filmagem e fotos suficientes para transformar algo natural (identificação criminal) em cena circense e teatral. Não há dúvida que um indiciamento é algo grave e, se realizado em público, constrange aquele que está sendo investigado. As cenas de indiciamentos 'públicos' chegaram ao Congresso Nacional, que, então, cuidou de introduzir dentre os direitos individuais, a proibição de identificação criminal para quem já fosse identificado civilmente".[2]

Como se percebe, o que antes da Constituição Federal de 1988 era a regra passou a ser a exceção, estando a identificação criminal do civilmente identificado condicionada à previsão em lei.[3] Daí a importância de verificarmos os dispositivos legais que, ao longo dos anos, passaram a dispor sobre a identificação criminal:[4]

1) **art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente**: o *adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada;*

2) **art. 5º da revogada Lei nº 9.034/95**: *a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.* Tinha-se, pois, hipótese de identificação criminal compulsória de pessoas envolvidas com o crime organizado, independentemente da existência de identificação civil. Em sentido diverso, a nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) deixou de prever a obrigatoriedade de identificação criminal para o civilmente identificado;

3) **Lei nº 10.054/00:** posteriormente revogada pela Lei nº 12.037/09, a Lei nº 10.054/00 passou a regulamentar de maneira específica a identificação

1. Para mais detalhes acerca do indiciamento, remetemos o leitor ao capítulo referente à "Investigação Criminal conduzida pelo Delegado de Polícia (Lei n. 12.830/13)".

2. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 410.

3. Nesse sentido: STF, 1ª Turma, RHC 66.881/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 07/10/1988, DJ 11/11/1988.

4. De acordo com o art. 12, inciso VI, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, deverá a autoridade policial *ordenar a identificação do agressor.* A nosso ver, este dispositivo não criou uma nova hipótese de identificação criminal obrigatória além daquelas previstas na Lei nº 12.037/09. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor ao Capítulo referente à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

criminal no ordenamento pátrio. Como o art. 3º, inciso I, da revogada Lei nº 10.054/00, enumerava, de forma incisiva, determinados crimes em que a identificação criminal seria compulsória – homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público –, não constando, dentre eles, a hipótese em que o acusado estivesse envolvido com a ação praticada por organizações criminosas, concluiu a 5ª Turma do STJ, à época, que o preceito do art. 5º da Lei nº 9.034/95 teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 10.054/00;[5]

4) **Lei nº 12.037/09:** ao contrário da lei anterior (Lei nº 10.054/00), que estabelecia um rol taxativo de delitos onde a identificação criminal seria obrigatória, ainda que o investigado se identificasse civilmente, a Lei nº 12.037/09 deixou de estabelecer a espécie de crime como critério para a determinação da identificação criminal. Considerando-se que o art. 1º da Lei nº 12.037/09 preceitua que a identificação criminal só poderá ocorrer *nos casos previstos nesta lei*, e tendo em conta que a Lei nº 10.054/00 foi expressamente revogada pelo art. 9º da Lei nº 12.037/09, há de se concluir pela revogação tácita do art. 5º da Lei nº 9.034/95, que inclusive já se tinha como revogado desde o advento da Lei nº 10.054/00. Raciocínio semelhante há de ser aplicado também ao art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, doravante, a identificação criminal somente será possível nas hipóteses estabelecidas no art. 3º da Lei nº 12.037/09;[6]

5) **Lei nº 12.654/12:** esse diploma normativo passou a prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal em duas hipóteses bem diversas:

5.1. Lei da Identificação criminal: consoante disposto no art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 12.037/09, incluído pela Lei n. 12.654/12, se a identificação genética for essencial às investigações policiais, a autoridade judiciária competente poderá determinar a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético;[7]

b) Lei de Execução Penal: por força do art. 9º-A, *caput*, da LEP, também incluído pela Lei n. 12.654/12, os condenados por crimes praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.072/90,[8] serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. Como se pode notar, diversamente da identificação genética prevista na Lei n. 12.037/09, não há, no caso da LEP, necessidade de prévia autorização judicial para fins de coleta do material biológico. Na verdade, a autorização judicial só se faz necessária para que a autoridade policial, federal ou estadual, no caso de inquérito instaurado, tenha acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético (LEP, art. 9º-A, §2º). Para além disso, no caso da LEP, a identificação do perfil genético está circunscrita a um rol taxativo de delitos, o que a diferencia daquela prevista na Lei n. 12.037/09, a qual pode ser determinada pelo juiz independentemente da natureza do delito (v.g., crime doloso, culposo, infração de menor potencial ofensivo, etc.), desde que a medida em questão se revele indispensável para as investigações policiais. Por ocasião da apresentação do Projeto que deu origem à Lei n. 13.964/19, pretendia-se ampliar sobremaneira os condenados que estariam sujeitos a essa identificação compulsória do perfil genético. De fato, era nesse sentido a nova redação proposta para o *caput* do art. 9º-A da LEP: "Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional". O dispositivo, porém, foi vetado pelo Presidente da República, com base nos seguintes argumentos: "A proposta legislativa, ao alterar o *caput* do art. 9º-A, suprimindo a menção expressa aos crimes hediondos, previstos na Lei n. 8.072/90, em

5. STJ, 5ª Turma, RHC 12.965/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/10/2003, DJ 10/11/2003 p. 197. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 12.968/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/08/2004, DJ 20/09/2004, p. 303.

6. Na mesma linha é o entendimento de Eduardo Luiz Santos Cabette. *Comentários iniciais à nova lei de identificação criminal (Lei nº 12.037/09). Jus navigandi*, ano 14, nº 2.288, Teresina, 6 out. 2009. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/13628. Acesso em: 15 maio 2011. E ainda: AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 185; ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito processual penal*. 8ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2013. p. 30.

7. Para mais detalhes acerca da coleta do material biológico para fins de identificação do perfil genético introduzida na Lei n. 12.037/09, remetemos o leitor aos comentários ao art. 5º, parágrafo único, do referido diploma normativo.

8. Na hipótese do art. 9º-A da LEP, a identificação obrigatória do perfil genético deverá ser feita apenas nos crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra pessoa – leia-se, dos quais resultem lesões graves, gravíssimas, ou a morte da vítima –, ou por qualquer dos crimes hediondos previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90. Referindo-se o dispositivo apenas aos crimes hediondos, não se pode admitir a obrigatoriedade de identificação genética para os condenados por crimes equiparados a hediondos (v.g., tráfico de drogas), salvo se tal delito for cometido dolosamente com violência de natureza grave contra pessoa (v.g., tortura).

substituição somente a tipos penais específicos, contraria o interesse público, tendo em vista que a redação acaba por excluir alguns crimes hediondos considerados de alto potencial ofensivo, a exemplo do crime de genocídio e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, além daqueles que serão incluídos no rol de crimes hediondos com a sanção da presente proposta, tais como os crimes de comércio ilegal de armas, de tráfico internacional de arma e de organização criminosa". Ante o veto presidencial, subsiste a redação do *caput* do art. 9º-A, tal qual determinada pela Lei n. 12.654/12. Diversamente da hipótese prevista no art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/09, em que a identificação do perfil genético é feita para ser utilizada como prova em relação a um crime já ocorrido, no caso do art. 9º-A, *caput*, da LEP, a coleta compulsória do material genético será feita apenas em relação aos condenados pela prática de um rol taxativo de delitos, sendo que a identificação irá para um banco de dados de modo a ser usada eventualmente em persecuções criminais indeterminadas, de crimes que já foram ou que vierem a ser cometidos. A redação do art. 9º-A, *caput*, da LEP, não é muito clara acerca do momento exato em que deve ocorrer a coleta do material genético do sentenciado. Refere-se tão somente a "condenado". Pela topografia do referido preceito legal, é sabido que essa coleta ocorre por ocasião da classificação do sentenciado no início da execução da pena. Logo, partindo-se da premissa de que o Supremo Tribunal Federal condiciona o cumprimento da prisão penal ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória (ADC's 43, 44 e 54), parece ser este o momento adequado para a identificação do perfil genético do condenado. Não se revela possível, portanto, a coleta de material biológico de presos cautelares para fins de identificação do perfil genético, pelo menos com base no art. 9º-A, *caput*, da LEP. A tal conclusão também podemos chegar por meio de uma análise da própria tramitação do denominado "Projeto Moro". Explica-se: por ocasião da sua apresentação no Congresso Nacional, sugeria-se a seguinte redação ao *caput* do art. 9º-A da LEP: "Os condenados por crimes praticados com dolo, *mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória*, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional" (nosso grifo). Esta redação sugerida, porém, como visto anteriormente, sequer foi aprovada nesses termos pelo Congresso Nacional, isso sem contar o ulterior veto presidencial. Destarte, como consequência decorrente do trânsito em julgado de sentença condenatória, o condenado deverá fornecer amostra biológica de maneira compulsória, a qual vai dar origem a um perfil genético que vai alimentar um banco de dados sigiloso. Uma vez confrontado com outros perfis já armazenados nesse mesmo banco de dados, oriundos de cenas de crimes não elucidados, ou até mesmo extraído do corpo de vítimas de crimes violentos ou sexuais, eventual coincidência ("match") poderá torná-lo suspeito de tal crime, cuja elucidação talvez jamais fosse possível sem a existência de um banco de dados de perfis genéticos. A título de exemplo, o resultado do cruzamento de DNA colhido em cenas de crime com o material genético de um suspeito, preso no final de 2018, conseguiu provar a participação dele em três crimes diversos: no homicídio de um agente federal de execução penal em Cascavel, ocorrido em 2016; no roubo à base da Prosegur, em Ciudad Del Este, Paraguai, em 2017; e na explosão de um caixa eletrônico do Banco do Brasil, em Campo Grande, no mesmo ano. As investigações da PF apontavam a participação do criminoso no homicídio e havia suspeita de que ele tinha participado do crime no Paraguai. O terceiro crime nem estava no radar das investigações. O cruzamento das informações só foi possível porque os vestígios biológicos, coletados por peritos nos respectivos locais do crime, estavam inseridos no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG).[9] Noutro giro, visando corrigir um lapso da Lei n. 12.654/12 no tocante aos indivíduos que já estavam, à época de sua vigência, cumprindo prisão penal, a Lei n. 13.964/19 acrescentou ao art. 9º-A da LEP um §4º para dispor expressamente que "o condenado pelos crimes previstos no *caput* deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena". Fica evidente, portanto, que a coleta compulsória do material genético deverá abranger toda e qualquer pessoa condenada irrecorrivelmente pelos crimes acima mencionados, pouco importando que seu ingresso no estabelecimento prisional tenha ocorrido antes ou depois da vigência da Lei n. 13.964/19, sem que se possa objetar qualquer violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, por não

9. Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes. Disponível em: < https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45> Acesso em 26/02/2020 às 06:35.

estarmos diante de norma que versa sobre o *ius puniendi* do Estado. O Pacote Anticrime também aprimorou a Lei de Execução Penal ao prever, expressamente, que a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético constitui falta grave (LEP, art. 9º-A, §8º, e art. 50, VIII). Pelo menos até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, não havia regramento explícito nesse sentido. Na verdade, havia quem dissesse que, como a coleta do material biológico era compulsória, não podendo dela se esquivar o condenado, eventual resistência de sua parte implicaria, *de per si*, em falta no curso da execução penal, eis que o apenado estaria se negando a cumprir uma ordem recebida, violando, pois, um dos deveres a que está sujeito (LEP, art. 39, V).[10] De modo a se afastar a necessidade de todo esse esforço interpretativo, andou bem o legislador ao prever, explicitamente, que a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético terá, doravante, de maneira direta e imediata, o condão de caracterizar falta grave.

Art. 2º. A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

~~II – carteira de trabalho;~~ (Revogado pela Medida Provisória n. 905, de 2019)

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

4. DOCUMENTOS ATESTADORES DA IDENTIFICAÇÃO CIVIL.

No âmbito criminal, a identificação do indivíduo pode ser feita por meio de documentos civis, o que, em tese, supre a necessidade de individualizar a pessoa por outros métodos. Como deixa entrever o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, na hipótese de o indivíduo se identificar civilmente, não haverá necessidade de ser identificado criminalmente, salvo nas hipóteses previstas em lei.

O art. 2º da Lei nº 12.037/09 dispõe sobre o rol de documentos que podem atestar a identificação civil das pessoas, o que, por consequência, impede a identificação criminal, pelo menos em regra. São eles: carteira de identidade, carteira de trabalho (revogado pela Medida Provisória n. 905, de 2019), carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional, ou outro documento público que permita a identificação do indiciado (v.g., carteira nacional de habilitação, cujo atual *layout* permite a identificação civil da pessoa). Para as finalidades da Lei nº 12.037/09, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

As carteiras expedidas por órgãos fiscalizadores do exercício profissional, criados por lei federal, têm o mesmo valor do documento de identidade, diante do teor da Lei nº 6.206/75, servindo, portanto, como forma de comprovação da identidade das pessoas. Ademais, aos advogados e membros do Ministério Público, é assegurado que o documento de identidade profissional ou a carteira funcional sirvam como prova de identidade civil ou cédula de identidade, *ex vi* do art. 13 da Lei nº 8.906/94 e do art. 42 da Lei nº 8.625/93.

Apesar de o art. 2º, inciso VI, da Lei nº 12.037/09, fazer menção a qualquer *outro documento público que permita a identificação do indiciado*, queremos crer que uma certidão de nascimento, por si só, não é capaz de identificar civilmente o indivíduo, haja vista não ser dotada de fotografia. Aliás, o próprio art. 3º, II, da Lei nº 12.037/09, autoriza a identificação criminal quando o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado.

A Lei nº 10.054/00 dispunha que o civilmente identificado por documento *original* não seria submetido à identificação criminal, exceto nas hipóteses discriminadas no art. 3º. A Lei nº 12.037/09, em seu art. 3º, fala apenas em apresentação de documento de identificação, sem dizer se tal documento teria que ser o *original* ou se bastaria uma cópia. A nosso ver, esse silêncio eloquente demonstra que a cópia de documento de identificação, desde que devidamente autenticada, é capaz de suprir a ausência do *original*, sobretudo se considerarmos que o próprio art. 232, parágrafo único, do CPP, dispõe que a fotocópia do documento devidamente autenticada tem o mesmo valor que o original.[11]

10. LEP: "Art. 39. Constituem deveres do condenado: (...) V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; (...)".

11. Em sentido diverso, Norberto Avena (*Processo penal esquematizado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 193) sustenta que é inconcebível a identificação civil de quem apresentar cópia de documento, mesmo que autenticada, já que a lei não contemplou essa possibilidade.

Caso o indiciado ou flagranteado não esteja com o documento de identificação civil em mãos, incumbe à autoridade policial conceder *prazo razoável* para que o apresente, ou para que pessoa de sua confiança o faça, evitando-se, assim, precipitada identificação criminal. Ao contrário da revogada Lei nº 10.054/00, que dispunha expressamente que este prazo seria de 48 (quarenta e oito) horas (art. 3º, VI), não consta da Lei nº 12.037/09 qualquer referência acerca do assunto. Este silêncio eloquente deve ser interpretado no sentido de que, doravante, por mais que a autoridade policial possa aguardar algumas horas para que um familiar possa apresentar um dos documentos listados no art. 2º, o indiciado não mais dispõe de 48 (quarenta e oito) horas para a comprovação de sua identificação civil. Com isso, o legislador visa evitar que alguém possa se evadir do distrito da culpa durante esse lapso temporal, prejudicando-se, consequentemente, não apenas as investigações criminais, como a própria deflagração da persecução penal *in iudicio*.

> **Art. 3º.** Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:
>
> I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
>
> II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
>
> III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
>
> IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
>
> V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
>
> VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.
>
> **Parágrafo único.** As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

5. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.

Interpretando-se *a contrario sensu* o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, depreende-se que, na hipótese de não haver identificação civil através de um dos documentos listados no art. 2º da Lei nº 12.037/09, será possível a realização da identificação criminal, quando o agente se envolver com alguma prática delituosa. Logo, se um indivíduo for preso em flagrante e não tiver nenhum documento de identificação civil, é perfeitamente possível a identificação datiloscópica e fotográfica, sem prejuízo da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético na hipótese do inciso IV do art. 3º.[12]

Se a regra é a identificação criminal daquele que não se identifica civilmente, raciocínio diverso aplica-se às situações em que o indivíduo identifica-se através de um dos documentos listados no art. 2º da Lei nº 12.037/09. Nesses casos, embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal apenas nas hipóteses previstas no art. 3º.

Antes de analisarmos cada uma dessas hipóteses, convém destacar que, em regra, a identificação criminal é levada a efeito pela autoridade policial independentemente de prévia autorização judicial, salvo na hipótese do art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/09, ou seja, quando a individualização do agente for essencial às investigações policiais. Como a hipótese do inciso IV do art. 3º é a única forma de identificação criminal que também autoriza a inclusão da coleta do material biológico para obtenção do perfil genético (Lei nº 12.037/09, art. 5º, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 12.654/12), conclui-se, *a contrario sensu*, que a autoridade policial só pode determinar a identificação fotográfica e datiloscópica.

Nas hipóteses em que a identificação criminal independe de autorização judicial (art. 3º, I, II, III, V e VI), nada diz a lei quanto à necessidade de fundamentação do ato. Não obstante, considerando que o art. 3º refere-se à identificação criminal do *indiciado*, parece-nos que a identificação datiloscópica e fotográfica determinada exclusivamente pela autoridade policial deve ser precedida de motivação, nos mesmos moldes do indiciamento, evitando-se, assim, eventuais questionamentos acerca de possível crime de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19, art. 13, II). Esta necessidade de motivação do ato pela autoridade policial é corroborada pela regra constante do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº

12. Como já se pronunciou o STJ, "não havendo prova de que o réu seja civilmente identificado, não constitui constrangimento ilegal sanável pela via heróica, pois sequer atenta contra sua liberdade de locomoção, a determinação de identificação criminal pelo processo datiloscópico". (STJ, 5ª Turma, RHC 12.126/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18/12/1001, DJ 25/03/2002 p. 298).

12.037/09, segundo a qual "as cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado". Ora, se a Lei impõe a juntada aos autos dos documentos apresentados, mesmo que insuficientes para identificar o indiciado, assim o faz não só como forma de comprovar a licitude da identificação criminal determinada pela autoridade policial, mas também para se demonstrar que a adoção de tal procedimento era indispensável no caso concreto.

Vejamos, então, as hipóteses que autorizam a identificação criminal do civilmente identificado:

I – rasura ou indício de falsificação no documento: a rasura consiste em um risco ou raspagem feito na parte escrita de um documento, para tornar inválidas ou ilegíveis as palavras ali contidas, ou substituí-las por outras.[13] A falsificação, por sua vez, é a imitação enganosa da verdade. Pode ser material ou ideológica. A falsidade material se dá pela formação *ex novo* de um documento falso (formação ou contrafação), ou pela adulteração, mediante acréscimo ou supressão em seu conteúdo, de documento preexistente. Este *falsum* atinge sua configuração extrínseca, isto é, a modificação da verdade incide materialmente sobre o documento. A falsidade material tem pertinência com o aspecto externo do documento e pode ocorrer pela alteração física de um documento verdadeiro, ao qual se agregam dizeres ou símbolos ou se suprimem os existentes, bem como pela criação de um documento em sua íntegra, seja imitando um modelo de documento existente, que o agente copia (contrafação), seja constituindo um documento que sequer tem similar original (formação). De seu turno, a falsidade ideológica tem como característica o fato de incidir sobre o conteúdo intelectual do documento sem afetar sua estrutura material, de forma que constitui uma mentira aposta a um documento que, sob o aspecto material, é de todo verdadeiro, isto é, realmente escrito por quem seu teor indica. Essa modalidade de falsificação recai sobre um documento externamente verdadeiro, porém dotado de declarações mendazes. Além dessa distinção, a falsidade ideológica também se diferencia da material pela impossibilidade de constatação do *falsum* por exame pericial no documento alterado. De fato, como o falsidade ideológica recai sobre o conteúdo intelectual do documento, a prova pericial será de todo irrelevante para atestar a falsidade do documento, diversamente do que se dá na falsidade material;[14]

II – insuficiência do documento apresentado para fins de identificação cabal do indiciado: a Lei nº 12.037/09 permite a identificação civil através de qualquer dos documentos listados no art. 2º. Ocorre que nem sempre a apresentação de um desses documentos será capaz de identificar cabalmente o indiciado. É o que ocorre, por exemplo, com documentos públicos que não são dotados de fotografia, como a certidão de nascimento ou a certidão de casamento;

III – porte de documentos de identidade distintos, com informações conflitantes: para que o indiciado possa ser identificado criminalmente, não basta o porte de documentos de identidades distintos. Para além disso, as informações constantes desses documentos distintos devem ser conflitantes entre si, não apenas em relação ao nome e prenome, mas também no tocante à data de nascimento, naturalidade, filiação, etc. A título de exemplo, suponha-se que, por ocasião da prisão em flagrante de determinado indivíduo, duas ou mais carteiras de identidade sejam com ele apreendidas, ambas com a mesma fotografia, porém com a qualificação diversa. Nesse caso, o porte de documentos distintos com informações conflitantes evidencia a tentativa do indiciado de se furtar da responsabilidade criminal, o que autoriza a realização da identificação criminal, a ser determinada pela própria autoridade policial, independentemente de prévia autorização judicial;

IV – essencialidade da identificação criminal para as investigações policiais: como exposto anteriormente, a finalidade da identificação criminal é individualizar e distinguir pessoas, a fim de que um sujeito não se passe por outro, gerando insegurança nas relações sociais. Todavia, os métodos de identificação humana também podem ser empregados na produção de provas. Afinal, não é incomum que impressões digitais e/ou material biológico sejam encontrados no local do crime, de maneira que a autoridade policial tenha interesse em realizar o exame pericial naqueles vestígios, o que pode ser feito pelo método datiloscópico e, com o advento da Lei nº 12.654/12, também pelo teste genético. E é exatamente isso o que ocorre nessa hipótese do inciso IV do art. 3º da Lei nº

13. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009. p. 1613.

14. Em se tratando de documentos passíveis de comprovação posterior, de ofício ou a requerimento, não há falar em crime de falsidade ideológica nem tampouco de uso de documento falso, porquanto a presunção de veracidade de tais documentos é relativa. Nesse sentido, em relação à apresentação de declaração de pobreza: STJ, 6ª Turma, HC 217.657/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 02/02/2012.

12.037/09. Enquanto os demais incisos do art. 3º referem-se à identificação criminal para fins de individualização e distinção do agente, este inciso IV funciona, na verdade, como verdadeira medida cautelar de produção antecipada da prova. Por isso, diversamente dos demais incisos do art. 3º da Lei nº 12.037/09, a hipótese de identificação criminal prevista no inciso IV depende de prévia autorização judicial, que deve levar em consideração a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. A despeito da terminologia adotada pelo art. 3º, inciso IV, da Lei nº 12.037/09, – *despacho judicial* –, é evidente que este pronunciamento judicial não pode ser considerado um ato de mera movimentação processual, haja vista o evidente gravame que a identificação criminal pode causar ao investigado, daí por que se trata, na verdade, de verdadeira *decisão interlocutória*, que deve estar devidamente fundamentada em elementos informativos que demonstrem a imprescindibilidade do procedimento, sob pena de nulidade absoluta (CF, art. 93, IX). Apesar de o legislador referir-se apenas à representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, não se pode excluir a possibilidade de o ofendido representar pela identificação criminal nas hipóteses de crimes de ação penal privada. Isso porque, caso não seja determinada a identificação criminal, estar-se-á a inviabilizar o próprio exercício do direito de queixa, já que o ofendido não terá elementos precisos acerca da pessoa em relação à qual o processo criminal deva ser deflagrado. O art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/09, refere-se à possibilidade de a identificação criminal ser decretada *de ofício* pela autoridade judiciária competente, quando ela se mostrar essencial às *investigações policiais*. À evidência, esse agir de ofício do juiz competente na fase investigatória revela-se incompatível com a garantia da imparcialidade e com o sistema acusatório (CPP, art. 3º-A, incluído pela Lei n. 13.964/19).[15] Por isso, o ideal é concluir que, como garante das regras do jogo, o juiz só poderá intervir se for provocado nesse sentido.[16] Nada diz a Lei nº 12.037/09 acerca de eventual recurso contra a decisão judicial que defere (ou indefere) a realização de identificação criminal para auxiliar nas investigações policiais. Por isso, o ideal é a utilização dos remédios heroicos do mandado de segurança e do *habeas corpus* – neste caso, desde que haja risco à liberdade de locomoção do investigado. Outra diferença importante em relação a este inciso IV do art. 3º é que, nesta hipótese, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético (Lei nº 12.037/09, art. 5º, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 12.654/12). Como o inciso IV faz menção à identificação para auxiliar as investigações, é de se concluir que, nesse caso, o código genético será confrontado com amostras de sangue, saliva, sêmen, pelos, etc., eventualmente encontradas no local do crime, no corpo da vítima, em armas ou roupas utilizadas para a prática do delito, a fim de se comprovar a autoria do delito. A título de exemplo, basta pensar na realização de exame de DNA feito a partir da comparação do material genético de determinado acusado com os vestígios de esperma encontrados no corpo da vítima. A partir da comparação, será elaborado laudo pericial firmado por *perito oficial* devidamente habilitado – jamais por peritos não oficiais – que analisará a coincidência ("match") – ou não – do perfil genético. Ante a gravidade da intervenção corporal, à autoridade judiciária incumbe demonstrar a impossibilidade de se obter a prova da autoria por método menos invasivo, funcionando a coleta de material genético como medida de *ultima ratio*, evitando-se, assim, sua banalização;

V – uso de outros nomes ou diferentes qualificações: no jargão policial, são conhecidos como "aliases" aqueles indivíduos que se utilizam de nomes diversos para se identificar perante órgãos públicos, vez por outra apresentando documentos pertencentes a familiares mais próximos. Logo, se registros policiais anteriores apontarem a utilização pelo mesmo indivíduo de outros nomes ou diferentes qualificações, a dúvida natural quanto à possível prática de falsa identidade autoriza a utilização da identificação datiloscópica e fotográfica como forma de individualização;

VI – impossibilidade da completa identificação dos caracteres essenciais em virtude do estado de conservação ou da distância temporal ou da

15. De se lembrar que, na condição de Relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020), o Min. Fux concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F, todos do CPP, incluídos pela Lei n. 13.964/19.

16. Na lição de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, "em mais uma grave violação do sistema acusatório-constitucional e da própria estética de imparcialidade exigida do julgador, permite a lei que a extração do DNA seja determinada de ofício pelo juiz. É mais um sintoma da 'cultura inquisitória' que ainda domina o processo penal brasileiro. Existe, também, uma grave incompatibilidade do agir de ofício do juiz nesse caso, que é o requisito de 'necessidade para as investigações'. Ora, se a investigação é levada a cabo pela polícia (ou Ministério Público), quem define a imprescindibilidade para a investigação é o investigador e não o juiz. Ao juiz cabe julgar, ou seja, analisar o pedido e decidir, e não tomar qualquer iniciativa investigatória ou imiscuir-se em área que lhe é completamente estranha. Portanto, por qualquer ângulo que se analise, é um erro a atuação de ofício do juiz nessa seara". (*Investigação preliminar no processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 236).

localidade da expedição do documento apresentado: o art. 3º, inciso VI, da Lei nº 12.037/09, autoriza a identificação datiloscópica ou fotográfica do indivíduo em três hipóteses distintas: a) **estado de conservação do documento**: é extremamente comum que pessoas mais humildes carreguem a carteira de identidade no bolso da calça. Com o passar dos anos, os caracteres essenciais do documento podem se tornar ilegíveis; b) **distância temporal**: para conseguir um emprego, é muito comum que adolescentes obtenham seus documentos quando ainda muito jovens. Passados alguns anos, é possível que a fotografia acostada àquele documento não mais seja capaz de identificar cabalmente o agente, autorizando-se a realização de sua identificação fotográfica e datiloscópica; c) **distância da localidade da expedição do documento**: a princípio, parece ter havido um equívoco por parte do legislador ao prever que a simples distância da localidade da expedição do documento seria capaz de impossibilitar a completa identificação dos caracteres essenciais. Afinal, o fato de alguém identificar-se civilmente na cidade de Pacaraima/RR com uma carteira de identidade em perfeitas condições expedida em Santa Maria/RS, por si só, não seria fundamento suficiente para sua identificação criminal, a não ser que presente uma das hipóteses anteriores. Todavia, se a autoridade policial conseguir demonstrar que esta distância geográfica impossibilita qualquer ação policial para uma consulta imediata ao banco de dados de modo a ter certeza da autenticidade do documento apresentado (v.g., identidade estrangeira), é perfeitamente possível a realização da identificação criminal.

Em conclusão, convém destacar que, de acordo com o art. 23 do CPP, ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

5.1. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO (PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE).

Recusando-se o investigado a colaborar, a despeito da presença de uma das hipóteses do art. 3º da Lei nº 12.037/09, é perfeitamente possível sua condução coercitiva, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal pelo delito de desobediência. Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 260 do CPP que se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou *qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado* – é o caso da identificação criminal – a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. A propósito, levando-se em consideração o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o Plenário do Supremo, por maioria, julgou procedente o pedido formulado nas ADPF's 395/DF e 444/DF[17] para declarar a não recepção da expressão "para o interrogatório" constante do art. 260 do CPP, e a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. O Tribunal destacou que a condução coercitiva objeto da decisão seria tão somente àquela destinada à condução de investigados e acusados à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados, é dizer, não foi analisada a condução de outras pessoas como testemunhas, ou mesmo de investigados ou acusados para atos diversos do interrogatório, não abrangidos pelo princípio que veda a autoincriminação, como, por exemplo, aquela decretada pela autoridade judiciária quando houver dúvida sobre a identidade civil do imputado (CPP, art. 313, §1º), ou aquela determinada para fins de qualificação do acusado, já que esta primeira parte do interrogatório não está abrangida pelo direito ao silêncio.

Na mesma linha, consoante disposto no art. 313, parágrafo único, do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Como a identificação criminal não importa em aceitação de culpa, não se pode objetar que a sua realização contra a vontade do agente viole o direito à não autoincriminação, previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2, "g"). Afinal, a mesma Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio também prevê que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, *salvo nas hipóteses previstas em lei* (art. 5º, LVIII). Logo, pelo princípio

17. STF, Pleno, ADPF 395/DF e ADPF 444/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/06/2018.

da concordância prática ou da harmonização,[18] não se pode querer emprestar valor absoluto ao direito de não produzir prova contra si mesmo, inviabilizando que o Estado possa colher as impressões digitais de alguém com a finalidade de registrar os dados da identidade física do provável autor do delito. Portanto, como se trata de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, evitando-se, assim, o indesejado erro judiciário, o ideal é concluir que o acusado não tem o direito de se recusar a colaborar com o Estado para sua individualização.

A assertiva de que o direito contra a autoincriminação não tem natureza absoluta é confirmada pelo próprio entendimento jurisprudencial acerca da impossibilidade de o direito ao silêncio abranger o direito de falsear a verdade quanto à identidade pessoal. Com efeito, para os Tribunais Superiores, tipifica o crime de falsa identidade previsto no art. 307 do CP o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes.[19] A propósito, eis o teor da súmula n. 522 do STJ: "A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa".

Art. 4º. Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado.

6. PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS PARA FINS DE SE EVITAR O CONSTRANGIMENTO DO IDENTIFICADO.

A nosso juízo, submeter alguém à identificação fotográfica e datiloscópica não é causa de qualquer constrangimento ilegal, até mesmo porque tal procedimento é expressamente autorizado pela Lei nº 12.037/09. O problema, na verdade, diz respeito às hipóteses em que a autoridade policial empresta publicidade ampla a tal procedimento, sujeitando o agente a um constrangimento desnecessário diante da exposição pública por meio da imprensa.

Hoje em dia, não são raros os procedimentos investigatórios acompanhados ao vivo pela imprensa que, *coincidentemente*, está sempre presente no lugar e hora marcados para registrar tudo. Tais imagens, depois, são exploradas à exaustão nos telejornais pelos *doutrinadores do direito penal e processual penal*, o que é feito, supostamente, a título de *informar a população*. Sob os holofotes da mídia, coloca-se em segundo plano a finalidade de toda e qualquer identificação criminal, qual seja, a de individualizar o indivíduo de modo a se evitar um erro judiciário. Assim, nos mesmos moldes que o emprego de algemas, as identificações criminais passam a ser utilizadas como instrumento indevido de constrangimento.

Especificamente em relação à divulgação da imagem de procedimentos de identificação criminal, o que se vê no dia a dia é uma crescente degradação da imagem e da honra produzida pelos meios de comunicação de massa com a conivência das autoridades estatais, por meio da reprodução da imagem do indivíduo "tocando piano" sem que haja prévia autorização do indiciado, nem tampouco um fim social na sua exibição. Utilizam sua imagem, pois, como produto da notícia, a fim de saciar a curiosidade do povo. Os programas sensacionalistas do rádio e da televisão saciam curiosidades perversas extraindo sua matéria-prima da miséria de cidadãos humildes que aparecem algemados e exibidos como verdadeiros troféus.[20]

Por tais motivos, queremos crer, com base na lição de Ana Lúcia Menezes Vieira,[21] que a reprodução pública da imagem de pessoas envolvidas em crimes deve ser vedada se ela resulta de modo antissocial, aflitivo ou degradante, a não ser que haja autorização do titular da imagem, ou se necessária à administração da justiça – exemplo seria o retrato falado ou a própria fotografia, para fins investigativos. Ora, a condição de indiciado não lhe retira o direito ao respeito à integridade moral e à dignidade.[22] Seus direitos personalíssimos devem ser tutelados de forma mais eficaz,

18. De acordo com Dirley da Cunha Júnior, esse princípio de interpretação constitucional impõe ao intérprete a coordenação e harmonização dos bens jurídicos constitucionais em conflito, de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. Segundo o autor, "o que fundamenta este princípio é a idéia de que todos os bens jurídico-constitucionais ostentam igual valor, situação que impede a negação de um em face de outro ou vice-versa e impõe limites e condicionamentos recíprocos de modo a alcançar uma harmonização ou concordância prática entre eles, através de uma ponderação dos interesses em jogo à luz do caso concreto". (*Curso de direito constitucional*. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. p. 225).

19. STF, 2ª Turma, HC 72.377/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30/06/1995 p. 271. E também: STF, 1ª Turma, RE 561.704, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 64 02/04/2009. O STJ tinha entendimento em sentido contrario: STJ, 6ª Turma, HC 97.857/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Dje 10/11/2008. Porém, acabou alterando seu entendimento a partir da decisão proferida pelo Supremo no RE 640.139 (STF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22/09/2011, DJe 198 13/10/2011), no qual o Supremo concluiu que o princípio constitucional da ampla defesa não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente. Sinalizando a mudança do entendimento do STJ: STJ, 5ª Turma, HC 151.866/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/12/2011, DJe 13/12/2011.

20. Nesse sentido: BUCCI, Eugênio. *Sobre ética e imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 156. *Apud* VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 156.

21. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 153.

22. SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 181.

não só por jornalistas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), como também por autoridades policiais e membros do Ministério Público, que devem se abster de exibir procedimentos de identificação criminal à mídia. E isso não só para preservar os direitos personalíssimos do indiciado, como também para evitar que inocentes sejam indevidamente identificados pela população como autores de delitos.

Daí a importância do dispositivo constante do art. 4º da Lei nº 12.037/09, que determina que, havendo necessidade de identificação criminal, a autoridade policial deve tomar as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado. Essa restrição à publicidade das investigações também encontra normatização através de Portarias e Regulamentos dos próprios órgãos policiais. A título de exemplo, o art. 11 da Portaria nº 18 da Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo dispõe que as autoridades policiais devem zelar pela preservação dos direitos à imagem, ao nome, à privacidade e à intimidade das pessoas submetidas à investigação policial, detidas em razão da prática de infração penal ou a sua disposição na condição de vítimas, a fim de que a elas e a seus familiares não sejam causados prejuízos irreparáveis, decorrentes da exposição de imagem ou de divulgação liminar de circunstância objeto de apuração. Após orientadas sobre seus direitos constitucionais, tais pessoas somente serão fotografadas, entrevistadas ou terão suas imagens por qualquer meio registradas, se expressamente o consentirem mediante manifestação explícita de vontade, por escrito ou por termo devidamente assinado.

> **Art. 5º.** A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.
>
> **Parágrafo único.** Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

7. ESPÉCIES DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.[23]

Consoante disposto no art. 5º da Lei nº 12.037/09, a identificação criminal é o gênero do qual são espécies:

a) **identificação datiloscópica**: feita com base nas saliências papilares da pessoa. Suas vantagens são destacadas pela doutrina:[24] o desenho digital é perene, acompanhando o homem durante toda a vida, sendo notada a formação de pontos característicos a partir do 3º mês de vida fetal, os quais se consolidam, ainda na fase intrauterina, por volta do 6º mês de gestação, podendo ser encontrados, mesmo depois da morte, até a desagregação da matéria. A imutabilidade é a propriedade da inalterabilidade do desenho digital, desde sua formação até a putrefação cadavérica. Ademais, não é possível a localização de digitais idênticas nos diferentes dedos de um mesmo indivíduo ou entre duas pessoas diferentes. Não se trata, todavia, de método infalível, vez que a criação artificial de uma impressão digital pode ser feita facilmente, inclusive por meio da coleta de fragmentos de impressões latentes deixados por quaisquer pessoas nos mais variados lugares;

b) **identificação fotográfica**: deve ser seguido o padrão fotográfico exigido para a cédula de identidade civil, ou seja, a foto de frente, tamanho três por quatro centímetros, prevista na Lei nº 7.116/83. Diante da mutabilidade da fisionomia das pessoas e a impossibilidade da formação de um cadastro fotográfico acessível, a fotografia deve ser usada como método auxiliar de identificação, não sendo possível que a autoridade policial a utilize de maneira exclusiva, dispensando a identificação datiloscópica;[25]

c) **identificação do perfil genético**: objetivando conferir ainda mais segurança à identificação criminal, a Lei nº 12.654/12 passou a permitir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do indivíduo.

7.1. Identificação do perfil genético (Lei nº 12.654/12).

Por conta da forma de execução, crimes violentos têm grande probabilidade de deixar vestígios biológicos no local do crime. Por isso, a depender

23. Quanto à utilização da biometria como técnica de autenticação, e não como meio de identificação em si, vide adiante comentários ao art. 7º-C da Lei n. 12.037/09, introduzido pelo Pacote Anticrime.

24. SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 49. Ainda segundo o autor (op. cit. p. 185), "a identidade do homem é determinada pelo emprego de um sistema de identificação mediante a realização de um conjunto técnico (comparação) dos traços físicos ou orgânicos imutáveis (imutabilidade), obtidos nos registros inicial e posterior, individualizando-o dentro do universo das demais pessoas (unicidade) mediante método prático, simples e eficiente (praticabilidade e classificabilidade)."

25. Na visão do STJ, a aposição de fotografia do acusado na denúncia viola normas constitucionais, como o direito à honra, à imagem e à dignidade da pessoa humana, sobretudo se já constar dos autos da ação penal a identificação civil e criminal do acusado. Não haveria, assim, necessidade de, novamente, inseri-la na peça acusatória da denúncia: STJ, 6ª Turma, HC 88.448/DF, Rel. Min. Og Fernandes, j. 06/05/2010, DJe 02/08/2010.

do grau de preservação do local do crime, os instrumentos do delito, o corpo da vítima, as peças de roupas por ela usadas à época, ou outros objetos que tiveram contato físico com o autor do delito, podem fornecer informações decisivas para inocentar um possível suspeito ou identificar o verdadeiro autor do delito.

Daí a importância da nova forma de identificação criminal introduzida pela Lei nº 12.654/12: a identificação genética. Afinal, o exame de DNA possibilita que pequenas quantidades de vestígios biológicos, possivelmente invisíveis a olho nu, sejam suficientes para a obtenção de resultados satisfatórios. Como todo ser vivo possui informação genética, havendo variabilidade dessas informações entre seres de uma mesma espécie, a análise do material biológico pode apontar a fonte de onde ele partiu, identificando sua origem. Aliás, mesmo quando um perfil genético não pode ser comparado com uma amostra cujo doador seja conhecido, podem ser extraídas do DNA informações úteis para as investigações criminais, como, por exemplo, o sexo da pessoa. De mais a mais, como a molécula do ácido desoxirribonucleico é robusta e tem alta estabilidade química e térmica, este alto grau de resistência do DNA a fatores ambientais contribui sensivelmente para a obtenção de perfis genéticos, mesmo após longos períodos de tempo.[26]

Por isso, se a identificação genética for essencial às investigações policiais, a autoridade judiciária competente poderá determinar a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético (Lei nº 12.037/09, art. 5º, parágrafo único, com redação dada pela Lei n. da Lei nº 12.654/12).

Quando o dispositivo sob comento exige autorização judicial para a coleta de material biológico, refere-se à hipótese em que há uma pessoa certa e determinada (fonte conhecida) sobre a qual recaem suspeitas da prática de determinada infração penal. Por consequência, quando a fonte do material biológico for desconhecida, não há necessidade de prévia autorização judicial. É o que ocorre quando vestígios como sangue, saliva, esperma, tecidos orgânicos e outras amostras contendo material genético são encontrados no local do crime. Nessa hipótese, como o material a ser analisado está destacado do corpo humano, o que possibilita a realização do exame de DNA sem qualquer tipo de intervenção corporal, a própria autoridade policial deverá determinar a realização da perícia, nos termos do art. 6º, inciso VII, do CPP, independentemente de prévia autorização judicial.

Nesse contexto, ao dispor sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, compreendida como qualquer forma de atividade sexual não consentida, os §§ 2º e 3º do art. 3º da Lei nº 12.845/13 dispõem expressamente que, no tratamento das lesões, caberá ao médico preservar materiais que possam ser coletados no exame médico legal, cabendo ao órgão de medicina legal o exame de DNA para identificação do agressor. Como se percebe, como se trata de exame pericial em material biológico coletado no corpo da vítima, desde que esta concorde com a realização do exame, não há necessidade de prévia autorização judicial.

A novel identificação do perfil genético irá provocar muita controvérsia à luz do princípio que veda a autoincriminação. Evidentemente, se acaso a defesa solicitar esta forma de identificação, com o objetivo de, eventualmente, excluir sua responsabilidade, não haverá qualquer ilegalidade. Por isso, o cerne da questão diz respeito às hipóteses em que pessoa certa e determinada se negar a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético, ou seja, quando o exame recair sobre fonte conhecida sem que esta esteja disposta a consentir com a identificação genética.

Certamente, haverá quem diga que não se pode obrigar o investigado a contribuir com as investigações, e qualquer decisão judicial que lhe obrigue a fornecer material biológico para fins probatórios (Lei nº 12.037/09, art. 3º, IV) – e não de sua identidade – será afrontoso ao princípio constitucional que veda a autoincriminação. Afinal, não se pode impor ao investigado que contribua ativamente com as investigações, sobretudo mediante o fornecimento de material biológico que possa vir a incriminá-lo em ulterior exame de DNA.[27]

A nosso ver, não há, *in casu*, qualquer inconstitucionalidade decorrente de violação ao princípio constitucional (e convencional) que veda a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), nem mesmo nas hipóteses em que pessoa certa e determinada se negar a fornecer material biológico para a obtenção

26. Nesse contexto: SILVA, Emílio de Oliveira. *Identificação genética para fins criminais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014. p. 2-40. Como observa o autor (op. cit. p. 45), à semelhança da datiloscopia, "o exame genético é um método biométrico que singulariza características físicas, porém, em dimensões moleculares. Sua finalidade é a obtenção do perfil genético do sujeito, o qual será representado por codificações alfanuméricas que possibilitam individualizar a pessoa. Em uma simples metáfora: é o 'CPF genético' do ser humano".

27. Para Alencar e Távora (*Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 124), diante do princípio da vedação à autoincriminação, havendo recursa do capturado ou indiciado em fornecer material biológico para obtenção de seu perfil genético, não se pode obrigá-lo ao fornecimento. Em sentido semelhante: ALVES, Reinaldo Rossano. Op. cit. p. 34.

de seu perfil genético, ou seja, quando o exame recair sobre fonte conhecida sem que esta esteja disposta a consentir com a identificação genética.[28]

Ainda que se queira argumentar que a coleta do material biológico é feita de maneira invasiva – o procedimento utilizado geralmente envolve a introdução de um swab (cotonete estéril) no interior da boca para extração do material genético da mucosa bucal –, hipótese em que se poderia objetar que a realização do procedimento estaria condicionada à aquiescência do apenado, não se pode olvidar que, diante de amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartadas voluntária ou involuntariamente pelo investigado na cena do crime ou em outros locais, não há qualquer óbice a sua coleta, sem que se possa arguir eventual violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.[29]

A propósito, convém lembrar que, aos olhos dos Tribunais, referido princípio impede que o acusado seja compelido a produzir qualquer prova incriminadora invasiva. Por isso, em diversos julgados, o Supremo já se manifestou no sentido de que o acusado não é obrigado a fornecer material para realização de exame de DNA.[30] Todavia, o mesmo Supremo também tem precedentes no sentido de que a produção dessa prova será válida se a coleta do material for feita de forma não invasiva (v.g., exame de DNA realizado a partir de fio de cabelo encontrado no chão).[31] Idêntico raciocínio deve ser empregado quanto à identificação do perfil genético: desde que o acusado não seja compelido a praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, nem tampouco a se sujeitar à produção de prova invasiva, há de ser considerada válida a coleta de material biológico para a obtenção de seu perfil genético.

Enfim, como destaca Suxberger, "se a investigação criminal no Brasil demanda melhorias urgentes, seja pelos dados de sua inefetividade para solução de crimes, seja pela opção garantidora de direitos em favor da investigação técnico-científica (em lugar da primazia da prova oral, com todas as suas falhas e problemas de sentido e produção), é bem-vinda a mudança que prioriza o aspecto técnico-científico. Tal assertiva ganha ainda mais importância quando se tem em consideração que o cotejo de material com banco de perfis genéticos, em geral, presta-se como medida excludente de autoria, e não necessariamente de confirmação do crime, cuja elucidação reclama compreensão de sua dinâmica (e isso vai muito além do simples confronto afirmativo do material genético".[32]

A controvérsia deverá ser dirimida em breve pelo Supremo Tribunal Federal, onde o tema é objeto de tese de Repercussão Geral no **Recurso Extraordinário n. 973.837**, cujo Relator é o Min. Gilmar Mendes, no curso do qual, aliás, tivemos a oportunidade de nos manifestar na condição de *amicus curiae*.

Em conclusão, convém destacar que parte da doutrina sustenta que há uma *vinculação causal* (princípio da especialidade da prova) da identificação do perfil genético, no sentido de que a prova genética somente poderá ser utilizada naquele caso concreto, sendo possível a preservação dos perfis genéticos apenas até o advento da prescrição em relação àquele crime – vide abaixo comentários em relação à nova redação do art. 7º-A da Lei n. 12.037/09. Como observa a doutrina, "tanto há essa vinculação causal que o legislador define como limite de disponibilidade do material genético a prescrição do crime. Ou seja, o uso está relacionado a esse crime e a disponibilidade temporalmente regulada pela prescrição".[33]

Nesse ponto, a identificação do perfil genético introduzida pela Lei nº 12.654/12 no texto da Lei nº 12.037/09 diferencia-se daquela inserida na Lei de Execução Penal, já que, consoante disposto no art. 9º-A da LEP, a identificação do perfil genético compulsória dos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer crime hediondo, será armazenada em banco de dados sigiloso e

28. Em sentido diverso, Alencar e Távora (*Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 124) sustentam que, diante do princípio da vedação à autoincriminação, havendo recursa do capturado ou indiciado em fornecer material biológico para obtenção de seu perfil genético, não se pode obrigá-lo ao fornecimento. Em sentido semelhante: ALVES, Reinaldo Rossano. Op. cit. p. 34.

29. Para Nucci (op. cit. p. 416), a colheita de material biológico para a obtenção do perfil genético não produz nenhuma invasão à intimidade ou à vida privada, nem tampouco a qualquer direito ou garantia na área processual penal, pois se volta à correta identificação individual, algo que não se encontra abrangido por qualquer direito vinculado à defesa do acusado. Segundo Emílio de Oliveira e Silva (op. cit. p. 62), apesar de não haver definição legal sobre o método de extração do material biológico, a análise do DNA contido na saliva ou nos cabelos pode ser utilizada no Brasil, uma vez que são consideradas técnicas indolores que atendem ao disposto no art. 9º-A da LEP, inserido pela Lei nº 12.654/12.

30. STF, Pleno, HC 71.373/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/11/1994, DJ 22/11/1996.

31. De se lembrar que, no caso envolvendo a cantora mexicana G.T., mesmo contra a vontade da parturiente, o Supremo considerou válida a coleta da placenta para que fosse possível a realização de exame de DNA, já que se tratava de objeto expelido do corpo humano como consequência natural do parto: STF, Pleno, Rcl-QO 2.040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 27/06/2003, p. 31.

32. Op. cit. p. 36.

33. LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit. p. 237.

poderá ser utilizada para o futuro, de forma aberta e indeterminada.

> **Art. 5º-A.** Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)
>
> **§ 1º** As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)
>
> **§ 2º** Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)
>
> **§ 3º** As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

8. BANCO DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS.

Os dados obtidos a partir da identificação do perfil genético devem ser armazenados em banco de dados gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. À exceção da determinação genética de gênero, as informações obtidas a partir da identificação do perfil genético não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas. O objetivo do legislador é evitar que análises inconclusivas acerca do temperamento, do caráter e da personalidade do identificado, sejam utilizadas para se criar um infundado estereótipo do homem delinquente a que se referia Cesare Lombroso.

Com o objetivo de se evitar que as informações genéticas constantes desse banco de dados sejam utilizadas para fins alheios à identificação criminal, o art. 5º-A, § 2º, da Lei nº 12.037/09, dispõe que os dados aí armazenados terão caráter sigiloso, sendo possível a responsabilização civil, penal e administrativa daquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos do previsto na referida Lei ou em decisão judicial. Especificamente quanto à responsabilidade criminal, a conduta do funcionário de unidade oficial de perícia criminal que violar o sigilo inerente ao banco de dados de perfis genéticos tipifica o crime de violação de sigilo funcional, previsto no art. 325, § 1º, I, do Código Penal.

Na eventualidade remota de os dados obtidos com a coleta do material biológico revelarem a coincidência de perfis genéticos, tais informações deverão constar de laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. Como o dispositivo refere-se a laudo firmado *por perito oficial*, o ideal é concluir que tal exame não poderá ser realizado por peritos não oficiais.

> **Art. 6º.** É vedado mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

9. SIGILO DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.

Face o constrangimento que pode ser causado ao identificado em virtude da utilização indevida de sua identificação criminal, o art. 6º da Lei nº 12.037/09 deixa claro que a identificação fotográfica, datiloscópica e, se necessária, do perfil genético, deverá ser preservada em sigilo. Logo, não se admite qualquer menção à identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

> **Art. 7º.** No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.
>
> **Art. 7º-A.** A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)
>
> I – no caso de absolvição do acusado; ou (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)
>
> II – no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

10. RETIRADA DA IDENTIFICAÇÃO DOS AUTOS DO PROCESSO.

Objetivando preservar a imagem da pessoa identificada criminalmente, no caso de não

oferecimento da denúncia (ou da queixa), ou sua rejeição, ou absolvição (sumária ou ao final do processo), é facultado ao indiciado ou ao réu, por meio de advogado regularmente constituído, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer ao juízo competente a retirada da identificação *fotográfica* do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil. Perceba-se que a lei previu apenas a retirada da identificação *fotográfica*. Logo, a identificação datiloscópica e genética deve permanecer nos autos do inquérito ou processo criminal, pelo menos em regra – vide adiante comentários ao art. 7º-A.

Quanto ao arquivamento do inquérito como hipótese que autoriza o pedido de retirada da identificação fotográfica, parece-nos que tal pedido só deve ser deferido pelo juiz quando tal decisão for capaz de produzir *coisa julgada formal e material* (v.g., arquivamento com base na atipicidade material). Prova disso é o fato de o art. 7º da Lei nº 12.037/09 referir-se expressamente ao arquivamento *definitivo* do inquérito. Logo, quando o arquivamento produzir apenas coisa julgada formal (v.g., falta de lastro probatório), sujeitando-se, pois, a possível desarquivamento diante do surgimento da notícia de provas novas (CPP, art. 18), e subsequente oferecimento de denúncia se tais provas forem capazes de alterar o contexto probatório dentro do qual se deu o arquivamento do inquérito (Súmula nº 524 do STF), a identificação fotográfica do investigado deve ser preservada nos autos do procedimento investigatório.

Especificamente em relação à identificação do perfil genético, o art. 7º-A da Lei n. 12.037/09, incluído pela Lei n. 12.654/12, em sua redação original, previa que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorreria apenas ao término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Como o dispositivo não fazia qualquer ressalva, entendia-se que o decurso de qualquer espécie de prescrição (prescrição da pretensão punitiva abstrata, retroativa, ou intercorrente, ou prescrição da pretensão executória) teria o condão de autorizar a exclusão dos perfis genéticos do banco de dados. O dispositivo em questão sempre foi alvo de fortes críticas por parte da doutrina em virtude de nada dispor acerca das consequências decorrentes de eventual arquivamento do inquérito policial, rejeição da peça acusatória, absolvição do acusado ou declaração da extinção da punibilidade. Ante o silêncio legal, a solução ficava ao alvedrio do intérprete. Com a vigência do Pacote Anticrime, a controvérsia em questão foi solucionada. Isso porque, de maneira mais objetiva, o art. 7º-A da Lei n. 12.037/09 passa a dispor que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados deverá ocorrer:

I – no caso de absolvição do acusado: como exposto anteriormente, a Lei n. 12.037/09 prevê a possibilidade de o magistrado determinar a identificação criminal por meio do perfil genético quando esta for imprescindível para as investigações policiais (art. 5º, parágrafo único, c/c art. 3º, inciso IV, ambos da Lei n. 12.037/09. Colhido o perfil genético do investigado, este deverá ingressar no banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal (Lei n. 12.037/09, art. 5º-A, *caput*). Pois bem, se o investigado em questão vier a ser denunciado pelo Ministério Público, sendo, porém, absolvido, é de todo evidente que seu perfil genético deve ser excluído do banco de dados. Se a sentença absolutória acarreta a colocação imediata do acusado em liberdade e a cessação das medidas cautelares em curso (CPP, art. 386, parágrafo único, incisos I e II), idêntico raciocínio há de ser aplicado ao seu perfil genético armazenado no respectivo banco de dados. Cuida-se, pois, de verdadeiro efeito automático da decisão absolutória, a ser determinado de ofício pelo juiz. Interessante notar que o art. 7º-A, inciso I, da Lei n. 12.037/09, incluído pela Lei n. 13.964/19, faz referência à *absolvição do acusado*, sem especificar se esta seria aquela proferida ao final do processo (sentença absolutória), ou no limiar do feito (absolvição sumária). Também não faz qualquer referência ao fundamento que deu ensejo à absolvição em questão. Por conseguinte, forte na regra hermenêutica segundo a qual não é dado ao intérprete restringir onde a lei não o fez, o ideal é concluir que a exclusão do banco de dados de perfis genéticos é uma providência automática de toda e qualquer decisão absolutória – sentença (CPP, art. 386) ou absolvição sumária (CPP, art. 397) –, pouco importando, ademais, o fundamento utilizado pelo magistrado. Noutro giro, a despeito de o inciso I referir-se apenas à *absolvição do acusado*, não há por que não se aplicar a mesma sistemática a hipóteses análogas, como, por exemplo, o arquivamento do inquérito policial, a declaração da extinção da punibilidade, a rejeição da peça acusatória, etc. Impõe-se, portanto, interpretação extensiva do dispositivo sob comento, bem como aplicação por analogia do art. 7º, *caput*, da Lei n. 12.037/09, para se admitir que a exclusão do perfil genético também é uma consequência inafastável de tais decisões;

II – no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte)

anos do cumprimento da pena: em se tratando de acusado condenado, este poderá requerer a exclusão do seu perfil genético do banco de dados após o decurso do prazo de 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. Ao contrário da hipótese anterior, consta expressamente desse inciso II a necessidade de requerimento do condenado. Afinal, pelo menos em tese, quanto mais ampla a base de dados do perfil genético, melhor para os órgãos persecutórios. Daí por que a Lei veda a iniciativa do magistrado nesse sentido, a significar que o perfil genético obtido no curso da investigação mediante prévia autorização judicial continuará integrando o banco de dados pelo menos enquanto não houver requerimento do acusado nesse sentido, e desde que, logicamente, tenha se expirado o prazo de 20 (vinte) anos após o cumprimento da pena. A medida assemelha-se, pois, à reabilitação prevista nos arts. 93 e seguintes do Código Penal.[34]

Apesar de a Lei nº 12.037/09 nada dispor acerca da necessidade de manifestação do Ministério Público nesse procedimento de retirada da identificação fotográfica ou exclusão dos perfis genéticos, a intervenção do órgão ministerial como fiscal da lei (*custos legis)* é obrigatória, sob pena de nulidade.

Em ambas as hipóteses acima mencionadas – retirada da identificação fotográfica ou dos perfis genéticos –, havendo denegação por parte da autoridade judiciária, o instrumento adequado a ser utilizado pelo identificado é o mandado de segurança.

> **Art. 7º-B.** A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

11. REGULAMENTAÇÃO DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO.

Ao Poder Executivo compete expedir regulamento para disciplinar o funcionamento do banco de dados sigiloso destinado ao armazenamento das informações obtidas a partir da identificação do perfil genético.

O Decreto nº 7.950/13 instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos: aquele tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes; esta visa permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

> **Art. 7º-C.** Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)
>
> **§1º** A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal.
>
> **§2º** O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais.
>
> **§3º** O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal.
>
> **§4º** Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal.
>
> **§5º** Poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, ou com ele interoperar, os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil.
>
> **§6º** No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular.
>
> **§7º** A integração ou a interoperação dos dados de registros multibiométricos constantes de

34. Trata-se, a reabilitação, de instituto jurídico-penal que tem o objetivo de promover a reinserção social do indivíduo à posição jurídica que desfrutava antes de ser condenado, assegurando-lhe o sigilo de seus antecedentes criminais, assim como a suspensão condicional de determinados efeitos secundários de natureza extrapenal e específicos da condenação, por meio de declaração judicial no sentido de que as penas a ele aplicadas foram cumpridas ou por qualquer outro modo extintas. Restaura-se, assim, a dignidade do cidadão que teve seu passado maculado por uma sentença condenatória irrecorrível. São duas, portanto, as funções básicas desse instituto: a) assegurar ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação (CP, art. 93, *caput);* b) suspender condicionalmente os efeitos da condenação previstos no art. 92 do Código Penal (CP, art. 93, parágrafo único).

outros bancos de dados com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora.

§8º Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

§9º As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado.

§10. É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§11. A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instaurados, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

12. BANCO NACIONAL MULTIBIOMÉTRICO E DE IMPRESSÕES DIGITAIS.

Segundo Mário Sérgio Sobrinho,[35] a biometria "permite o reconhecimento do indivíduo mediante a análise das características físicas, tais como a impressão digital, a geometria ou as características da face, da mão, da íris ou da retina e a análise do DNA ou características comportamentais únicas, como a dinâmica da assinatura ou da digitação, o reconhecimento pela voz ou pelos movimentos." Trata-se, portanto, de técnica automatizada de individualização criminal que possui elevado grau de precisão, usando como base os dados biológicos reconhecíveis do ser humano, como digitais, a íris, o reconhecimento pela voz, etc., seja por suas medidas, seja por seu aspecto único e identificável. Essas técnicas permitem um registro para fins de posterior comparação de padrões biológicos estruturais e funcionais, daí por que alguns autores optam por se referir à biometria como forma de autenticação biométrica, e não identificação por biometria.[36] É hoje utilizada não apenas pela iniciativa privada, como, por exemplo, forma de controle de acesso a um prédio comercial, mas também pelo Estado, como bem demonstra a base de dados biométricos da Justiça Eleitoral.

É dentro desse contexto que o Pacote Anticrime autoriza a criação, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. Atento à realidade até então existente Brasil afora, em que as bases de dados de identificação criminal não estavam interligadas entre os diversos estados da federação, dificultando sobremaneira uma maior certeza na aferição da identidade de indivíduos suspeitos da prática de certos delitos, a Lei n. 13.964/19 procurou unificar todos esses dados num único banco de dados. É nesse sentido, aliás, o teor do art. 7º-C, §2º, da Lei n. 12.037/09, incluído pela Lei n. 13.964/19: "O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais".

Como se percebe, o novel art. 7º-C da Lei n. 12.037/09 utiliza a biometria como técnica de autenticação, e não como meio de identificação em si. Prova disso, aliás, é o fato de a Lei n. 13.964/19 ter mantido intacta a redação do art. 5º da Lei n. 12.037/09, segundo o qual a identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico (*caput*), sendo que, na hipótese do inciso IV do art. 3º, também poderá ser determinada pelo juiz a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético (parágrafo único), o que significa dizer que outros dados biométricos devem a eles se somar com o objetivo de autenticar esses processos atinentes à identificação criminal.

Esse Banco será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal. É nesse sentido, aliás, o art. 7º-C, §3º, da Lei n. 12.037/09. Conquanto a identificação criminal não seja a regra, e sim a exceção, o dispositivo em questão deixa transparecer que, no curso da investigação criminal, é perfeitamente possível que o indivíduo seja submetido a outros processos de identificação previstos na legislação como um todo.

Como destaca Suxberger, "identificação criminal é feita por colheita de impressão datiloscópica (digitais) e fotografia – excepcionalmente, por

35. SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 34. Ainda segundo o autor, "entre os métodos de identificação que permitem o emprego das novas técnicas usadas pela biometria, um dos mais precisos é aquele que utiliza a íris. A íris, que é a parte colorida do olho situada em torno da pupila, tem uma imagem muito complexa e única em cada pessoa, tal qual são as impressões digitais, podendo, portanto, ser usada para fins de identificação humana mediante o emprego de uma câmara de vídeo e de um programa de computador".

36. Nesse sentido: GARCIA, Iberê Anselmo. A segurança na identificação: a biometria da íris e da retina, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 43. *Apud* SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Projeto de Lei "Anticrime" e as modificações no regime legal da identificação criminal e do banco de perfis genéticos. *In Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 42.

identificação do perfil genético a partir de material colhido do investigado. Essa identificação dá-se nos estritos lindes excepcionais mencionados no art. 3º da Lei n. 12.037/09. No entanto, não há impeditivo a que a pessoa que ali figure como investigado, ainda que não submetida a identificação criminal (porque civilmente identificado), seja então submetida a identificação civil nos termos do que se exige para o documento nacional de identificação (DNI), previsto no art. 8º da Lei n. 13.444, cujos requisitos incluem dados biométricos. Esses dados, uma vez colhidos em investigação criminal (sem identificação criminal, vale dizer), comporão o banco nacional multibiométrico e de impressões digitais"[37].

Essa possibilidade de coleta de dados biométricos, mesmo que fora do procedimento de identificação criminal, é corroborada pela leitura do art. 7º-C, §4º, da Lei n. 12.037/09, incluído pelo Pacote Anticrime, segundo o qual poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal. Como se pode notar, todo e qualquer preso, seja ele provisório ou definitivo, será submetido à autenticação biométrica: se acaso já identificado criminalmente, por meio dos processos datiloscópico e fotográfico; se identificado civilmente por meio da apresentação de um dos documentos listados no art. 2º da Lei n. 12.037/09, por meio de biometria, conquanto já tenha sido civilmente identificado por datiloscopia (v.g., perante o instituto de identificação do Estado).[38]

Com o objetivo de se atingir o maior grau possível de certeza na identificação do cidadão, o que pressupõe, obviamente, o aumento e o compartilhamento da base de dados de identificação civil e criminal, facilitando sua acessibilidade, o art. 7º-C, §5º, da Lei n. 12.037/09, dispõe que poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, ou com ele interoperar, os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil. A integração ou a interoperação desses dados de registros multibiométricos constantes de outros bancos de dados com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões digitais deverá ocorrer por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora. Outrossim, no caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular.

Levando-se em consideração que os dados que compõem esse Banco Nacional versam sobre informações individuais que tangenciam a intimidade e a vida privada do indivíduo, o Pacote Anticrime teve o cuidado de prever que os dados dele constantes terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos na Lei n. 12.037/09 ou em decisão judicial deverá responder civil, penal e administrativamente. Especificamente quanto à responsabilização penal, queremos crer que, em se tratando de agente público, a conduta subsume-se ao tipo penal do art. 325, §1º, inciso I, do CP,[39] ao passo que, no caso do civil, o juízo de tipicidade há de ser feito à luz do art. 153, §1º-A, do CP.[40] É vedada, ademais, a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado (Lei n. 12.037/09, art. 7º-C, §9º). O dispositivo visa afastar quaisquer controvérsias acerca da necessidade de o cotejo dos registros biométricos ser feito por outro profissional, senão um perito oficial devidamente habilitado, através de laudo pericial, sujeito, pois, ao regramento constante do CPP – arts. 158 e seguintes. Assemelha-se, assim, ao quanto previsto no art. 5º-A, §3º, da Lei n. 12.037/09, o qual, todavia, diz respeito às informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos.

Em conclusão, o art. 7º-C, §11, da Lei n. 12.037/09, também incluído pela Lei n. 13.964/19, prevê que a autoridade policial e o Ministério

37. Op. cit. p. 43.

38. De se lembrar que, nos termos do art. 2º da Lei n. 13.444/17, a Identificação Civil Nacional (ICN) utiliza: I – a base de dados biométricos da Justiça Eleitoral; II – a base de dados do Sistema Nacional de Informações de Registro Civil (Sirc), criado pelo Poder Executivo federal, e da Central Nacional de Informações do Registro Civil (CRC Nacional), instituída pelo Conselho Nacional de Justiça, em cumprimento ao disposto no art. 41 da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009; III – outras informações, não disponíveis no Sirc, contidas em bases de dados da Justiça Eleitoral, dos institutos de identificação dos Estados e do Distrito Federal ou do Instituto Nacional de Identificação, ou disponibilizadas por outros órgãos, conforme definido pelo Comitê Gestor da ICN.

39. CP: "Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. §1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; (...)"

40. CP. Art. 153. (...) §1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instaurados, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. Como se pode notar, de maneira semelhante ao que ocorre em relação ao acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético (LEP, art. 9º-A, §2º, incluído pela Lei n. 12.654/12),[41] o acesso aos dados constantes do banco nacional multibiométrico e de impressões digitais também está sujeito à denominada cláusula de reserva de jurisdição, a significar que o acesso às suas informações está condicionada à prévia autorização judicial.

Art. 8º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

13. VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.037/09.

A Lei nº 12.037/09 entrou em vigor no dia 2 de outubro de 2009, data de sua publicação. A Lei nº 12.654/12, por sua vez, entrou em vigor em data de 25 de novembro de 2012, porquanto sua *vacatio legis* foi fixada em 180 (cento e oitenta) dias.

Art. 9º. Revoga-se a Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000.

Brasília, 1º de outubro de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA

Este texto não substitui o publicado no DOU de 2.10.2009

14. REVOGAÇÃO EXPRESSA DA LEI Nº 10.054/00.

A antiga Lei de Identificação Criminal – Lei nº 10.054/00 – foi expressamente revogada pelo art. 9º da Lei nº 12.037/09. Para além disso, como o art. 1º da Lei nº 12.037/09 preceitua que a identificação criminal só poderá ocorrer *nos casos previstos nesta lei*, o ideal é concluir que também houve a revogação tácita do art. 5º da Lei nº 9.034/95 (hoje revogada pela Lei nº 12.850/13), que inclusive já se tinha como revogado pelo advento da Lei nº 10.054/00. Raciocínio semelhante também deve ser aplicado ao art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, doravante, a identificação criminal somente será possível nas hipóteses estabelecidas no art. 3º da Lei nº 12.037/09.

41. LEP: "Art. 9º-A. (...) §2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético".

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

LEI 9.296/1996

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

1. SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA, DAS COMUNICAÇÕES TELEGRÁFICAS, DE DADOS E DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS.

De acordo com o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual".

Interpretação literal e apressada do dispositivo constitucional, notadamente em face da expressão "*salvo, no último caso*", pode levar à conclusão (equivocada) de que está autorizada pela Constituição Federal apenas a violação ao sigilo das comunicações telefônicas, o que implica reconhecer que os demais sigilos encontram-se protegidos de forma absoluta, de modo que, em nenhuma hipótese, podem eles ser objeto de revelação do conteúdo, salvo com autorização das pessoas envolvidas diretamente na relação.

Essa linha de interpretação vai de encontro ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial sedimentado no direito pátrio e no direito alienígena de que os direitos fundamentais, por mais importantes que sejam, não são dotados de caráter absoluto. Na verdade, não há falar em direito fundamental absoluto. Todos os direitos fundamentais devem ser submetidos a um juízo de ponderação quando entram em rota de colisão com outros direitos fundamentais, preponderando aqueles de maior relevância. Com efeito, as garantias fundamentais não são – e nem poderiam ser – absolutas, notadamente quando se constata que, sob a roupagem de "garantias", são muitas vezes invocadas por criminosos de modo a camuflar práticas delituosas.

Na dicção do Min. Celso de Mello, "não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros".[1]

Fossem os demais sigilos (de correspondência, das comunicações telegráficas e de dados) de natureza absoluta, jamais seria possível que presos tivessem suas correspondências devassadas por agentes penitenciários, de modo a garantir a

1. STF, Tribunal Pleno, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, DJ 12/05/2000.

segurança do presídio em que estão encarcerados. Assim, sequer haveria necessidade de introdução de celulares nos presídios, já que eventuais planos de fuga ou rebelião poderiam ser tratados por meio de correspondência, tida, para alguns, como indevassável de forma absoluta.[2]

Não foi essa, todavia, a orientação do Supremo Tribunal Federal, que considerou válida a interceptação de correspondência de presos: "A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas".[3]

Na mesma linha, porém no tocante ao sigilo da correspondência: "Correspondência, para os fins tutelados pela Constituição da República (art. 5º, VII) é toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal ou telegráfica. (Lei nº 6.538/78). A apreensão pelo Juiz competente, na agência dos Correios, de encomenda, na verdade tigre de pelúcia com cocaína, não atenta contra a Constituição da República, art. 5º, VII. Para os fins dos valores tutelados, encomenda não é correspondência".[4]

Por fim, em relação ao sigilo de dados bancário e fiscal: "O entendimento desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de não possuir caráter absoluto a garantia dos sigilos bancário e fiscal, sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal".[5]

Evidentemente, para que seja decretada a quebra do sigilo de dados, sejam eles fiscais, bancários, telefônicos, etc., há necessidade de decisão judicial devidamente fundamentada, sob pena do reconhecimento da ilicitude dos elementos probatórios assim obtidos. De fato, se a regra é a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o que visa, em última análise, a resguardar também direito constitucional à intimidade (art. 5º, X), somente se justifica a sua mitigação quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstrarem a conveniência de sua violação para fins de promover a investigação criminal ou instrução processual penal.[6]

2. CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

De acordo com o dicionário Houaiss da língua portuguesa, *interceptar* significa interromper o curso de, fazer parar, deter, captar ou apreender aquilo que é dirigido a outrem.[7] Sob o ponto de vista da Lei nº 9.296/96, todavia, interceptar uma comunicação não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. A expressão deve ser compreendida como o ato de captar a comunicação alheia, tomando conhecimento de seu conteúdo. É da essência da interceptação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação *alheia*.

Não se deve confundir interceptação com escuta telefônica, nem tampouco com gravação telefônica. A interceptação ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captado por um terceiro; na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da ingerência de um terceiro na comunicação; a gravação telefônica é a captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro.

Pelo menos em regra, a interceptação deve ser levada a efeito com a gravação das conversas interceptadas. Mas daí não se pode concluir que a gravação funcione, necessariamente, como elemento integrante do conceito de interceptação. De fato, uma simples interceptação, desacompanhada de gravação, pode ser objeto de prova no processo penal, desde que não configure violação à intimidade. O próprio art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96, deixa entrever que a gravação da comunicação interceptada nem sempre será possível, o que, no entanto, não funciona como óbice à realização da diligência.

Possamos, então, firmar alguns conceitos:

2. Nesse contexto: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 368.

3. STF, 1ª Turma, HC 70.814/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01º/03/1994, DJ 24/06/1994. Admitindo a validade da apreensão judicialmente autorizada de cartas que provavam o relacionamento extraconjugal entre acusados de homicídio da vítima, com fundamento no art. 240, § 1º, "f", do CPP, sob o argumento de que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas: STJ, 5ª Turma, HC 203.371/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03/05/2012.

4. STJ, 5ª Turma, RHC 10.537/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 13/03/2001, DJ 02/04/2001 p. 311.

5. STF, 2ª Turma, AI 541.265 AgR/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 04/10/05, DJ 04/11/05.

6. STF, 2ª Turma, HC 96.056/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, 28/06/2011.

7. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1096.

a) **Interceptação telefônica (ou interceptação em sentido estrito)**: consiste na captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores. Essa é a interceptação em sentido estrito (ou seja: um terceiro intervém na comunicação alheia, sem o conhecimento dos comunicadores);

b) **Escuta telefônica**: é a captação da comunicação telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro. Na escuta, como se vê, um dos comunicadores tem ciência da intromissão alheia na comunicação. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese em que familiares da pessoa sequestrada, ou a vítima de estelionato, ou ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do telefone, em sua vida privada, autoriza que um terceiro leve adiante a interceptação telefônica;[8]

c) **Gravação telefônica ou gravação clandestina**: é a gravação da comunicação telefônica por um dos comunicadores, ou seja, trata-se de uma autogravação (ou gravação da própria comunicação). Normalmente é feita sem o conhecimento do outro comunicador, daí falar-se em gravação clandestina;

d) **Comunicação ambiental**: refere-se às comunicações realizadas diretamente no meio ambiente, sem transmissão e recepção por meios físicos, artificiais, como fios elétricos, cabos óticos etc.. Enfim, trata-se de conversa mantida entre duas ou mais pessoas sem a utilização do telefone, em qualquer recinto, privado ou público. Como essa espécie de comunicação não envolve a utilização de telefone, isso acarreta o deslocamento da análise desse instituto para regime jurídico constitucional diverso daquele aplicável às interceptações telefônicas, que são regidos, como se sabe, pelo art. 5º, XII, da CF.[9] É nesse sentido, entre outros, a lição de Suxberger e Souza,[10] para quem "à escuta ambiental seria aplicável o regime geral constitucional decorrente do art. 5º, X,[11] da CF, que dispõe sobre o direito fundamental à intimidade, norma matricial que deve orientar a análise da licitude ou ilicitude das interceptações ambientais (sons e imagens)";

e) **Interceptação ambiental**: é a captação sub-reptícia de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores. Não difere, substancialmente, da interceptação em sentido estrito, pois, em ambas as hipóteses, ocorre violação do direito à intimidade, porém, no caso da interceptação ambiental, a comunicação não é telefônica. A título de exemplo, suponha-se que, no curso de investigação relativa ao crime de tráfico de drogas, a autoridade policial realize a filmagem de indivíduos comercializando drogas em uma determinada praça, sem que os traficantes tenham ciência de que esse registro está sendo efetuado;[12]

f) **Escuta ambiental**: é a captação de uma comunicação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores. Por exemplo, imagine-se a hipótese de cidadão vítima de concussão que, com o auxílio da autoridade policial, efetue o registro audiovisual do exato momento em que funcionário público exige vantagem indevida para si em razão de sua função;

g) **Gravação ambiental**: é a captação no ambiente da comunicação feita por um dos comunicadores (ex. gravador, câmeras ocultas etc.).

Parte da doutrina considera que o art. 1º da Lei nº 9.296/96 abrange tanto a interceptação telefônica em sentido estrito quanto a escuta telefônica.[13] Isso porque ambas consistem em processos de captação da comunicação alheia. Não estão abrangidas pelo regime jurídico da Lei nº 9.296/96, por consequência, a gravação telefônica, a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação ambiental.

Assiste razão a essa corrente. Ao tratar da interceptação telefônica, admitindo-a, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que fosse estabelecida em lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5º, XII, *in fine*), a Constituição Federal refere-se à interceptação feita por terceiro, sem conhecimento dos dois interlocutores ou com conhecimento de um deles. Não fica incluída a gravação de conversa por terceiro ou por um dos interlocutores, à qual se aplica a

8. Para a 5ª Turma do STJ (REsp 1.630.097/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 18/04/2017, DJe 28/04/2017), sem consentimento do acusado ou prévia autorização judicial, é ilícita a prova, colhida de forma coercitiva pela polícia, de conversa travada pelo investigado com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso "viva-voz", que conduziu ao flagrante do crime de tráfico ilícito de entorpecentes no interior de sua residência. *In casu*, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância fora obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão. Desse modo, estar-se-ia diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada.

9. Constituição Federal: "Art. 5º. (...) XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

10. *Projeto de Lei Anticrime*. Coordenadores: Antônio Henrique Graciano Suxberger, Renee do Ó Souza, Rogério Sanches. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 93.

11. Constituição Federal: "Art. 5º. (...) X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

12. Para mais detalhes acerca da interceptação ambiental, remetemos o leitor ao capítulo referente à Lei das Organizações Criminosas (art. 3º, II).

13. Nesse sentido: JESUS, Damásio de. *Interceptação de comunicações telefônicas*, RT 735, p. 458-473.

regra genérica de proteção à intimidade e à vida privada do art. 5º, X, da Carta Magna.

A Lei nº 9.296/96 não abarca, portanto, a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro. Fica esta hipótese fora do regime da lei, sendo considerada válida a gravação como prova quando houver justa causa, como ocorre em casos de sequestro. Nada impede que o juiz autorize a escuta, se houver requerimento nesse sentido. Mas não é necessária a autorização judicial, pois se houver a gravação sem ela, mas estiver fundada em justa causa, a prova pode ser utilizada. Prevalece, então, o entendimento de que as gravações telefônicas não estão amparadas pelo art. 5º, XII, da constituição Federal, devendo ser consideradas meios lícitos de prova, mesmo que realizadas sem ordem judicial prévia, pelo menos em regra.[14]

Há precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: "Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: *essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial.* A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato *probando* for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha".[15]

Quando se tratar de crime cometido contra incapazes, como, por exemplo, estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), é perfeitamente possível que a gravação das comunicações telefônicas seja feita com o consentimento do genitor da vítima, em seu terminal telefônico, ainda que, para tanto, seja necessário o auxílio de detetive particular para a captação das conversas. Consoante dispõe o art. 3º, I, do CC, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, não podendo praticar ato algum por si, de modo que são representados por seus pais. Assim, é válido o consentimento do genitor para gravar as conversas do filho menor. Nesses casos, a gravação da conversa não configura prova ilícita, visto que não ocorre, a rigor, uma interceptação da comunicação por terceiro, mas mera gravação, com auxílio técnico de terceiro, pelo proprietário do terminal telefônico, objetivando a proteção da liberdade sexual de absolutamente incapaz, seu filho, na perspectiva do poder familiar, vale dizer, do poder-dever de que são investidos os pais em relação aos filhos menores, de proteção e vigilância. Na verdade, a hipótese se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de crime por este último, situação já reconhecida como válida pelos Tribunais Superiores.[16]

Outros, no entanto, concluem que o legislador ordinário limitou-se a tratar da interceptação telefônica em sentido estrito, deixando de fora da Lei nº 9.296/96 a modalidade da escuta telefônica. Nessa linha, "sendo a nota distintiva entre as duas figuras o consentimento de uma das partes, presente apenas na escuta, esta haveria de merecer tratamento diferenciado, dada a menor dose de sacrifício da garantia da intimidade envolvida, que, no caso, resumir-se-ia à da parte que não detém conhecimento sobre a captação de suas conversas, já que a outra abriu mão, voluntariamente, da garantia do sigilo telefônico".[17]

Independentemente da posição doutrinária a ser adotada, certo é que a realização de escuta telefônica poderá ser determinada pela autoridade judiciária sempre que houver justa causa, por força do princípio da proporcionalidade, como se

14. No sentido de que não há interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um dos interlocutores, ainda que com a ajuda de um repórter: STF, 2ª Turma, RE 453.562 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/09/2008, DJe 227 27/11/2008.

15. STF, 1ª Turma, HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30/10/2001, DJ 14/12/2001.

16. STJ, 6ª Turma, REsp 1.026.605/ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 13/5/2014.

17. AVOLIO. Op. cit. p. 162. No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5.

dá nos casos de gravações efetuadas pela polícia de conversas entre sequestradores e familiares da vítima, com prévia autorização destes.[18]

Quanto à natureza jurídica da interceptação telefônica em sentido estrito, deve se entender que as comunicações telefônicas, *de per si*, são fontes de prova, pois é delas que se extrai a comprovação de uma infração penal ou do envolvimento de um agente com um crime. A interceptação telefônica, por sua vez, funciona como meio de obtenção de prova, mais especificamente como medida cautelar processual, de natureza coativa real, consubstanciada em uma apreensão imprópria, no sentido de por ela se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversação telefônica. De seu turno, a gravação da interceptação das comunicações telefônicas é o resultado da operação técnica e, portanto, a materialização da fonte de prova. Por fim, a transcrição das gravações funciona como o meio de prova, que será juntado aos autos para que possa ser valorado pelo magistrado.[19]

Como conclui Gomes, a finalidade da interceptação telefônica é a obtenção de uma *prova*, que se materializa num documento (auto circunstanciado, transcrição) ou num depoimento (prova testemunhal). É um desses meios probatórios que irá fixar os fatos no processo, de tal modo a legitimar a decisão judicial, seja frente às partes, seja frente à universalidade das pessoas.[20]

3. COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DE QUALQUER NATUREZA.

O objeto da Lei nº 9.296/96 é a interceptação das *comunicações telefônicas de qualquer natureza* (art. 1º). Num passado não muito distante, quando se falava em comunicações telefônicas, pensava-se apenas em uma conversa por telefone – perceba-se que o próprio Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62, art. 4º) define como "telefonia o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons".

Considerando o fantástico desenvolvimento da informática na atualidade, a expressão comunicação telefônica não deve se restringir às comunicações por telefone. Por força de interpretação progressiva,[21] a expressão *comunicação telefônica* deve também abranger a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia, estática, ou móvel (celular).[22] Por conseguinte, é possível a interceptação de qualquer comunicação via telefone, conjugada ou não com a informática, o que compreende aquelas realizadas direta (fax, modens) e indiretamente (internet, e-mail, correios eletrônicos).

Daí dispor o *caput* do art. 1º da Lei nº 9.296/96 ser possível a interceptação de comunicações telefônicas *de qualquer natureza*, acrescentando o parágrafo único do mesmo artigo que o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Por telemática compreende-se a ciência que cuida da comunicação (transmissão, manipulação) de dados, sinais, imagens, escritos e informações por meio do uso combinado da informática (do computador) com as várias formas de telecomunicação, ou seja, telemática é a telecomunicação associada à informática.

Em sentido diverso, Vicente Greco Filho entende que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96 é inconstitucional, já que a Carta Magna somente autoriza a interceptação de comunicação telefônica, na qual não está incluída a transmissão de dados. De acordo com o autor, "a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*)".[23]

Com a devida vênia, a nosso juízo, quando a Constituição Federal autoriza a interceptação das comunicações telefônicas, refere-se não só às

18. Veja-se a posição do Supremo: "Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)". (STF, 1ª Turma, HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/06/1997, DJ 15/08/1997).

19. Nessa linha: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal.* 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 165.

20. *Legislação criminal especial.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 436.

21. Como destaca José Cichocki Neto (Princípios informativos da interpretação progressiva das leis, em Revista de Direito Civil, RT, nº 54, p. 101), citado por Gomes (op. cit. p. 422), "enquanto a norma jurídica integrando-se ao ordenamento permanece com sua descrição inicial, os fatos sociais dinamizam-se perenemente em amplitude, espécie e número; o que importa, numa lei, em última análise, não é a *voluntas legislatoris*, senão a *voluntas legis*; o legislador, aliás, criando leis para viger no futuro, tem necessariamente em conta a variação futura dos fatos e, por isso, na medida do possível, sopesa-os e seleciona-os, para serem abarcados pela lei, segundo sua vontade. De certa maneira, portanto, não é frustrada sua vontade com a atualização da *ratio legis* ou de sua consideração objetiva; a interpretação *praeter legem*, assim, é perfeitamente possível".

22. Referido conceito assemelha-se ao conceito de telecomunicação, constante do art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472/97, que regula a organização dos serviços de telecomunicações: "Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza".

23. Op. cit. p. 17. Em sentido semelhante: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 126. E também: AVOLIO. Op. cit. p. 168; GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii. As nulidades no processo penal.* Op. cit. p. 171.

comunicações telefônicas propriamente ditas como também à comunicação de dados, imagens e sinais através da telemática. Não se pode ficar alheio aos avanços tecnológico-culturais, ampliando as formas de comunicações, privando os órgãos da persecução penal de um importante instrumento de investigação e busca da verdade. Logo, a nosso ver, a Lei nº 9.296/96 tem seu campo de incidência sobre qualquer forma de comunicação, seja telefônica ou não; versa não apenas sobre conversação telefônica, como também qualquer tipo de comunicação telemática (por telefone ou por via independente, sem uso da telefonia).[24]

Esclarecedora, nesse sentido, a lição de Damásio de Jesus: "Inclino-me pela constitucionalidade do referido parágrafo único. A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de comunicações telefônicas, não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona 'comunicações telefônicas', estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de 'dados'. É o caso do uso do modem. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, "digitar" e não "falar". [...] A circunstância de a CF expressamente só abrir exceção no caso da comunicação telefônica não significa que o legislador ordinário não possa permitir a interceptação na hipótese de transmissão de dados. Não há garantias constitucionais absolutas".[25]

Os Tribunais têm considerado válida a interceptação das comunicações telemáticas.[26] Aliás, especificamente quanto às conversas realizadas em "sala de bate papo" da internet, o STJ tem considerado que não há falar em proteção do sigilo das comunicações, já que o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais.[27]

Especial atenção também deve ser dispensada ao denominado e-mail corporativo, assim compreendida a comunicação eletrônica disponibilizada ao empregado para fins estritamente profissionais, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, daí por que não se pode considerar ilícita a prova assim obtida. Nesses casos, não há expectativa de privacidade do usuário, mormente quando advertido de que o e-mail se destina a mensagens profissionais. Nessa linha, como já se pronunciou o Tribunal Superior do Trabalho, "se se cuida de e-mail corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a Internet e sobre o próprio provedor". Concluiu-se, assim, que a prova obtida mediante monitoramento desse e-mail corporativo não é ilícita para fins de se demonstrar a justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho.[28]

3.1. Gerações de provas (trilogia Olmstead--Katz-Kyllo) e (des) necessidade de autorização judicial para a extração de dados e de conversas registradas em aparelhos celulares.

A classificação das provas em gerações – primeira, segunda e terceira – tem sua origem em 3 (três) precedentes da Suprema Corte Norte Americana – Olmstead (1928), Katz (1967) e Kyllo (2001) –, e está diretamente relacionada à necessidade (ou não) de prévia autorização judicial (cláusula de reserva de jurisdição) para a execução de certos procedimentos investigatórios invasivos, notadamente à vida privada e ao direito à intimidade.

3.1.1. Direito probatório de 1ª geração: o caso Olmstead.

No caso concreto apreciado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1928, a polícia teria instalado um equipamento para interceptação de comunicações telefônicas, *sem prévia autorização judicial*, fazendo-o diretamente na fiação da empresa telefônica, é dizer, em via pública. Como não houve a realização de qualquer tipo de busca no interior da casa de *Olmstead*, concluiu-se que não teria havido violação ao direito à intimidade. Chamada a analisar a (i) licitude dessa prova, porquanto realizada sem prévia autorização judicial, a referida Corte concluiu que não teria havido a penetração em qualquer propriedade do acusado.

Restou cunhada, assim, a teoria proprietária (*trespass theory*). Na dicção de Danilo Knijnik, "a proteção constitucional estender-se-ia apenas para áreas tangíveis e demarcáveis, exigindo a entrada, o ingresso e a violação de um espaço privado ou

24. A constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96 foi objeto da ADI nº 1.488, que teve o pedido de medida cautelar indeferido e, posteriormente, foi extinta por falta de legitimidade ativa do requerente.

25. JESUS, Damásio de. *Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei nº 9.296/96*. RT, 735/458.

26. STJ, 6ª Turma, HC 101.165/PR, Rel. Min. Jane Silva, j. 01/04/2008, DJe 22/04/2008.

27. STJ, 6ª Turma, RHC 18.116/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 16/02/2006, DJ 06/03/2006 p. 443.

28. TST, RR 613/2000-013-10-00, 1ª T. DJ 10/06/2005.

particular, o que, na espécie, efetivamente não havia ocorrido, dado que nenhuma propriedade de *Olmstead* fora devassada pela autoridade. Neste primeiro momento da trilogia, surge, pois, uma interpretação constitucional protetiva de coisas, objetos e lugares".[29]

3.1.2. Direito probatório de 2ª geração: o caso Katz.

No precedente *Katz v. United States* (1967), a Suprema Corte norte-americana alterou seu entendimento acerca da matéria, concluindo que a proteção conferida à vida privada teria o condão de abranger não apenas a busca de itens tangíveis, mas também a gravação de declarações orais.

No caso concreto, a prova dos crimes fora obtida a partir da instalação de um dispositivo de gravação externamente a uma cabine de telefone público, posteriormente utilizado pelo investigado. Partindo-se da premissa de que a cabine telefônica era pública, entendeu-se, à luz do precedente *Olmstead*, que não teria havido invasão ou ingresso em propriedade privada, o que tornaria lícita a prova, independentemente de prévia autorização judicial.

Todavia, para a Suprema Corte norte-americana, por mais que o indivíduo estivesse em uma cabine de vidro usando um telefone público, teria sim direito à proteção à intimidade a partir do exato momento em que fechou a porta atrás de si e pagou o valor que lhe permitiria realizar a chamada telefônica. Tinha, pois, legítima expectativa de proteção ao direito à intimidade.

Operou-se, assim, uma migração da teoria proprietária (*Olmstead*) para a teoria da proteção constitucional integral (*Katz*), que amplia o âmbito de proteção constitucional de coisas, lugares e pertences para pessoas e suas expectativas de privacidade.[30]

3.1.3. Direito probatório de 3ª geração: o caso Kyllo.

Já no ano de 2001, a Suprema Corte dos Estados Unidos fixou o entendimento de que o avanço da tecnologia sobre a materialidade das coisas não pode limitar o escopo e a abrangência da proteção constitucional outorgada à intimidade das pessoas.

O caso concreto dizia respeito a um agente de polícia que desconfiava que *Danny Kyllo* cultivava maconha no interior de sua residência. Apesar da suspeita, os elementos de informação até então existentes eram frágeis para que se pudesse obter um mandado judicial. Sabedores de que o cultivo de maconha demanda a utilização de lâmpadas de alta intensidade, surgiu, então, a ideia, por parte dos policiais, de utilizar um equipamento de captação térmica para que se pudesse monitorar, da via pública, emanações de calor do interior da residência de *Kyllo*. Com base na utilização desse equipamento, as autoridades policiais conseguiram, então, obter as evidências necessárias para a expedição de um mandado de busca, do qual resultou a apreensão de inúmeras plantas de *cannabis sativa L.*

Sob a ótica do case *Katz*, poder-se-ia concluir que a prova seria lícita, ainda que não precedida de autorização judicial. A uma porque não teria havido a invasão do interior da residência. A duas porque *Kyllo* não havia manifestado qualquer pretensão de privacidade, já que nada fizera para impedir a emissão do calor.

Deixando de lado o precedente *Katz*, todavia, a Suprema Corte norte-americana concluiu que os avanços tecnológicos sobre a materialidade das coisas não pode limitar o âmbito de proteção da vida privada e do direito à intimidade. Em outras palavras, não se pode equiparar a utilização de câmeras termográficas à observação de uma residência a olho nu. Se o Governo utiliza um dispositivo que não é de uso público geral para explorar os detalhes de uma casa que antes seriam desconhecidos sem intrusão física, esta atividade deveria ser compreendida como uma busca desarrazoada se acaso não precedida de um mandado judicial. Por conseguinte, na eventualidade de a autoridade policial pretender utilizar determinada tecnologia ainda não disseminada no uso geral do público, deveria obter prévia autorização judicial, sob pena de manifesta ilicitude das provas assim obtidas. É nesse cenário que se inserem as chamadas provas de terceira geração, ou um direito probatório de terceira geração, que devem ser compreendidas como "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais".[31]

3.1.4. (Des) necessidade de autorização judicial prévia para a extração de dados e de conversas registradas em aparelhos celulares apreendidos.

Essa necessidade de reinterpretar certas garantias à invasão da tecnologia no setor da prova

29. *Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI.* Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015. p. 180.

30. Nesse contexto: KNIJNIK. Op. cit. p. 182.

31. KNIJNIK. Op. cit. p. 179.

consolidada pelo direito probatório de terceira geração – precedente *Kyllo* – também deve ser objeto de análise quando se discute a possibilidade de a polícia ter acesso a dados e conversas registradas em celulares apreendidos pela polícia.

A 2ª Turma do STF tem um precedente antigo abordando um caso concreto em que os policiais, logo após a prisão em flagrante, efetuaram a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos com o flagranteado. Sob o argumento de que não teria havido a interceptação das comunicações telefônicas, mas simples acesso a registros telefônicos – chamadas recebidas e efetuadas –, que não gozam da proteção do art. 5º, XII, da Constituição Federal, concluiu-se pela validade das provas. Afinal, ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial teria agido em estrita observância ao art. 6º do CPP no sentido de colher elementos de informação quanto à autoria e materialidade.[32]

Este precedente da 2ª Turma do STF diz respeito a um caso concreto ocorrido em novembro de 2004. Mas por que se revela importante citarmos a data dos fatos? Ora, porque, à época, os telefones celulares sabidamente não estavam conectados à internet de banda larga. É de se concluir, então, que o acesso que os policiais teriam àquela época necessariamente seria bem menos intrusivo que o seria nos dias de hoje. É exatamente este o motivo para o *distinguishing*[33] entre o HC 91.867 do STF e a recente decisão da 6ª Turma do STJ no RHC 51.531, objeto de análise na sequência.

Atualmente, os telefones celulares, em sua maioria, encontram-se conectados à internet de banda larga – os chamados *smartphones* –, e geralmente são dotados de aplicativos de comunicação em tempo real. Isso significa dizer que o acesso a um aparelho de telefonia celular de pessoa presa permite, pelo menos em tese, que a autoridade policial tenha acesso a inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como *Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, Snapchat*, etc., todos eles dotados das mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Por mais que as conversas mantidas por meio desses aplicativos fiquem registradas no aparelho celular, não se pode negar que estamos diante de verdadeira espécie de comunicação escrita, imediata, entre duas ou mais pessoas. Logo, se há necessidade de prévia autorização judicial para a quebra do sigilo do correio eletrônico,[34] idêntico raciocínio deve ser aplicado para fins de devassa das conversas mantidas por meio do *whatsapp*, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, e do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/96, pouco importando o fato de o celular do indivíduo ter sido apreendido por ocasião de eventual prisão em flagrante (preventiva ou temporária).

Recentemente, referindo-se expressamente às provas de terceira geração (voto-vista do Min. Rogerio Schietti Cruz), a 6ª Turma do STJ concluiu que, *sem prévia autorização judicial*, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no *whatsapp* presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. Para a 6ª Turma do STJ, o precedente do HC 91.867 da 2ª Turma do STF não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese de apreensão de um aparelho celular em uma prisão em flagrante. Afinal, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação por voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo a verificação de correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. Desse modo, *sem prévia autorização judicial*, é ilícita a devassa de dados e de conversas de *whatsapp* realizada pela polícia em celular apreendido.[35]

32. STF, 2ª Turma, HC 91.867/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012, DJe 185 19/09/2012. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 66.368/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 29/06/2007 p. 673.

33. Fala-se em *distinguishing* quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente. Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 491.

34. No sentido de que a quebra do sigilo do correio eletrônico pressupõe prévia autorização judicial: STJ, 6ª Turma, HC 315.220/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/09/2015, DJe 09/10/2015.

35. STJ, 6ª Turma, RHC 51.531/RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 19/4/2016, DJe 9/5/2016. No caso *Riley v. California*, a Suprema Corte norte americana concluiu que "telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção". No sentido de que, por ocasião da prisão em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no referido aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, daí por que incumbe à autoridade policial, logo após sua apreensão, requerer judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, nos termos da Lei nº 9.296/96, sob pena de ilicitude das provas assim obtidas: STJ, 5ª Turma, RHC 67.379/RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 20/10/2016, DJe 09/11/2016. Em outro precedente, a 5ª Turma do STJ concluiu que, uma vez *determinada judicialmente* a busca e apreensão de telefone celular, é lícito o acesso aos dados armazenados no aparelho apreendido, notadamente quando a referida decisão aludir expressamente ao acesso aos dados armazenados em eventuais computadores, arquivos

A autorização judicial (ou do titular da linha) revela-se indispensável não apenas para que as autoridades policiais possam ler as mensagens constantes de aparelhos celulares apreendidos, mas também para, eventualmente, atender ao telefone móvel da pessoa sob investigação e travar conversa com qualquer interlocutor que seja se passando por seu titular. Vejamos outro caso concreto: no momento da abordagem ao veículo em que estava o acusado, o telefone deste foi atendido pelo policial, sem autorização para tanto, e se passou por ele para fazer a negociação de drogas e provocar o flagrante. Esse mesmo policial também obteve acesso, novamente sem autorização pessoal nem judicial, aos dados do aparelho, lendo mensagens que não lhe eram dirigidas. Para a 6ª Turma do STJ, embora tal conduta não se encaixe perfeitamente no conceito de interceptação telefônica, revela verdadeira invasão de privacidade e quebra do sigilo das comunicações telefônicas, haja vista a ausência de autorização judicial e do titular da linha, do que deriva a ilicitude da prova assim obtida.[36]

Não haverá ilegalidade, todavia, na perícia de aparelho de telefonia celular pela polícia, sem prévia autorização judicial, na hipótese em que seu proprietário – a vítima – estiver morto, tendo o referido telefone sido entregue à autoridade policial por sua própria esposa. Em caso concreto apreciado pela 6ª Turma do STJ, referente a um homicídio em que o telefone – de propriedade da vítima – teria sido, inclusive, um veículo para a prática do crime, sendo entregue à polícia por sua esposa após o cometimento do ilícito, concluiu-se que, estando morto o detentor de eventual direito ao sigilo, não haveria mais sigilo algum a proteger do titular daquele direito. Sendo assim, não haveria sequer necessidade de uma ordem judicial porque, frise-se, no processo penal, o que se protege são os interesses do acusado. É dizer, soa como impróprio proteger-se a intimidade de quem foi vítima do homicídio, sendo que o objeto da apreensão e da investigação é esclarecer o homicídio e punir aquele que, teoricamente, foi o responsável pela morte.[37]

A extração de dados e conversas registradas no *WhatsApp* do celular de investigado e a interceptação de conversas mantidas por e-mail mediante prévia autorização judicial, ambas consideradas válidas pelos Tribunais Superiores, não se confundem, porém, com o espelhamento, via *WhatsApp web*, de conversas realizadas pelo investigado com terceiros.[38] Por isso, sob o argumento de que não seria possível aplicar a analogia entre o instituto da interceptação telefônica e o espelhamento, por meio do *WhatsApp Web*, das conversas realizadas pelo aplicativo *WhatsApp*, a 6ª Turma do STJ declarou a nulidade de decisão judicial que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via Código QR, bem como das provas daí decorrentes, ressalvadas eventuais fontes independentes.[39]

Ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *WhatsApp Web* o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma *online*, de interagir diretamente com conversas que estão sendo travadas, de enviar novas mensagens a qualquer contato presente no celular, e de excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, qualquer mensagem passada, presente ou futura.

Por mais que os atos praticados por servidores públicos gozem de presunção de legitimidade, doutrina e jurisprudência reconhecem que se trata de presunção relativa, que pode ser ilidida por contraprova apresentada pelo particular. Não é o caso, todavia, do espelhamento: o fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade "Apagar para mim") ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica (o que

eletrônicos de qualquer natureza e *smartphones* que forem encontrados: RHC 75.800/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/9/2016, DJe 26/9/2016.

36. STJ, 6ª Turma, HC 511.484/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 15/08/2019, DJe 29/08/2019.

37. STJ, 6ª Turma, RHC 86.076/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. Acd. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 19/10/2017, DJe 12/12/2017.

38. O espelhamento das mensagens do WhatsApp ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado WhatsApp Web. Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (Quick Response), o qual só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço. Daí a necessidade de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico que se pretende monitorar.

39. STJ, 6ª Turma, RHC 99.735/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/11/2018, DJe 12/12/2018.

não ocorre em caso de interceptação telefônica, na qual se oportuniza a realização de perícia).

Ainda segundo a 6ª Turma do STJ, ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (*ex nunc*), o espelhamento via *QR Code* viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*). Em termos técnico-jurídicos, o espelhamento seria melhor qualificado como um tipo híbrido de obtenção de prova consistente, a um só tempo, em interceptação telefônica (quanto às conversas *ex nunc*) e em quebra de sigilo de e-mail (quanto às conversas *ex tunc*). Não há, todavia, ao menos por agora, previsão legal de um tal meio de obtenção de prova híbrido. Por fim, ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via *QR Code* depende da abordagem do indíviduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da autoridade policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito.

4. QUEBRA DO SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS.

A interceptação das comunicações telefônicas não se confunde com a quebra do sigilo de dados telefônicos. Enquanto a interceptação de uma comunicação telefônica diz respeito a algo que está acontecendo, a quebra do sigilo de dados telefônicos guarda relação com chamadas telefônicas pretéritas, já realizadas. A quebra do sigilo de dados telefônicos está relacionada aos registros documentados e armazenados pelas companhias telefônicas, tais como data da chamada telefônica, horário da ligação, número do telefone chamado, duração do uso ("lista-régua"), etc.

A relevância da interceptação telefônica está ligada ao conhecimento do conteúdo da conversa estabelecida entre duas ou mais pessoas. A obtenção dos dados telefônicos, sob o ponto de vista probatório, não é tão rica quanto a interceptação telefônica, mas não se pode desprezar sua importância. A depender do caso concreto, a obtenção dos registros telefônicos pode servir de importante instrumento para demonstrar que o agente se comunica com determinada pessoa, já que, com a identificação dos destinatários das ligações, o cruzamento de dados é capaz de permitir a identificação de comparsas na empreitada criminosa investigada.

Portanto, em relação aos dados pertinentes aos usuários de computadores, com informações relativas à sua qualificação, horário dos acessos e identificação dos endereços de IP (Internet Protocol) das máquinas utilizadas, o acesso a tais dados não se confunde com a interceptação das comunicações telemáticas. Quanto ao tema, a Lei Estadual de São Paulo nº 12.228/06, que dispõe sobre os estabelecimentos comerciais que colocam à disposição, mediante locação, computadores e máquinas para acesso à internet – as denominadas Lan Houses –, impõe a obrigatoriedade de criar e manter cadastro atualizado de seus usuários, contendo nome completo, data de nascimento, endereço completo, telefone e número de documento de identidade. A referida Lei também estabelece que o fornecimento desses dados cadastrais e demais informações somente pode ser feito mediante prévia autorização judicial.[40]

Entenda-se, então, que a simples titularidade e o endereço do computador do qual partiu um e-mail não estão resguardados pelo sigilo de que cuida o inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, nem tampouco pelo direito à intimidade prescrito no inciso X, que não é absoluto. Por isso, a 6ª Turma do STJ considerou legítima a requisição do Presidente do Superior Tribunal de Justiça à empresa de telefonia local de informações sobre mensagem eletrônica amplamente divulgada, dando conta da existência de fraude em concurso público para provimento de cargos efetivos do quadro de pessoal do próprio Tribunal a que preside, cuja honorabilidade restou afetada.[41]

Como dito acima, apesar do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, ressalvar apenas a interceptação das comunicações telefônicas, não se deve compreender que o sigilo de dados tenha natureza absoluta. As liberdades públicas não podem ser interpretadas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades: não se permite que sejam exercidas de modo danoso à ordem pública

40. Para o Supremo, o acesso a dados contidos em computador em *lan house* de modo a identificar o autor de crimes praticados pela internet, e não o conteúdo da comunicação criminosa, não requer prévia autorização judicial ou do acusado, se o proprietário do estabelecimento comercial permitir o exame do equipamento e consequente coleta de provas: STF, 1ª Turma, HC 103.425/AM, Rel. Min. Rosa Weber, j. 26/06/2012.

41. STJ, 6ª Turma, HC 83.338/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 29/09/2009, DJe 26/10/2009.

e às liberdades alheias; não podem funcionar como mecanismo de salvaguarda para atividades ilícitas.[42]

Logicamente, a fim de que não haja uma devassa indevida à intimidade do cidadão, é necessária a existência de justa causa para a quebra do sigilo de dados telefônicos, corroborando a prevalência do interesse público à investigação sobre o direito fundamental de proteção à intimidade do indivíduo. É possível, portanto, a quebra do sigilo de dados telefônicos, desde que demonstrada sua imperiosa necessidade para auxiliar nas investigações ou na instrução criminal.

Destarte, o objeto da Lei nº 9.296/96 não abrange a quebra do sigilo de dados telefônicos.[43] Como já se manifestou a jurisprudência, a Lei nº 9.296/96 é aplicável apenas às interceptações telefônicas (atuais, presentes), não alcançando os registros telefônicos relacionados a comunicações passadas. Logo, a quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e os números das linhas chamadas e recebidas, não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei 9.296/96.[44] Em outras palavras, a proteção a que se refere o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, é da *comunicação de dados*, e não *dos dados em si mesmos*.[45]

Portanto, diversamente da interceptação telefônica, a quebra do sigilo de dados telefônicos não está submetida à cláusula de reserva de jurisdição. Logo, além da autoridade judiciária competente, Comissões Parlamentares de Inquérito também podem determinar a quebra do sigilo de dados telefônicos com base em seus poderes de investigação (CF, art. 58, § 3º), desde que o ato deliberativo esteja devidamente fundamentado.[46]

Quanto à obtenção dos dados telefônicos pelo órgão do Ministério Público, queremos crer que o poder de requisição previsto no art. 129, VI, da Constituição Federal, autoriza que o *Parquet* tenha acesso aos registros de ligações anteriores, independentemente de prévia autorização judicial. Não se tratando de captação de comunicações telefônicas em andamento – em relação às quais o art. 5º, XII, da Carta Magna, exige prévia autorização judicial, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos pela Lei nº 9.296/96 –, mas sim da obtenção dos registros de ligações pretéritas, tidas como documentos como outros quaisquer, é indiscutível a possibilidade de requisição direta pelo Ministério Público.

4.1. Requisição de informações acerca das estações rádio base (ERB's).

De acordo com o art. 13-B do CPP, introduzido pela Lei n. 13.344/16, "se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o Delegado de Polícia poderão *requisitar, mediante autorização judicial*, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso".

Apesar da falta de clareza por parte do legislador – o art. 13-B, §1º, do CPP, dispõe que *sinal* significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência –, deve se compreender que o novel dispositivo cuida do acesso ao posicionamento das denominadas *estações rádio base* (ERB).

Por meio da estação rádio base (ERB), é possível saber a localização aproximada de qualquer aparelho celular ligado, desde que este esteja em uso, seja enviando ou recebendo uma mensagem, seja efetuando ou recebendo uma ligação, e, consequentemente, de seu usuário. Grosso modo, as ERB's são as antenas ou estações fixas utilizadas pelos aparelhos móveis para se comunicar. Utilizando seus dados, é possível saber o local aproximado onde se encontra o referido aparelho. Ademais, muitos celulares possuem GPS, o que permite encontrá-los em determinado momento ou saber, posteriormente, por onde seus proprietários estiveram. Tais informações podem ser extremamente úteis em determinadas investigações, não apenas como indício de que determinado agente estava nas proximidades do local do crime no exato momento em que o delito foi executado, mas também como contra-indício para infirmar a validade de eventual álibi apresentado pelo acusado no sentido de que estava em local diverso à época do delito.[47]

42. Manoel Gonçalves Ferreira Filho define as liberdades públicas como direitos subjetivos oponíveis ao Estado, "poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos". (*Direitos humanos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 28-29).

43. Em sentido contrário, Vicente Greco Filho sustenta que a Lei nº 9.296/96 aplica-se à quebra do sigilo das comunicações telefônicas. (*Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9).

44. STJ, 5ª Turma, EDcl no RMS 17.732/MT, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 23/08/05, DJ 19/09/05 p. 353.

45. STF, Tribunal Pleno, RE 418.416/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10/05/06, DJ 19/12/06. Na mesma linha: STF, Tribunal Pleno, MS 21.729/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 05/10/1995, DJ 19/10/2001.

46. STF, Tribunal Pleno, MS 23.652/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/11/2000, DJ 16/02/2001.

47. A obtenção das informações atinentes às estações rádio base (ERB's) não se confunde com a denominada *bilhetagem*, assim compreendida a emissão de um relatório ou listagem contendo todas as ligações feitas pelo

O novel dispositivo é extremamente dúbio e há de provocar intensas controvérsias, porquanto ora exige prévia autorização judicial para o acesso a tais informações (CPP, art. 13-B, *caput*), ora a dispensa (CPP, art. 13-B, §4º). Certamente hão de se formar duas posições acerca do assunto. Vejamos seus respectivos argumentos:

a) **o acesso ao posicionamento das estações rádio base (ERB's) não depende de prévia autorização judicial**: a interceptação das comunicações telefônicas está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, nos termos do inciso XII do art. 5º da CF. Todavia, não se pode confundir a interceptação das comunicações telefônicas com a obtenção de informações quanto ao posicionamento das ERB's, verdadeira espécie de dados telefônicos, que podem ser obtidos pelas autoridades responsáveis pelas investigações preliminares independentemente de prévia autorização judicial. A propósito, como já se pronunciou a 6ª Turma do STJ, "(...) o teor das comunicações efetuadas pelo telefone e os dados transmitidos por via telefônica são abrangidos pela inviolabilidade do sigilo - artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal -, sendo indispensável a prévia autorização judicial para a sua quebra, o que não ocorre no que tange aos dados cadastrais, externos ao conteúdo das transmissões telemáticas. Não se constata ilegalidade no proceder policial, que requereu à operadora de telefonia móvel responsável pela Estação Rádio-Base o registro dos telefones que utilizaram o serviço na localidade, em dia e hora da prática do crime. A autoridade policial atuou no exercício do seu mister constitucional, figurando a diligência dentre outras realizadas ao longo de quase 7 (sete) anos de investigação. Ademais, eventuais excessos praticados com os registros logrados podem ser submetidos posteriormente ao controle judicial, a fim de se verificar qualquer achincalhe ao regramento normativo pátrio. *In casu*, a autoridade policial não solicitou à operadora de telefonia o rol dos proprietários das linhas telefônicas ou o teor do colóquio dos interlocutores, apenas os numerários que utilizaram a Estação de Rádio-Base na região, em período adstrito ao lapso delitivo, não carecendo de anterior decisão judicial para tanto, sobressaindo, inclusive, a necessidade da medida policial adotada, que delimitou a solicitação para a quebra do sigilo das conversas dos interlocutores dos telefones e da identificação dos números que os contactaram, feita perante o Juízo competente, que aquiesceu com a obtenção do requestado. (...)".[48] Destarte, é imperioso submeter o art. 13-B, *caput*, do CPP, a uma interpretação restritiva, porquanto o dispositivo disse mais do que pretendia dizer. Ou seja, conquanto o referido dispositivo faça referência à necessidade de autorização judicial, também faz uso do verbo *requisitar*, no sentido de *ordem*, do que se conclui que não há necessidade de prévia autorização judicial. Não bastasse a contradição inequívoca do *caput* do art. 13-B, que faz menção à *requisição mediante autorização judicial*, verdadeira *contradictio in terminis*, a desnecessidade de prévia autorização judicial para que a Polícia e o Ministério tenham acesso a tais informações é corroborada pelo teor dos próprios parágrafos do art. 13-B. Consoante disposto no art. 13-B, §2º, inciso III, do CPP, para períodos superiores a 60 (sessenta) dias, será necessária a apresentação de ordem judicial. Ora, se a execução dessa diligência depende de prévia autorização judicial em toda e qualquer hipótese, como explicar, então, o inciso III do §2º do art. 13-B do CPP, que impõe ordem judicial nas hipóteses em que a medida se prolongar por período superior a 60 (sessenta) dias? Se assim o fez, parece-nos possível concluir que a diligência pode ser executada sem prévia autorização judicial por até no máximo 60 (sessenta) dias. Ultrapassado este prazo, aí sim se impõe a chancela do Poder Judiciário. O art. 13-B, §4º, do CPP, também confirma a desnecessidade de prévia autorização judicial ao prever que o decurso do prazo de 12 (doze) horas sem manifestação do magistrado autoriza que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações disponibilizem o acesso imediato ao posicionamento das estações rádio-base. Fosse a medida sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, certamente não seria o decurso de um prazo tão exíguo circunstância hábil a afastar a necessidade de controle jurisdicional. De modo a evitar eventuais desvios de finalidade por parte do Delegado de Polícia e do órgão ministerial, parece-nos aplicável, *in casu*, o quanto disposto no art. 13-A, parágrafo único, do CPP, que exige que a requisição contenha o nome da autoridade requisitante, o número do inquérito policial (ou do procedimento investigatório criminal), e a identificação da unidade de polícia judiciária (ou Promotoria de Justiça) responsável pela investigação. Por fim, ainda que se queira objetar que a ausência de controle jurisdicional prévio sobre a execução dessa medida possa dar ensejo a eventuais abusos por parte de policiais e

usuário num determinado período de tempo, contendo os números dos terminais para os quais foram feitas e dos quais foram recebidas ligações, a data, o horário e duração da chamada.

48. STJ, 6ª Turma, HC 247.331/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/08/2014, DJe 03/09/2014.

membros do Ministério Público, daí não se pode impor a realização de tal diligência ao amparo da cláusula de reserva de jurisdição, sob pena de se colocar em risco a sua própria eficácia. Enfim, se há abusos e desvios de finalidades, que sejam eles rigorosamente punidos. O que não se pode admitir é a criação de um sentimento indiscriminado de desconfiança em relação à lisura do comportamento do Delegado de Polícia e do órgão do Ministério Público, que sempre estariam a depender de autorização judicial para a realização de toda e qualquer diligência investigatória;

b) **o acesso ao posicionamento das estações rádio base (ERB) depende de prévia autorização judicial** (nossa posição): parece caminhar nesse sentido o art. 13-B, *caput*, do CPP, introduzido pela Lei n. 13.344/16, ao fazer explícita referência à necessidade de prévia autorização judicial. Sem embargo da falta de precisão técnica por parte do legislador, que faz referência à *requisição mediante autorização judicial*, o que é uma contradição, porque aquele que requisita (v.g., Ministério Público) não depende de prévia autorização judicial, há de se compreender que a obtenção dessas informações guarda relação com a proteção do direito à intimidade e à vida privada. Afinal, por meio delas, é possível obter informações acerca da localização aproximada de uma pessoa, desde que esta traga consigo um aparelho celular ligado, o que, de certa forma, tangencia o direito à intimidade e à vida privada, porquanto nem sempre o indivíduo está disposto a revelar sua localização aos outros. Firmada a premissa de que é indispensável prévia autorização judicial para a obtenção dessas informações, forçoso é concluir que o §4º do art. 13-B é inconstitucional, porquanto não se pode admitir que o mero decurso do prazo de 12 (doze) horas sem manifestação judicial acerca da representação policial (ou do requerimento ministerial) tenha o condão de dispensar a ordem judicial. Ora, como se pode admitir que o *caput* do art. 13-B do CPP demande autorização judicial para a concretização da diligência e, na sequência, o §4º dispense tal exigência? Como observam Ronaldo Batista Pinto e Rogério Sanches Cunha, "ou bem se entende que a ordem judicial é necessária e pouco importa o tempo que o juiz demorará para proferir a decisão, ou bem se entende que a diligência em estudo prescinde do filtro judicial e, por consequência, não será o atraso de 12 horas que impedirá sua efetivação".[49]

5. FINALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL.

Da leitura do próprio texto constitucional (art. 5º, XII), depreende-se que a interceptação telefônica poderá ser determinada mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer *para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*. Seguindo o preceito constitucional, o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.296/96, prevê que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, *para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal*, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Tanto a Constituição Federal quanto a Lei nº 9.296/96 fazem menção à *investigação criminal*, e não ao inquérito policial. Logo, ainda que não haja inquérito policial instaurado, será possível a interceptação telefônica, desde que haja outra forma de investigação criminal em curso, capaz de ministrar indícios de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão.

Como é sabido, hoje o inquérito policial já não é mais considerado a única forma de investigação criminal (CPP, art. 4º, parágrafo único), sendo extremamente comum que o Ministério Público e Comissões Parlamentares de Inquérito, além de outros órgãos, desempenhem importante mister na apuração de infrações penais e de sua autoria. Portanto, a interceptação telefônica para fins de investigação criminal pode ser efetivada independentemente da prévia instauração de inquérito policial, pois nada impede que investigação diversa preceda esse procedimento. A providência pode ser determinada para a investigação criminal (até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito) e para a instrução criminal, depois de instaurado o processo penal.[50]

A interceptação telefônica também pode ser decretada durante o curso da instrução processual penal. Instrução processual (ou, no processo penal, como preferem alguns, fase de formação da culpa) é a fase processual destinada à colheita de provas. Tem início com o oferecimento da peça acusatória, quando as partes poderão juntar documentos, sendo concluída com eventual requerimento de diligências cuja necessidade tenha se originado de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (CPP, art. 402).

49. *Tráfico de pessoas: Lei 13.344/2016 comentada por artigos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 125.

50. STJ, 5ª Turma, HC 43.234/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 03/11/2005, DJ 21/11/2005 p. 265.

Apesar da decretação da interceptação telefônica ser mais comum durante a fase investigatória, é perfeitamente possível o deferimento da medida durante a instrução processual penal. Com efeito, podem surgir, no curso do processo, circunstâncias novas, desconhecidas, que recomendem a realização imediata da interceptação telefônica.

Como a Constituição Federal e a Lei nº 9.296/96 dispõem que a interceptação telefônica só pode ser autorizada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é possível que essa medida seja determinada no curso de um processo de natureza cível, comercial, trabalhista, administrativa, etc., apesar de sabermos que há precedentes de Tribunais Estaduais em sentido contrário.[51]

Porém, uma vez decretada a realização de uma interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nada impede que os elementos probatórios aí obtidos sejam utilizados em outro processo, a título de prova emprestada. Como destaca a doutrina, tendo em conta que o valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade, rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional.[52]

A jurisprudência entende que dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.[53]

Em relação à observância do princípio do contraditório, deve se compreender que este será diferido. E isso em face da própria natureza da interceptação telefônica como medida cautelar *inaudita altera parte*. O contraditório e a ampla defesa não são assegurados quando da execução da medida, sob pena de se frustrar qualquer tentativa de colheita de elementos probatórios. Serão observados sim, *a posteriori*, tão logo concluída a diligência.

Este o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal confirmou que a defesa deve ter pleno acesso aos autos de inquérito policial, aí incluídos os dados obtidos em decorrência de interceptações telefônicas.[54] Aliás, convém lembrar que o acesso aos autos da investigação criminal, especificamente no tocante às diligências concluídas, está assegurado pela súmula vinculante nº 14 do Supremo: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Quanto aos instrumentos processuais de que pode se valer o investigado para impugnar eventual interceptação telefônica que repute ilícita, por mais que o sigilo das comunicações telefônicas esteja relacionado à proteção da intimidade e da vida privada, não se pode perder de vista que, na dicção do Supremo Tribunal Federal, se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, há de ser admitida a possibilidade de impetração de habeas corpus, desde que possa advir prejuízo à liberdade de locomoção, ainda que não iminente, que poderia vir a ser decretada com base na ilegalidade contra a qual se insurge o impetrante. Nessa linha, não é de se recusar a idoneidade do habeas corpus.[55]

Como a própria Constituição Federal autoriza a interceptação das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), não há falar em violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere* (ou da proibição da autoincriminação). A proposito, como observa Grinover, "o sujeito não está em confronto direto com a autoridade, não é por ela solicitado a responder, nem sofre pressões de qualquer espécie, já que não há constrição no telefonema e o instrumento é utilizado na mais ampla liberdade. O direito ao silêncio do réu ou do indiciado tem

51. Para a 3ª Turma do STJ, desde que evidenciada a prática de crime (v.g., subtração de menor previsto no art. 237 da Lei nº 8.069/90), é possível que a interceptação telefônica seja determinada *inclusive em processo cível*: STJ, 3ª Turma, HC 203.405/MS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28/06/2011, DJe 01/07/2011. Admitindo o empréstimo de provas provenientes de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para processo administrativo disciplinar: STF, 1ª Turma, RMS 28.774/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09/08/2016.

52. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *As nulidades no processo penal*. Op. cit. p. 183. Em sentido diverso: GOMES. Op. cit. p. 437.

53. STF, Tribunal Pleno, Inq. 2.424 QO-QO/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 20/06/2007, DJe 087 23/08/2007. E ainda: STF, Pleno, Pet 3.683 QO/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13/08/2008, DJe 035 19/02/2009.

54. STF, 1ª Turma, HC 92.331/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/03/2008, DJe 142 31/07/2008. No sentido de que constitui nulidade por violação à ampla defesa a negativa de fornecimento à defesa de senha de acesso ao disco compacto em que gravadas as conversas interceptadas, acesso que permitiria o confronto entre tal conteúdo e as transcrições realizadas e existentes nos autos: STJ, 6ª Turma, HC 150.892/RS, Rel. Min. Nilson Naves, j. 02/03/2010, DJe 07/06/2010.

55. STF, 1ª Turma, HC 79.191/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 08/10/1999 p. 39.

como finalidade preservar sua liberdade moral frente à autoridade".[56]

> **Art. 2º** Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
>
> I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
>
> II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
>
> III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.
>
> Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

6. REQUISITOS PARA A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

De acordo com a Constituição Federal (art. 5º, XII), a interceptação telefônica está condicionada à prévia autorização judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Por força da Carta Magna, portanto, são pressupostos da interceptação telefônica: a) ordem judicial devidamente fundamentada; b) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; c) para fins de investigação criminal (medida cautelar preparatória) ou instrução processual penal (medida cautelar incidental).

O provimento que autoriza a interceptação tem natureza cautelar, já que visa à fixação dos fatos tal como se apresentam no momento da conversa telefônica. Tem por escopo evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação das investigações ou do processo principal, e, nesse sentido, visa conservar, para fins exclusivamente processuais, o conteúdo de uma comunicação telefônica, daí por que pode ser agrupado entre as cautelas conservativas.

Cuidando-se de medida de natureza cautelar, deverão estar presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*. De modo semelhante ao que se dá com uma busca domiciliar, a determinação de uma interceptação telefônica está condicionada à existência de elementos seguros da existência de um crime, que justifique o sacrifício do direito à intimidade (*fumus comissi delicti*). Em relação ao *periculum in mora*, há de ser levado em consideração o risco ou prejuízo que a não realização imediata da diligência poderá acarretar para a investigação criminal ou para a instrução processual.

Revelando péssima técnica legislativa, ao invés de apontar de maneira detalhada em que hipóteses e mediante quais requisitos poderia ser determinada a interceptação das comunicações telefônicas, optou o legislador pela formulação negativa, apontando no art. 2º da Lei nº 9.296/96 as situações em que a interceptação não será admitida.

6.1. Ordem fundamentada da autoridade judiciária competente (teoria do juízo aparente).

Na esteira da maioria das legislações estrangeiras, a Constituição Federal (art. 5º, XII) e a Lei nº 9.296/96 (art. 1º, *caput*, c/c art. 5º) conferem exclusividade ao Poder Judiciário para determinar a interceptação das comunicações telefônicas. Essa regra só não vigora nas hipóteses de Estado de Defesa (CF, art. 136, § 1º, I, c) e de Estado de Sítio (CF, art. 139, III). A autorização para a interceptação está condicionada, portanto, à prévia autorização do juiz competente da ação principal, decisão esta que deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX).[57]

Adotou-se, assim, um sistema de controle judicial prévio da legalidade da referida medida (cláusula de reserva de jurisdição), o que significa que, em nenhuma hipótese, poderá a autoridade policial ou o Ministério Público determinar a interceptação, submetendo-a posteriormente ao controle judicial da legalidade. Essa autorização judicial será sempre necessária, independentemente da natureza do telefone: público ou particular. Logo, nem mesmo o titular do direito de uso da linha telefônica pode interceptar comunicações telefônicas que outras pessoas realizem utilizando-se de sua linha telefônica. Afinal de contas, o titular do sigilo das comunicações telefônicas não é o dono da linha, mas sim os interlocutores. A rigor, configura crime realizar interceptação de comunicação telefônica sem prévia autorização judicial (Lei nº 9.296/96, art. 10).

56. *Liberdades públicas*. Op. cit. p. 250.

57. Em comarcas maiores tem sido comum a criação das chamadas Centrais de Inquérito. Funcionam como Departamentos (órgãos administrativo-jurisdicionais) que recebem todos os inquéritos e que cuidam da sua distribuição, assim como das medidas cautelares que antecedem a propositura da ação penal. Na cidade de São Paulo, por exemplo, existe o DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais), criado pelo provimento CCXXXIII – 233 do Conselho Superior da Magistratura e reestruturado pelo Provimento 495, de 1993. Apesar de os juízes que compõem o DIPO não serem competentes para a *ação principal*, a jurisprudência tem considerado válida a autorização judicial para a interceptação telefônica por eles concedida: STF, 1ª Turma, RHC 92.354/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/11/2007, DJe 157 06/12/2007.

Por consequência, a ausência de autorização judicial para excepcionar o sigilo das comunicações telefônicas macula indelevelmente eventual diligência policial de interceptações, ao ponto de não se dever – por causa dessa mácula – sequer lhes analisar os conteúdos, pois obtidos de forma claramente ilícita.[58]

Aliás, não é válida a interceptação telefônica realizada sem prévia autorização judicial, ainda que haja posterior consentimento de um dos interlocutores para ser tratada como escuta telefônica e utilizada como prova em processo penal. Logo, o fato de um dos interlocutores dos diálogos gravados de forma clandestina ter consentido *posteriormente* com a divulgação dos seus conteúdos não tem o condão de legitimar o ato, pois, no momento da gravação, não tinha ciência do artifício que foi implementado pelo responsável pela interceptação, não se podendo afirmar, portanto, que, caso soubesse, manteria tais conversas pelo telefone interceptado. Não existindo prévia autorização judicial, tampouco configurada a hipótese de gravação de comunicação telefônica, já que nenhum dos interlocutores tinha ciência de tal artifício no momento dos diálogos interceptados, há de se reconhecer a ilicitude da prova.[59]

Juiz competente para a decretação da interceptação telefônica é o juiz constitucional ou legalmente previsto para conhecer e julgar determinado tipo de litígio. É necessária ordem desse juiz para que se concretize a medida cautelar da interceptação telefônica. Tendo em conta que a interceptação telefônica é medida cautelar que visa à obtenção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal, tal qual estabelece a Constituição Federal (art. 5º, XII), o juiz competente para emiti-la deve ser dotado de jurisdição penal. Portanto, todo e qualquer juiz criminal pode, em tese, conceder a ordem de interceptação, seja no âmbito da Justiça Estadual, da Justiça Federal, da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar da União, seja no âmbito da Justiça Militar dos Estados. Lado outro, estando o juiz no exercício de competência não criminal, não está autorizado a conceder a interceptação telefônica.

Se a própria Lei nº 9.296/96 estabelece que a interceptação de comunicações telefônicas depende de autorização do juiz competente da ação principal (art. 1º), deve ser considerada nula a autorização judicial para interceptação telefônica concedida por juiz incompetente. Logo, se durante a realização de inquérito policial militar, que apurava a prática de crime impropriamente militar (subtração de armas e munições da corporação, conservadas em estabelecimento militar), a interceptação foi deferida pela Justiça Comum Estadual, deve-se declarar a nulidade da prova ilicitamente obtida, em virtude da incompetência do juízo.[60]

Para a jurisprudência, todavia, quando a interceptação telefônica for decretada no curso de investigação criminal como medida cautelar, a exigência de que a autorização seja feita pelo juiz competente da ação principal deve ser entendida e aplicada com certo temperamento, para evitar eventual obstáculo da atuação da Justiça.[61]

Como explica o Min. Sepúlveda Pertence, "se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da L. 9296/96: só ao juiz da ação penal condenatória – e que dirige toda a instrução –, caberá deferir a medida cautelar incidente. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação – não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará –, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal – aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão – que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas".[62]

58. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma EDcl no HC 130.429/CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27/04/2010, DJe 17/05/2010.

59. STJ, 5ª Turma, HC 161.053/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 27/11/2012, DJe 03/12/2012.

60. STJ, 5ª Turma, HC 49.179/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/09/2006, DJ 30/10/2006 p. 341; STJ, 5ª Turma, HC 10.243/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18/12/2000, DJ 23/04/2001 p. 164; STJ, 5ª Turma, HC 43.741/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23/08/2005, DJ 10/10/2005 p. 405. Na mesma linha: "Decerto, os atos investigatórios constantes do inquérito policial, da fase indiciária, não são nulos, ut art. 567 do CPP, porque não se revestem de caráter decisório, salvo aqueles de natureza constritiva de direito, que, possuindo essa índole, provêm de decisão judicial. Recurso parcialmente provido para ampliar o deferimento do habeas corpus e considerar nula a decisão do Juiz Federal incompetente, quanto à autorização para a interceptação telefônica e quebra dos sigilos bancário e telefônico, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito policial que, autônomas, possam fundamentar a denúncia do Ministério Público Estadual". (STF, 2ª Turma, RHC 80.197/GO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 08/08/2000, DJ 29/09/2000).

61. STJ, 5ª Turma, RHC 20.026/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/12/2006, DJ 26/02/2007 p. 616. Na mesma trilha: STJ, 5ª Turma, REsp 770.418/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/03/2006, DJ 27/03/2006 p. 324.

62. STF, Tribunal Pleno, HC 81.260/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14/11/2001, DJ 19/04/2002.

Portanto, a verificação do juízo criminal competente para apreciar pedido de interceptação telefônica no curso da investigação criminal deve ser feita com base nos elementos probatórios até então existentes, aplicando-se a regra *rebus sic stantibus*. Assim, caso um fato superveniente altere a determinação do órgão jurisdicional competente da ação principal, isso não significa dizer que a ordem judicial anteriormente concedida seja inválida.

É o que se denomina de **teoria do juízo aparente**: se, no momento da decretação da medida, os elementos informativos até então obtidos apontavam para a competência da autoridade judiciária responsável pela decretação da interceptação telefônica, devem ser reputadas válidas as provas assim obtidas, ainda que, posteriormente, seja reconhecida a incompetência do juiz inicialmente competente para o feito.[63]

Exemplificando, vislumbrando-se a presença de tráfico doméstico de drogas, um Juiz Estadual determina a medida cautelar. Ocorre que, no curso da interceptação telefônica, constata-se que se trata de tráfico internacional, delito da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso V, da Constituição Federal. Nessa hipótese, a ordem judicial inicialmente concedida pela Justiça Estadual e as informações obtidas por meio da interceptação telefônica hão de ser consideradas válidas, eis que, quando de sua concessão, nada se sabia a respeito de eventual traficância internacional, havendo *fumus comissi delicti* que dava amparo à fixação da competência da Justiça Estadual.[64]

Por fim, convém destacar que a decretação da interceptação telefônica no curso da investigação criminal é causa de fixação da competência por prevenção, nos exatos termos do art. 83 do CPP. Portanto, e a título de exemplo, quando o tráfico ilícito de entorpecentes se estender por mais de uma comarca, será competente, por força da prevenção, o Juiz que primeiro tomar conhecimento da infração e praticar qualquer ato processual, assim considerada a autorização para proceder à interceptação telefônica, mesmo antes do oferecimento da denúncia.[65]

6.2. Indícios razoáveis de autoria (ou de participação).

Como dito acima, em virtude de sua natureza cautelar, a admissibilidade da interceptação telefônica está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*.

Em face do caráter urgente da medida cautelar, ao analisar seu cabimento, limita-se o juiz ao exercício de uma mera cognição sumária. Em outras palavras, quando da adoção de uma medida cautelar, é inviável exigir-se que o juiz desenvolva atividade cognitiva no mesmo grau de profundidade que aquela desenvolvida para o provimento definitivo. Não se decide com base no *ius*, mas sim no *fumus comissi delicti*.

O *fumus boni iuris*, aqui denominado de *fumus comissi delicti*, enseja a análise judicial da plausibilidade da medida pleiteada ou percebida como necessária a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança e em cognição sumária dos elementos disponíveis no momento. Em se tratando de interceptação telefônica, não há falar em *fumus boni iuris*, mas sim em *fumus comissi delicti*.

De fato, como o delito é a própria negação do direito, como se pode afirmar que a decretação de uma interceptação telefônica está condicionada à comprovação da fumaça do bom direito? Ora, não é a fumaça do bom direito que determina ou não o deferimento da medida, mas sim a comprovação por elementos objetivos dos autos que formam uma aparência de que houve a prática de um delito punido com pena de reclusão, e que tal crime foi provavelmente cometido por aquela

63. Na visão do Supremo, a teoria do juízo aparente deve ser aplicada quando, no momento em que tiverem sido decretadas as medidas de caráter probatório, a autoridade judiciária não tiver condições de saber que a investigação fora instaurada em relação a alguém investido de prerrogativa de foro: STF, 2ª Turma, HC 110.496/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/04/2013. Com entendimento semelhante: STJ, 5ª Turma, REsp 1.355.432/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/8/2014. No sentido de que a alteração da competência não torna inválida a decisão acerca da interceptação telefônica determinada por juízo inicialmente competente para o processamento do feito: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.492.472/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04/10/2018, DJe 15/10/2018; STJ, 5ª Turma, HC 349.583/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/09/2016, DJe 26/09/2016; STJ, 6ª Turma, RHC 57.573/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 18/08/2016, DJe 29/08/2016; STJ, Corte Especial, APn 675/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/11/2015, DJe 02/02/2016.

64. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 56.222/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 1. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, RHC 19.789/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/12/2006, DJ 05/02/2007 p. 263; STJ, 5ª Turma, HC 66.873/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17/05/2007, DJ 29/06/2007 p. 674; STF, 2ª Turma, HC 84.388/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 26/10/2004, DJ 19/05/2006; STJ, 5ª Turma, HC 128.006/RR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23/02/2010, DJe 12/04/2010; STF, 2ª Turma, RHC 87.198/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 25/11/2008, DJe 25 05/02/2009. No sentido de que posterior declinação de competência do Juízo Militar para o Juízo Estadual não tem o condão de, por si só, invalidar a prova colhida mediante interceptação telefônica, deferida por Autoridade Judicial competente até então, de maneira fundamentada e em observância às exigência legais: STJ, 5ª Turma, HC 148.908/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14/04/2011, DJe 04/05/2011. No mesmo contexto, como já se pronunciou o Supremo, a autorização para interceptação telefônica, concedida por juízo competente, antes de apurado o caráter interestadual dos fatos investigados, não impede desmembramento ulterior dos feitos e distribuição a juízos diversos: STF, 2ª Turma, HC 85.962/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 25/11/2008, DJe 25 05/02/2009.

65. STF, 1ª Turma, HC 88.214/PE, Rel. Min. Menezes Direito, j. 28/04/2009, DJe 152 13/08/2009. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 82.009/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12/11/2002, DJ 19/12/2002; STJ, 5ª Turma, HC 145.741/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18/02/2010, DJe 19/04/2010.

pessoa cujas comunicações telefônicas pretende se interceptar. Daí o uso da expressão *fumus comissi delicti*, a ser entendida como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de indícios de autoria ou de participação em um fato delituoso.

A palavra *indício* de autoria (ou de participação), no sentido em que foi utilizada no art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.296/96, deve ser compreendida com o significado de prova semiplena, ou seja, um elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo, nos mesmos moldes que o CPP se refere à decretação da prisão preventiva (art. 312). No tocante à autoria, portanto, não se exige que o juiz tenha certeza, bastando a presença de elementos informativos ou de prova que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de indício suficiente, isto é, a probabilidade de autoria. Portanto, é necessária a presença de, no mínimo, algum elemento de prova, ainda que indireto ou de menor aptidão persuasiva, que possa autorizar pelo menos um juízo de probabilidade acerca da autoria ou da participação do agente no fato delituoso.

Como a lei exige a presença de, pelo menos, indícios de autoria ou participação na infração penal, depreende-se que a interceptação telefônica não pode ser deferida para dar início a uma investigação. Logo, apesar de se tratar de prática investigatória rotineira, "não existe interceptação telefônica pré-delitual, fundada em mera conjectura ou periculosidade (de uma situação ou de uma pessoa). Não é possível interceptação telefônica para verificar se uma determinada pessoa, contra a qual inexiste qualquer indício, está ou não cometendo algum crime. É absolutamente defesa a chamada **interceptação de prospecção**, desconectada da realização de um fato delituoso, sobre o qual ainda não se conta com indícios suficientes. No nosso *ius positum*, em suma, só se admite interceptação pós-delitual. E a finalidade última dessa medida cautelar tem que ser uma investigação criminal (ou instrução penal). A interceptação, em suma, destina-se a provar um delito que já está sendo investigado, não a comprovar se o agente está ou não delinquindo".[66]

Se a lei demanda a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal (Lei nº 9.296/96, art. 2º, I), uma simples manifestação policial ou ministerial, por si só, não autoriza a decretação da interceptação telefônica. É necessário que a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público estejam acompanhados de mais dados, de elementos informativos ou de provas já obtidas, que possibilitem ao juiz formar sua convicção.

Complementando o quanto previsto no art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.296/96, o parágrafo único do mesmo dispositivo prevê que, em qualquer hipótese, deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

O parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.296/96 permite concluir que, caso a Polícia tenha conhecimento da prática de determinado delito, mas ainda não possua um suspeito, será possível a decretação de interceptação telefônica sobre pessoa indeterminada, objetivando descobrir-se o provável autor ou partícipe do fato delituoso, hipótese em que a diligência deverá recair sobre uma determinada linha telefônica, a ser individualizada no pedido.

Nessa prisma, como observa Greco Filho, o sujeito passivo da interceptação não será, obrigatoriamente, o titular do uso da linha telefônica. Nas palavras do autor, "o sujeito passivo da interceptação é o interlocutor e não o titular formal ou legal do direito de uso, justificando-se a interceptação em face de alguém que se utiliza da linha ainda que não seja o seu titular. Daí a possibilidade de interceptação telefônica em linha pública, aberta ao público ou de entidade pública".[67]

6.3. Quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis.

O *periculum in mora* é o segundo pressuposto para a decretação de toda e qualquer medida cautelar. No caso específico da interceptação telefônica, o *perigo na demora* deve ser compreendido como o risco ou prejuízo que a não realização imediata da diligência poderá acarretar para a investigação

66. GOMES, Luiz Flávio. *Legislação criminal especial*. Op. cit. p. 437. Para o Supremo, também se revela ilícita a prova obtida através de interceptação telefônica autorizada com base em mera denúncia anônima sem investigação preliminar, porquanto tal medida só poderia ter sido deferida após a verificação da ocorrência de indícios e da impossibilidade de se produzir provas por outros meios: STF, 2ª Turma, HC 108.147/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/12/2012. No sentido da admissibilidade de interceptações telefônicas decretadas com base em denúncia anônima, *desde que corroborada por outros elementos que confirmem a necessidade da medida excepcional*: STJ, 5ª Turma, RHC 70.560/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04/12/2018, DJe 14/12/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 988.527/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 20/09/2018, DJe 28/09/2018; STJ, 6ª Turma, HC 443.331/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18/09/2018, DJe 02/10/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.690.840/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

67. GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29.

criminal ou para a instrução processual. Na verdade, o *periculum in mora* é ínsito à necessidade de a conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de se perder a prova.

Nesse prisma, dispõe o art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/96, que a interceptação das comunicações telefônicas não será admitida quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis. Dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, sobretudo quando diante de insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito, mas também de terceiros que com ele se comunicaram. Por isso, a interceptação telefônica deve ser utilizada como medida de *ultima ratio*, sob pena de ilicitude da prova.[68]

Destarte, entre diversas medidas investigatórias idôneas a atingir o fim proposto, deve o magistrado buscar aquela que produza menores restrições à esfera de liberdade individual do agente. Considerando-se, então, a grave violação ao direito à intimidade decorrente da interceptação das comunicações telefônicas, antes de decretar a medida, deve o magistrado verificar se não há outro meio de prova ou de obtenção de prova menos invasivo (v.g., prova testemunhal, pericial, etc.). Não havendo outro meio disponível, ou, nos termos da lei, demonstrada a indispensabilidade do meio de prova (Lei nº 9.296/96, art. 5º), deve o magistrado deixar patente em sua fundamentação a referência à necessidade da medida cautelar, seja para a legitimação de sua atuação, seja para eventual impugnação *a posteriori*.[69]

A decisão que decreta (ou não) a interceptação telefônica é baseada na cláusula *rebus sic stantibus*. Logo, mesmo que, num primeiro momento, não esteja comprovada a indispensabilidade de sua adoção, nada impede que, com base em novos elementos probatórios, o juiz reavalie sua decisão anterior, decretando, então, a interceptação das comunicações telefônicas.

6.4. Infração penal punida com pena de reclusão.

O art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/96, restringe a possibilidade de interceptação telefônica às infrações penais punidas com pena de reclusão. Pouco importa se o delito está previsto no Código Penal ou na legislação especial – o importante é que a pena cominada seja de reclusão. Logo, em tese, não se admite a decretação de interceptação telefônica para apurar crimes punidos com detenção, como a ameaça, nem tampouco para investigar contravenções penais, como o jogo do bicho.

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, em que se enumeram os crimes que comportam a medida (rol taxativo), o legislador pátrio autoriza a interceptação telefônica, pelo menos em tese, na apuração de todo e qualquer crime punido com reclusão. Para Antônio Magalhães Gomes Filho, essa amplitude da utilização da interceptação telefônica é incompatível com o princípio da proporcionalidade, visto que somente diante da excepcional gravidade de certos delitos ou da forma particular de execução de outros (como, v.g., ameaça ou injúria pelo telefone), é que seria justificável a intromissão do aparato repressivo nas conversações telefônicas, com o fim de colher informações.[70]

De fato, essa opção legislativa acaba deixando de fora do âmbito de incidência da Lei nº 9.296/96 infrações penais em relação às quais a interceptação telefônica poderia funcionar como importante meio de obtenção de provas (v.g., contravenção do jogo do bicho, crimes de ameaça ou injúria praticados por telefone, etc.).[71]

Estando a decretação da interceptação telefônica condicionada à investigação de *crime* punido com reclusão, não basta que a conduta do agente seja apenas típica. Deve se aferir também se sua conduta é antijurídica e culpável. Há de se verificar, ademais, a presença de alguma causa extintiva da

68. Na visão do STJ, a interceptação telefônica é medida constritiva das mais invasivas, sendo imprescindível, para o seu deferimento, *que a informação somente seja obtida por tal meio*, e, que haja a devida motivação, sob pena de ser reconhecida a ilicitude da prova por ela obtida: STJ, 6ª Turma, HC 49.146/SE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/04/2010, DJe 07/06/2010.

69. Dúvidas poderão surgir quando a interceptação tiver sido autorizada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova, demonstrando-se após que outros existiam. Nesse caso, como aponta Grinover, "a interceptação não poderá ser considerada ilícita (*rectius*, ilegítima), por configurar a exigência do inc. II do art. 2º requisito necessário à autorização, mas não condição de validade da prova. Se, naquele momento, à cognição sumária do juiz, a quebra do sigilo pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido legal e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios". (*As nulidades no processo penal*. Op. cit. p. 174). Para o STJ, a interceptação telefônica só será deferida quando não houver outros meios de prova disponíveis à época na qual a medida invasiva foi requerida, sendo ônus da defesa demonstrar violação ao disposto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.296/96. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, RHC 61.207/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25/09/2018, DJe 08/10/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no RMS 52.818/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 25/09/2018, DJe 03/10/2018; STJ, 5ª Turma, RHC 83.320/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11/09/2018, DJe 19/09/2018; STJ, 6ª Turma, HC 148.413/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 21/08/2014, DJe 01/09/2014.

70. *A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96, Boletim IBCCrim/Edição Especial nº 45, ago./96, p. 14. Apud* AVOLIO (op. cit. p. 177).

71. Em relação ao crime de ameaça (CP, art. 147), por ser punido com pena de detenção, não se admite a autorização para a interceptação telefônica. Segundo Capez (op. cit. p. 505), a solução é conceder a quebra para investigar não a ameaça, mas o crime mais grave que se ameaçou praticar; por exemplo, o homicídio, no caso da ameaça de morte.

punibilidade, condições objetivas de punibilidade e condições de procedibilidade, etc. Em síntese, somente quando se visualizar a real possibilidade de punição é que se deve autorizar a decretação da interceptação telefônica.

Nessa linha, em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária, o Superior Tribunal de Justiça tem concluído que, antes de encerrado o procedimento administrativo fiscal, condição objetiva de punibilidade desses delitos, não é cabível a autorização de interceptação telefônica. Para o STJ, a existência do crédito tributário é condição absolutamente indispensável para que se possa dar início à persecução penal pela prática de delito dessa natureza, sendo que o lançamento definitivo do tributo é condição objetiva de punibilidade dos crimes definidos no artigo 1º, da Lei 8.137/90. Logo, a autorização judicial para quebra do sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, para o efeito de investigação de crime de sonegação de tributo, é ilegal se deferida antes de configurada a condição objetiva de punibilidade de delito.[72]

Como a lei fala em investigação criminal ou instrução processual (art. 1º, *caput*), e infração penal punida com pena de reclusão (art. 2º, III), sem distinguir a espécie de ação penal, conclui-se que a interceptação telefônica pode ser autorizada em relação a infrações penais de ação penal pública e de ação penal de iniciativa privada.

Na medida em que o art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/96, demanda que a infração penal seja punida com pena de reclusão, depreende-se que não é possível a decretação de interceptação telefônica para investigar crimes de responsabilidade em sentido estrito (Lei nº 1.079/50 e Decreto-Lei nº 201/67). Afinal, tais *crimes* não têm natureza jurídica de infração penal, mas sim de infração político-administrativa, passível de sanções político-administrativas, aplicadas por órgãos jurisdicionais políticos (normalmente órgãos mistos, compostos por parlamentares ou por parlamentares e magistrados). Logicamente, se ao crime de responsabilidade corresponder uma infração penal comum, punida com pena de reclusão, não haverá qualquer óbice à autorização para a interceptação telefônica. Aliás, segundo o art. 3º da Lei nº 1.079/50, "a imposição da pena referida no artigo anterior (art. 2º) não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal".

6.5. Delimitação da situação objeto da investigação e do sujeito passivo da interceptação.

De acordo com a Lei nº 9.296/96 (art. 2º, parágrafo único), será sempre obrigatória a descrição com clareza da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Portanto, além dos requisitos dos incisos I, II e III do art. 2º, a decisão judicial que decreta a interceptação telefônica também deve fazer menção à situação objeto da investigação, com a delimitação fática (objetiva) do fato que se quer comprovar. Assim, a título de exemplo, tratando-se de um delito de homicídio (CP, art. 121), deve o magistrado descrever de maneira objetiva o local onde a vítima fora morta, quem teria supostamente praticado o delito, quais indícios já existem acerca do crime e da autoria e/ou participação, *modus operandi* do agente, etc.

Além de exercer importante papel de garantia, no sentido de se coibir interceptações para apurar fatos indeterminados, essa delimitação da situação objeto da investigação também é de vital importância no tocante à descoberta de elementos probatórios relacionados a outros delitos (encontro fortuito).

A par da descrição objetiva e pormenorizada do fato investigado, no quanto for possível, também é necessária a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Cabe ao juiz, por conseguinte, individualizar o sujeito(s) passivo(s) da medida cautelar. Logicamente, não contando os órgãos da persecução penal com a identificação/qualificação dos investigados, nada impede que seja determinada a interceptação telefônica, hipótese em que cabe ao juiz apontar as razões fáticas que o impossibilitam de fazer menção à qualificação dos investigados.

Também deve constar da decisão judicial a individualização da linha telefônica a ser interceptada, indicando-se seu número. A interceptação, assim, estará circunscrita ao(s) número(s) apontado na decisão judicial, sendo vedado às autoridades executoras ampliar a interceptação para outras linhas telefônicas, salvo mediante prévia autorização judicial.

72. STJ, 6ª Turma, HC 57.624/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 12/09/2006, DJ 12/03/2007 p. 332. Nos mesmos moldes: STJ, 5ª Turma, HC 128.087/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 27/10/2009, DJe 14/12/2009; STJ, 6ª Turma, HC 89.023/MS, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 07/10/2008, DJe 17/11/2008. A propósito, atente-se para o teor da súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal: "Não se tipifica crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

7. SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO.

Ao longo do período em que as comunicações telefônicas do investigado estão sob interceptação, é possível que as autoridades venham a se deparar com conversas firmadas entre o investigado e seu advogado. Nessa hipótese, em virtude da indevassabilidade do sigilo profissional do advogado, tais elementos probatórios (leia-se: somente as conversas entre o advogado e seu cliente) devem ser considerados inadmissíveis no processo. Com efeito, seria de todo contraditório que o Estado obrigasse o Advogado a guardar segredo profissional, enquanto toma conhecimento da conversa entre o defensor e seu cliente, dela se valendo para fins de persecução penal.[73]

A propósito, vale lembrar que o Estatuto da Advocacia prevê como direito do advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, *desde que relativas ao exercício da advocacia* (Lei nº 8.906/94, art. 7º, II).

Acerca do assunto, tornou-se conhecida no Brasil gravação feita pelo programa "Fantástico" de conversa entabulada entre a investigada S.L.V.R. e seu advogado. Apesar de a acusada ter concordado em conceder a entrevista ao programa semanal, a conversa que haveria de ser reservada entre ela e seu advogado foi captada clandestinamente pela Rede Globo, daí porque o STJ considerou tratar-se de prova obtida por meios ilícitos, *in* verbis: "(...) Conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente tem toda a proteção da lei, porquanto, entre outras reconhecidas garantias do advogado, está a inviolabilidade de suas comunicações. Como estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de profissão, devem guardar segredo, é inviolável a comunicação entre advogado e cliente. Se há antinomia entre valor da liberdade e valor da segurança, a antinomia é solucionada a favor da liberdade. É, portanto, ilícita a prova oriunda de conversa entre o advogado e o seu cliente. O processo não admite as provas obtidas por meios ilícitos. Na hipótese, conquanto tenha a paciente concordado em conceder a entrevista ao programa de televisão, a conversa que haveria de ser reservada entre ela e um de seus advogados foi captada clandestinamente. Por revelar manifesta infração ética o ato de gravação – em razão de ser a comunicação entre a pessoa e seu defensor resguardada pelo sigilo funcional –, não poderia a fita ser juntada aos autos da ação penal. Afinal, a ilicitude presente em parte daquele registro alcança todo o conteúdo da fita, ainda que se admita tratar-se de entrevista voluntariamente gravada – a fruta ruim arruína o cesto. A todos é assegurado, independentemente da natureza do crime, processo legítimo e legal, enfim, processo justo. [...] Habeas corpus deferido para que seja desentranhada dos autos a prova ilícita".[74]

Como se percebe pela própria redação do art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94, caso haja indícios de envolvimento do advogado com o crime objeto da investigação, não há falar em proteção ao sigilo profissional, sendo plenamente válida a interceptação de sua comunicação telefônica. Não se trata, pois, de imunidade absoluta, mas sim de legítima prerrogativa, a ser preservada quando relacionada ao exercício da função. Logo, não merece acolhida eventual alegação relativa à violação da liberdade de exercício profissional, se sobressai que a medida foi tomada devido à possível participação do advogado em ilícitos criminais. Ainda que atuasse como advogado, as prerrogativas conferidas aos defensores não podem acobertar delitos, sendo certo que o sigilo profissional não tem natureza absoluta.[75]

8. ENCONTRO FORTUITO DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS EM RELAÇÃO A OUTROS FATOS DELITUOSOS (SERENDIPIDADE).

Tema que provoca certa controvérsia na doutrina e na jurisprudência diz respeito ao encontro fortuito de elementos probatórios em relação a outros fatos delituosos. Em outras palavras, supondo-se que uma interceptação telefônica tenha sido autorizada para apurar crime punido com reclusão (v.g., tráfico de drogas) praticado por determinado

73. Como já se pronunciou o STJ, "mesmo que em algumas interceptações os investigados tenham recebido e feito ligações para os seus defensores, estas foram gravadas e transcritas de maneira automática, do mesmo modo como ocorreu com as demais conversas efetivadas através dos celulares dos pacientes. Cabe ao Juiz, quando da sentença, avaliar os diálogos que serão usados como prova, podendo determinar a destruição de parte do documento, se assim achar conveniente, no momento da prolação da sentença". (STJ, 5ª Turma, HC 66.368/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 05/06/2007, DJ 29/06/2007 p. 673). Em precedente isolado, todavia, a 5ª Turma do STJ concluiu recentemente que não há violação ao sigilo profissional na hipótese em que as comunicações telefônicas do investigado com seu advogado forem legalmente interceptadas. Isso porque a captação das comunicações ocorreu tão somente porque o advogado era um dos interlocutores, e não porque defendia o investigado. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, RMS 33.677/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/5/2014.

74. STJ, 6ª Turma, HC 59.967/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 29/06/2006, DJ 25/09/2006 p. 316.

75. STJ, 5ª Turma, HC 20.087/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/08/2003, DJ 29/09/2003 p. 285. Com entendimento semelhante: STJ, 6ª Turma, RMS 58.898/SE, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 08/11/2018, DJe 23/11/2018; STJ, 6ª Turma, RHC 73.498/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 14/08/2018, DJe 23/08/2018; STJ, 6ª Turma, Resp 1.465.966/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 10/10/2017, DJe 19/10/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 457.522/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 10/11/2015, DJe 25/11/2015.

agente, indaga-se se seria possível a utilização de elementos probatórios colhidos casualmente ao longo da diligência em relação a outras infrações penais (v.g., homicídio, desacato, jogo do bicho, etc.), e/ou em relação a outras pessoas.

Acerca do assunto, tem sido aplicada pelos Tribunais a teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade),[76] a qual é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal (crime achado),[77] que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas, portanto, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, a prova não deve ser considerada válida; se não houve desvio de finalidade, a prova é válida.

Como destaca Luiz Flávio Gomes,[78] duas circunstâncias marcam esse encontro fortuito: a) que ele acontece por uma razão técnica (na hora da execução da interceptação, não há condições técnicas de distinguir a priori o que versa sobre o objeto da investigação e o que lhe é distinto); b) que ele se concretiza sem autorização judicial, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, justamente por tratar-se de restrição a direito fundamental. Conclui o autor que "é válida a prova se se descobre fato delitivo conexo com o investigado, mas desde que de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale a prova. Cuida-se de prova nula. Mas isso não significa que a descoberta não tenha nenhum valor: vale como fonte de prova, é dizer, a partir dela pode-se desenvolver nova investigação. Vale, em suma, como uma *notitia criminis*. Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, mas independente".

Assim, de acordo com parte da doutrina, no caso de interceptação telefônica regularmente autorizada pela autoridade judiciária competente, o encontro fortuito de provas em relação a outros delitos (ainda que punidos com pena de detenção) praticados pelo mesmo agente vale como legítimo meio probatório, desde que haja conexão entre as infrações penais.[79]

Caso se descubra o envolvimento de outra pessoa com o mesmo crime investigado, hipótese em que estará caracterizada a continência por cumulação subjetiva (CPP, art. 77, I), o meio probatório também será considerado válido, sobretudo se considerarmos que o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, admite a autorização mesmo nos casos em que não tenha sido possível a indicação e qualificação dos investigados. Na visão do STJ, é lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação.[80]

Por outro lado, e ainda segundo a doutrina, se a interceptação telefônica conduzir a descoberta de fatos sem que haja qualquer hipótese de conexão ou continência, os elementos aí obtidos não podem ser valorados como *prova* pelo magistrado, o que não impede, todavia, sua utilização como *notitia criminis* para deflagrar novas investigações. Nessa hipótese, não há falar em prova ilícita ou prova ilícita derivada. Isso porque a origem da descoberta fortuita está diretamente relacionada a

76. Segundo Gomes (*Legislação criminal especial*, op. cit. p. 474), "essa estranha palavra significa algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa. Vem do inglês serendipity, onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso. Serendip era o antigo nome da ilha do Ceilão (atual Sri Lanka). A palavra foi cunhada em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, no conto de fadas *Os três príncipes de Serendip*, que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam".

77. Na dicção da 1ª Turma do STF (HC 129.678/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/06/2017), **crime achado** é a infração penal desconhecida e não investigada até o momento em que se descobre o delito. Em caso concreto apreciado pelo referido órgão, apesar de ter sido autorizada para investigar um crime de tráfico de drogas, a interceptação telefônica acabou por revelar a prática de um delito de homicídio. Nesse caso, presentes os requisitos constitucionais e legais, a prova deve ser considerada lícita.

78. *Legislação criminal especial*, op. cit. p. 475. Ainda segundo o autor, haverá **serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau** em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência), hipótese em que a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz como prova válida. Quando se trata de fatos não conexos (ou quando não haja continência), impõe-se falar em **serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau**, situação em que a prova produzida não pode ser valorada pelo juiz, valendo apenas como *notitia criminis*.

79. Na mesma linha, segundo o STJ, se, no curso da escuta telefônica – deferida para a apuração de delitos punidos exclusivamente com reclusão – são descobertos outros crimes conexos com aqueles, punidos com detenção, não há porque excluí-los da denúncia, diante da possibilidade de existirem outras provas hábeis a embasar eventual condenação: STJ, 5ª Turma, RHC 13.274/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/08/2003, DJ 29/09/2003 p. 276. Há doutrinadores que entendem que não é necessário que haja conexão entre os delitos. Para Capez, a ordem de quebra do sigilo vale não apenas para o crime objeto do pedido, mas também para quaisquer outros que vierem a ser desvendados no curso da comunicação, pois a autoridade não poderia adivinhar tudo o que está por vir. Se a interceptação foi autorizada judicialmente, ela é lícita, e, como tal, captará licitamente toda a conversa. Não há nenhum problema. É o que o autor denomina de eficácia objetiva da autorização. (op. cit. p. 514).

80. STJ, 5ª Turma, HC 33.462/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/09/2005, DJ 07/11/2005 p. 316. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 33.553/CE, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/03/2005, DJ 11/04/2005 p. 338. No sentido de que é legítima a prova obtida por meio de interceptação telefônica para apuração de delito punido com detenção, se conexo com outro crime apenado com reclusão: STJ, 6ª Turma, HC 366.070/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 08/11/2018, DJe 23/11/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.717.551/PA, Rel. Min. Felix Fischer, j. 24/05/2018, Dje 30/05/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg nos EDcl no HC 293.680/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 15/05/2018, DJe 29/05/2018; STJ, 5ª Turma, RHC 48.112/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13/09/2016, DJe 21/09/2016.

uma interceptação lícita, regularmente decretada pela autoridade judiciária competente. Portanto, esse encontro fortuito é válido como legítima *notitia criminis*.

A jurisprudência, porém, vai um pouco mais além do entendimento doutrinário, entendendo que, se no curso de uma interceptação que apura infração punida com pena de reclusão descobre-se um delito punido com detenção ou praticado por outra pessoa, a transcrição final da captação pode ser usada não só como *notitia criminis*, mas também como legítimo meio probatório para fundamentar um decreto condenatório. Nessa linha, o Supremo já entendeu que, uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção.[81]

Além disso, em alguns julgados do STJ, sequer tem sido imposta como obrigatória a existência de conexão ou continência entre as infrações penais: "havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa".[82]

8.1. Encontro fortuito de diálogos mantidos com autoridade dotada de foro por prerrogativa de função e momento adequado para a remessa dos autos ao Tribunal competente.

Pela própria natureza da interceptação telefônica, que, ao monitorar diretamente a comunicação verbal entre pessoas, necessariamente acaba por envolver terceiros, em regra não investigados, no campo de sua abrangência, é relativamente comum que a autoridade responsável pela investigação casualmente encontre elementos de informação pertinentes à outra infração penal, ou atinentes a indivíduo diverso, que não estavam na linha de desdobramento normal daquela técnica especial de investigação. Trabalha-se, nesse caso, como exposto anteriormente, com a denominada teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade).

Dentre as pessoas que podem ter suas conversas fortuitamente captadas durante uma interceptação telefônica deferida em primeiro grau de jurisdição estão aquelas dotadas de foro por prerrogativa de função (v.g., Deputado Federal). Nesse caso, partindo-se da premissa de que o prosseguimento das investigações em relação a tais indivíduos pressupõe prévia autorização do Tribunal competente (STF, Pleno, Inq. 2.411 QO/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 74 24/04/2008), discute-se acerca da necessidade de imediata remessa dos autos àquele juízo.

O ideal é concluir que a captação fortuita de diálogos mantidos por autoridade com prerrogativa de foro não impõe, por si só, a remessa imediata dos autos ao Tribunal competente para processar e julgar a referida autoridade, sem que antes se avalie a idoneidade e a suficiência dos dados colhidos para se firmar o convencimento acerca do possível envolvimento do detentor de prerrogativa de foro com a prática de crime.

Com efeito, uma simples conversa, um encontro casual ou mesmo sinais claros de amizade e contatos frequentes de indivíduo sob investigação com uma autoridade pública não pode, por si só, redundar na conclusão de que esta última participaria do esquema criminoso objeto da investigação. Nem

81. STF – HC 83.515/RS – Tribunal Pleno – DJ 04/03/2005 p. 11. Para Pacelli (*op. cit.* p. 323), "não é a conexão que justifica a licitude da prova. O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à intimidade e à privacidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão. Isso porque uma coisa é a justificação para a autorização da quebra de sigilo; tratando-se de violação à intimidade, haveria mesmo de se acenar com a gravidade do crime. Entretanto, outra coisa é o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada; tratando-se de material relativo à prova de crime (qualquer crime), não se pode mais argumentar com a justificação da medida (interceptação telefônica), mas, sim, com a aplicação da lei".

82. STJ, 5ª Turma, HC 69.552/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/02/2007, DJ 14/05/2007 p. 347. Com entendimento semelhante: STJ, Corte Especial, APN 425, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16/11/2005, DJ 15/05/2006 p. 141.

mesmo a referência a favores pessoais, a contatos com terceiros, a negociações suspeitas implica, de per si, a inarredável conclusão de que se está diante de práticas criminosas merecedoras de imediata apuração. Dito de modo mais específico, a simples captação de diálogos de quem detém foro especial com alguém que está sendo investigado por práticas ilícitas não pode conduzir, tão logo surjam conversas suspeitas, à conclusão de que a referida autoridade é participante da atividade criminosa investigada ou de outro delito qualquer, sendo mister um mínimo de avaliação quanto à idoneidade e à suficiência de dados para desencadear o procedimento esperado da autoridade judiciária responsável pela investigação. Em verdade, há de se ter certo cuidado para não se extraírem conclusões precipitadas ante a escuta fortuita de conversas.

Nesse contexto, como se pronunciou a 6ª Turma do STJ, a remessa imediata de toda e qualquer investigação em que noticiada a possível prática delitiva de detentor de prerrogativa de foro ao órgão jurisdicional competente não só pode implicar prejuízo à investigação de fatos de particular e notório interesse público, como também representar sobrecarga acentuada aos tribunais, a par de, eventualmente, engendrar prematuras suspeitas sobre pessoa cujas honorabilidade e respeitabilidade perante a opinião pública são determinantes para a continuidade e o êxito de sua carreira. Portanto, é possível afirmar que, tão somente em um claro contexto fático do qual se possa com segurança depreender, a partir dos diálogos dos investigados com pessoa detentora de foro especial, que há indícios concretos de envolvimento dessa pessoa com a prática de crime(s), será imperativo o envio dos elementos de informação ao tribunal competente.[83]

Enfim, se se admite a descoberta fortuita do envolvimento de autoridades dotadas de foro por prerrogativa de função a partir de interceptação telefônica autorizada por magistrados de 1ª instância à luz da teoria do juízo aparente, daí, todavia, não se pode concluir que tais investigações possam se perpetuar indefinidamente perante um juízo manifestamente incompetente. É dizer, surgindo indícios inequívocos, por exemplo, do envolvimento de um parlamentar federal, incumbe à autoridade judiciária de primeira instância, sob cuja supervisão tramitar o procedimento investigatório, reconhecer, de imediato, sua falta de competência, determinando a remessa dos autos ao seu juiz natural, *in casu*, ao Supremo Tribunal Federal, sob pena de manifesta ilicitude das provas obtidas por meio de tais interceptações.

A propósito, em recente decisão, a 2ª Turma do STF declarou a ilicitude de diversas interceptações telefônicas realizadas no âmbito das operações *Vegas e Monte Carlo*, que serviram de base à denúncia oferecida contra o ex-Senador D. T., ao qual foram imputados os crimes de corrupção passiva e advocacia administrativa. À época, o referido investigado era Senador da República, ou seja, ainda era dotado de foro por prerrogativa de função. Por conseguinte, eventual prorrogação do prazo das interceptações telefônicas que tinham o referido parlamentar como "alvo" jamais poderiam ter sido deferidas por um juiz de 1ª instância, sob pena de manifesta usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "b"), foro competente para processar e julgar o então Senador, que ainda não havia renunciado ao seu mandato. Por mais que o referido Parlamentar não tivesse sido o "alvo" inicial das investigações – este o motivo pelo qual as primeiras interceptações telefônicas foram deferidas por juiz de 1ª instância –, seu envolvimento ficou evidenciado desde o limiar das investigações, fato este corroborado com a produção de relatórios à parte especificamente contra ele com mais de 1.000 páginas. Logo, não se poderia admitir o prosseguimento das interceptações por quase 1 (um) ano com o objetivo de se obter, por via oblíqua, mais indícios do envolvimento do então Senador sem prévia autorização do STF.[84]

> **Art. 3º** A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
>
> I – da autoridade policial, na investigação criminal;
>
> II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.
>
> **Art. 4º** O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

83. STJ, 6ª Turma, HC 307.152/GO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 19/11/2015, DJe 15/12/2015. No sentido de que a simples menção a nome de autoridade com prerrogativa de foro — seja em depoimentos prestados por testemunhas ou investigados, seja na captação de diálogos travados por alvos de censura telefônica judicialmente autorizada —, assim como a existência de informações, até então fluidas e dispersas a seu respeito, são insuficientes para o deslocamento da competência para o juízo hierarquicamente superior: STF, 2ª Turma, Rcl 25.497 AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/02/2017. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 82.647/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25/04/2003.

84. STF, 2ª Turma, RHC 135.683, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25/10/2016.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

9. DECRETAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE OFÍCIO PELO JUIZ.

Pelo menos de acordo com a redação expressa do art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.296/96, a interceptação telefônica poderia ser decretada *de ofício* pelo juiz no curso das investigações e durante a instrução processual. Tal dispositivo deve ser interpretado à luz da Constituição Federal. Afinal, a possibilidade de o magistrado atuar de ofício, seja na fase investigatória, seja na fase processual, representa clara e evidente afronta ao sistema acusatório adotado pela Carta Magna (CF, art. 129, I), além de violar a garantia da imparcialidade do magistrado. Com efeito, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado, caso se admitisse que pudesse decretar a medida de ofício. O que lhe compete é – e desde que seja provocado – analisar a necessidade da medida, concedendo-a caso presentes os requisitos acima analisados. Prova disso, aliás, é o teor do art. 3º-A do CPP, introduzido pelo Pacote Anticrime, segundo o qual "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".[85] Acerca do assunto, aliás, importa registrar que foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.450) em face do art. 3º da Lei nº 9.296/96, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do referido dispositivo, excluindo-se a interpretação que permite ao juiz, na fase pré-processual penal, determinar de ofício da interceptação de comunicações telefônicas.

10. PROCEDIMENTO.

Diz o art. 3º da Lei nº 9.296/96 que a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I – da autoridade policial, na investigação criminal; II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Em relação à autoridade policial, seu pedido só é pertinente durante as investigações criminais. Apesar de a lei não se referir expressamente à necessidade de oitiva do Ministério Público quando a solicitação tiver partido da autoridade policial, queremos crer que a concordância do *Parquet* é obrigatória, nos mesmos moldes do que ocorre nos casos de prisão temporária (Lei nº 7.960/89, art. 2º, § 1º) e de prisão preventiva, haja vista ser ele o titular da ação penal pública (CF, art. 129, I), e, portanto, destinatário final das investigações policiais.

O órgão do Ministério Público pode requerer a interceptação telefônica na fase investigatória e durante o curso da instrução processual. Ademais, tendo em conta que a jurisprudência tem admitido o poder investigatório do Ministério Público, nada impede que uma interceptação telefônica seja solicitada no curso de procedimento investigatório criminal presidido pelo próprio órgão ministerial.[86] Por analogia, na ação penal de iniciativa privada, deve-se conferir ao querelante legitimidade para requerer a interceptação. Nos crimes de ação penal pública, a lei não confere legitimidade à vítima para requerer a interceptação telefônica, independentemente de ela ter-se habilitado (ou não) como assistente no processo. Se a vítima não tem legitimidade para requerê-la, queremos crer, porém, que pode sugerir à autoridade policial ou ao órgão do Ministério Público que requeiram a diligência.

Como se percebe pela leitura do art. 3º da Lei nº 9.296/96, a lei nada menciona acerca da possibilidade de a defesa requerer a interceptação telefônica. A despeito do silêncio da Lei nº 9.296/96, há doutrinadores que entendem que, se o acusado pretender interceptar a conversa de outro possível suspeito ou da suposta vítima, a fim de obter provas da própria inocência, poderia o advogado do réu, em face do princípio da proporcionalidade, requerer diretamente ao juiz a realização da interceptação.[87] A nosso ver, o silêncio do legislador foi eloquente: não se confere legitimidade à defesa para requerer a interceptação telefônica, o que não significa dizer, no entanto, que o defensor ou o acusado não

85. De se lembrar que, na condição de Relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020), o Min. Fux concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F, todos do CPP, incluídos pela Lei n. 13.964/19.

86. STJ, 5ª Turma, RHC 10.974/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26/02/2002, DJ 18/03/2002 p. 273.

87. No exemplo de Nucci (op. cit. p. 375), "a interceptação pode dar-se em relação a conversas mantidas, por telefone, por corréu delator, que aponta o acusado, cujo defensor solicitou a realização da prova, como comparsa, para que a verdade real seja apurada".

possam instar a autoridade policial ou o órgão ministerial para que exerçam sua legitimidade.

Presentes os requisitos para a interceptação telefônica, impõe-se a decretação da medida. Como sói ocorrer na legislação brasileira, apesar de o legislador dizer que a interceptação das comunicações telefônicas *poderá* ser determinada pelo juiz (Lei nº 9.296/96, art. 3º), não se trata de uma mera faculdade do magistrado. Incumbe sim, ao juiz, proceder à constatação fática e jurídica do que se lhe pede. Se, apesar da presença de todos os requisitos para a decretação da interceptação, o pedido for indeferido, resta ao Ministério Público a possibilidade de interpor mandado de segurança. Além disso, como tal decisão é baseada na cláusula *rebus sic stantibus*, modificado o contexto probatório em que foi formulado o pedido inicial, nada impede que novo pedido seja formulado pelo *Parquet*.

Trata-se de medida cautelar *inaudita altera pars*, cuja decretação prescinde de prévia oitiva do investigado. De modo a se preservar a própria eficácia da diligência, o investigado (ou acusado) e seu defensor não podem tomar conhecimento da circunstância de estar em curso uma interceptação telefônica.

Como dispõe o art. 4º da Lei nº 9.296/96, o pedido de interceptação de comunicações telefônicas conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados. Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo. Apesar de se tratar de decisão interlocutória, para a qual o juiz teria o prazo de 5 (cinco) dias, previsto no art. 800, II, do CPP, a própria Lei nº 9.296 estabelece um prazo mais exíguo, a saber, o de 24 (vinte e quatro) horas, o que acaba por confirmar a natureza urgente da medida.

10.1. Resolução nº 59 do Conselho Nacional de Justiça.

Como resultado da CPI dos "grampos telefônicos", e considerando a necessidade de aperfeiçoar e uniformizar o sistema de medidas cautelares sigilosas referentes às interceptações telefônicas, de informática ou telemática, bem como a imprescindibilidade de preservar o sigilo das investigações realizadas, das informações colhidas e a eficácia da instrução processual, o Conselho Nacional de Justiça, com fundamento no art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal, editou a Resolução nº 59, disciplinando e uniformizando as rotinas pertinentes à decretação de interceptação de comunicações telefônicas. A matéria também é objeto da Resolução n. 36/09 do Conselho Nacional do Ministério Público, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF no julgamento da ADI 4.263/DF.[88]

A propósito, no julgamento da ADI n. 4.145/DF,[89] o Plenário do STF assentou a constitucionalidade da referida resolução, à exceção do quanto disposto no art. 13, §1º, o qual dispõe que não será admitido pedido de prorrogação de prazo de medida cautelar de interceptação de comunicação telefônica, telemática ou de informática durante o plantão judiciário, ressalvada a hipótese de risco iminente e grave à integridade ou à vida de terceiros. Na visão da Corte, o CNJ teria extrapolado, nesse ponto, sua competência normativa, adentrando em seara que lhe seria imprópria. Assim, desrespeitou: a) a competência legislativa estadual, no que concerne à edição das leis de organização judiciária locais (CF, art. 125, § 1º); b) a competência legislativa da União para a edição de normas processuais (CF, art. 22, I); c) a norma constante do art. 5º, XXXV, da CF, no que respeita à inafastabilidade da jurisdição.

> **Art. 5º** A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

11. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.

Nos exatos termos do art. 93, inciso IX, da Carta Magna, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade. O art. 5º da Lei nº 9.296/96, por sua vez, estabelece que a decisão que decreta a interceptação telefônica será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

88. STF, Pleno, ADI 4.263/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 25/04/2018.
89. STF, Pleno, ADI 4.145/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 26/04/2018.

Apesar da natureza cautelar da interceptação telefônica, a urgência em sua decretação e a sumariedade ou superficialidade da cognição não podem servir como justificativas para o arbítrio ou qualquer forma de automatismo no tocante à decisão que importa restrição ao sigilo das comunicações telefônicas. Daí a importância de que a decisão judicial seja devidamente fundamentada.

Pela própria excepcionalidade que caracteriza a interceptação telefônica, esta pressupõe inequívoca demonstração da base empírica que justifica a sua necessidade, não bastando apenas aludir-se aos requisitos do art. 2º da Lei nº 9.296/96. Não há mais espaço para decisões que se limitam a repetir os requisitos, nos moldes do que consta da lei. É indispensável que o magistrado aponte, de maneira concreta, as circunstâncias fáticas que apontam no sentido da adoção da medida cautelar, sob pena de manifesta ilegalidade do *decisum*, e, por consequência, ilicitude da prova assim obtida.

Em relação ao conteúdo da decisão, assevera Gomes que o juiz deve exercer o controle judicial prévio da medida cautelar e deixar patenteado no *decisum* o seguinte: a) quais são os concretos indícios de autoria ou de participação (art. 2º, I); b) quais são as provas existentes a respeito da infração penal (materialidade) (art. 2º, I); c) que se trata de infração punida com reclusão (art. 2º, III); d) que a interceptação é necessária em virtude da inexistência de outros meios disponíveis para a obtenção da prova (art. 2º, II, e art. 4º); e) a descrição com clareza da situação objeto da investigação (delimitação fática da medida, isto é, qual é o crime, onde está ocorrendo, desde quando vem ocorrendo etc.) (art. 2º, parágrafo único); f) indicação e, se possível, a qualificação do sujeito passivo da medida (identificação do investigado ou dos investigados (art. 2º, parágrafo único); g) individualização da linha telefônica que servirá de fonte para a captação da comunicação; h) quais meios serão empregados para a execução da medida (quais recursos tecnológicos, quais operações serão feitas etc.) (art. 4º); i) qual será a forma de execução da diligência – recursos próprios da polícia, recursos da concessionária, técnicos da concessionária etc. (art. 5º); j) qual é a duração da medida (o prazo não pode exceder quinze dias); l) qual é a intensidade da medida (captação de todas as comunicações ou só das chamadas feitas ou só das chamadas recebidas, ou ambas, apenas constatação das chamadas sem importar o conteúdo etc.); m) que a interceptação é proporcional no caso concreto, em razão da gravidade da infração, da necessidade da prova, dos interesses afetados etc.; n) que tudo deve ser feito "sob segredo de justiça" (art. 1º).[90]

Para os Tribunais, não se exige fundamentação exaustiva, sendo suficiente que a decisão, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da interceptação telefônica.

12. DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO.

Diz o art. 5º da Lei nº 9.296/96 que a interceptação telefônica não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, *renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*. Como se vê, a execução da diligência não pode ultrapassar o limite de 15 (quinze) dias. Evidentemente, esse prazo de 15 (quinze) dias não se inicia da decisão judicial que autoriza a interceptação telefônica, mas sim do dia em que a medida é efetivada.[91]

A nosso juízo, esse prazo de 15 (quinze) dias é o prazo-limite para cada autorização judicial, o que não impede o juiz de conceder a autorização por prazo inferior, caso entenda ser tal prazo suficiente para auxiliar nas investigações.

Havendo necessidade de renovação do prazo da interceptação, esta deve se dar antes do decurso do prazo fixado na decisão originária, evitando-se uma solução de continuidade na captação das comunicações telefônicas. Como o controle judicial deve ser prévio, seja no tocante à concessão inicial da interceptação, seja em relação à renovação do prazo, se as interceptações se prolongarem por período "descoberto" de autorização judicial, os elementos aí obtidos devem ser considerados inválidos, por violação ao preceito do art. 5º, XII, da Constituição Federal.[92]

Como deixa entrever o próprio art. 5º da Lei nº 9.296/96, a renovação do prazo da interceptação não pode se dar de maneira automática, sendo imprescindível a existência de decisão fundamentada comprovando a indispensabilidade do meio de prova. Quando mantidos os pressupostos que autorizaram a decretação da medida originária,

90. *Legislação criminal especial*. Op. cit. p. 487.

91. STJ, 6ª Turma, HC 135.771/PE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 04/08/2011. Por isso, em caso concreto no qual a interceptação só teve início 3 (três) meses após a autorização judicial, em virtude de greve da Polícia Federal no período, entendeu o STJ não haver qualquer ilegalidade: STJ, 6ª Turma, HC 113.477/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/03/2012.

92. Como já decidiu o STJ, "eventual nulidade da interceptação telefônica por breve período (7 dias), por falta de autorização judicial, não há de macular todo o conjunto probatório colhido anteriormente ou posteriormente de forma absolutamente legal; todavia, a prova obtida nesse período deve ser desentranhada dos autos e desconsiderada pelo Juízo". (STJ, 5ª Turma, HC 152.092/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 08/06/2010, DJe 28/06/2010).

admite-se a utilização da técnica de fundamentação per relationem para a prorrogação da interceptação telefônica.[93] Para fundamentar o pedido de renovação da interceptação, exige-se relatório circunstanciado da polícia com a explicitação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Portanto, se a prorrogação da medida de interceptação telefônica não for devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente, é perfeitamente possível o reconhecimento da ilicitude da prova, com o consequente desentranhamento dos autos do processo das transcrições dessas interceptações consideradas ilegais.[94]

Não se exige que o deferimento das prorrogações (ou renovações) seja sempre precedido da completa transcrição das conversas, sob pena de se frustrar a rapidez na obtenção da prova. Não é necessária, pois, a transcrição das conversas a cada pedido de renovação da escuta telefônica, pois o que importa, para a renovação, é que o Juiz tenha conhecimento do que está sendo investigado, justificando a continuidade das interceptações, mediante demonstração de sua necessidade.

Quanto ao número de vezes em que o prazo da interceptação telefônica pode ser renovado, há 4 (quatro) correntes distintas:

a) a renovação só pode ocorrer uma única vez: logo, a duração máxima da interceptação seria de 30 (trinta) dias;[95]

b) a renovação só pode ocorrer uma única vez: porém, quando houver justificação exaustiva do excesso e quando a medida for absolutamente indispensável, é possível a renovação do prazo da interceptação, mas esse excesso não pode ofender a razoabilidade. Em caso concreto em que as interceptações telefônicas perduraram por quase 02 (dois) anos, a 6ª Turma do STJ concluiu haver evidente violação ao referido princípio, daí por que considerou ilícita a prova resultante de tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas;[96]

c) o limite máximo seria de 60 (sessenta) dias: quando decretado o Estado de Defesa (CF, art. 136), o Presidente da República pode limitar o direito ao sigilo da comunicação telegráfica e telefônica. Esse estado não pode superar o prazo de 60 (sessenta) dias (CF, art. 136, § 2º). Se durante o Estado de Defesa a limitação não pode durar mais de 60 (sessenta) dias, em estado de normalidade esse prazo também não pode ser maior;

d) o prazo da interceptação pode ser renovado indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova (posição majoritária): no art. 5º da Lei nº 9.296/96, a expressão *uma vez* deve ser compreendida como preposição, e não como adjunto adverbial.[97] Pensamos ser essa a posição mais acertada. Com a crescente criminalidade em nosso país, é ingênuo acreditar que uma interceptação pelo prazo de 30 (trinta) dias possa levar ao esclarecimento de determinado fato delituoso. A depender da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas investigadas, e desde que demonstrada a razoabilidade da medida, o prazo para a renovação da interceptação pode ser prorrogado indefinidamente enquanto persistir a necessidade da captação das comunicações telefônicas.[98]

> **Art. 6º** Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.
>
> § 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.
>
> § 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

93. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, AgInt no REsp 1.390.751/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 08/11/2018, DJe 23/11/2018; STJ, 5ª Turma, RHC 34.349/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 23/10/2018, DJe 09/11/2018; STJ, 6ª Turma, RHC 73.498/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 14/08/2018, DJe 23/08/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no RHC 68.058/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 07/06/2018, DJe 13/06/2018.

94. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 143.697/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009.

95. É essa a posição de Luiz Francisco Torquato Avolio (op. cit. p. 188).

96. STJ, 6ª Turma, HC 76.686/PR, Rel. Min. Nilson Naves, j. 09/09/2008, DJe 10/11/2008.

97. GRECO FILHO, Vicente. Op. cit. p. 51. Com o mesmo entendimento: GRINOVER, *et alii. As nulidades no processo penal.* Op. cit. p. 177.

98. STJ, 5ª Turma, HC 152.092/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 08/06/2010, DJe 28/06/2010; STJ, 5ª Turma, HC 138.933/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 29/10/2009, DJe 30/11/2009; STJ, 6ª Turma, HC 133.037/GO, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 02/03/2010, DJe 17/05/2010; STJ, 5ª Turma, HC 116.374/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/12/2009, DJe 01/02/2010; STJ, 5ª Turma, HC 88.241/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29/09/2009, DJe 26/10/2009; STJ, 5ª Turma, HC 37.590/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 19/10/2004, DJ 22/11/2004. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações: HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ de 04.03.2005; HC nº 84.301/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unanimidade, DJ de 24.03.2006 e HC 88.371/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/11/2006, DJ 02/02/2007. No sentido de que as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas sucessivas vezes pelo tempo necessário para a produção da prova, especialmente quando o caso for complexo e a prova, indispensável, sendo certo que a fundamentação da prorrogação pode manter-se idêntica à do pedido original, pois a repetição das razões que justificaram a escuta não constitui, por si só, ilicitude. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 143.805/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14/02/2012.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

13. EXECUÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

Conquanto o art. 6º da Lei nº 9.296 faça menção à *autoridade policial*, de onde se poderia extrair que somente a autoridade policial no exercício de funções de polícia judiciária poderia conduzir os procedimentos de interceptação, o STJ já admitiu a possibilidade de a Polícia Rodoviária Federal fazê-lo: "o art. 1º, inciso X, do Decreto nº 1.655 de 03/10/1995, autorizou a polícia rodoviária federal a: "colaborar e atuar na prevenção e repressão aos crimes contra a vida, os costumes, o patrimônio, a ecologia, o meio ambiente, os furtos e roubos de veículos e bens, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o contrabando, o descaminho e os demais crimes previstos em lei." O Pretório Excelso, ao julgar a medida cautelar na ADI 1.413/DF, manteve na íntegra o texto do referido Decreto. Ante as peculiaridades do caso em tela, há que se autorizar à polícia rodoviária federal auxiliar nas investigações".[99]

Perceba-se que é obrigatória a ciência dos procedimentos operacionais ao órgão do Ministério Público, sob pena de nulidade relativa.[100] Agora, se a ciência ao órgão do Ministério Público é obrigatória, o acompanhamento das diligências é facultativo. Afinal, como destinatário final das investigações, ainda que o Ministério Público não tenha acompanhado as diligências, delas fatalmente terá conhecimento quando por ocasião da formação de sua *opinio delicti*.

Na medida em que a polícia investigativa nem sempre dispõe dos meios próprios para captação das comunicações telefônicas, a própria Lei nº 9.296/96 prevê que, para os procedimentos de interceptação, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público (art. 7º).

Em algumas situações, não é possível a gravação das comunicações telefônicas interceptadas. Ademais, há situações em que a determinação judicial não diz respeito à captação das comunicações telefônicas, limitando-se ao simples controle das chamadas telefônicas, a fim de se saber quando e para quem o sujeito passivo está efetuando ligações. Daí porque a própria Lei nº 9.296/96 ressalva que, no caso de a diligência *possibilitar* a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição (art. 6º, § 1º). A nosso ver, sendo possível a gravação da comunicação, deve o magistrado determiná-la, para posterior transcrição das conversas interceptadas, pois, somente assim, poderá haver melhor aferição da veracidade da prova, sua idoneidade técnica e autenticidade da voz, para oportuna valoração do juiz.[101] Caso a gravação seja efetuada, é importante a preservação dos originais, na medida em que pode haver questionamentos acerca da autenticidade da prova (espectograma da voz).

Caso não seja efetuada a gravação das conversas telefônicas, o conteúdo das conversas será trazido aos autos por meio de prova testemunhal – os responsáveis pela execução da medida serão ouvidos como testemunhas. Logicamente, nessa hipótese, o valor probante da prova será indubitavelmente menor em relação àquele da gravação, mas daí não se pode concluir pela exclusão da prova, devendo o juiz atribuir a ela o que valor que merecer.

13.1. (Des) necessidade de degravação integral das gravações efetuadas.

Não há necessidade de degravação integral das gravações efetuadas, desde que assegurado

99. STJ, 5ª Turma, HC 45.630/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/02/2006, DJ 10/04/2006 p. 242. A 5ª Turma do STJ também considerou legais interceptações telefônicas realizadas, com ordem judicial, pela Coordenadoria de Inteligência do Sistema Penitenciário (Cispen), órgão da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro. Para o Min. Jorge Mussi, o art. 6º da Lei nº 9.296/96 não pode ser interpretado de forma muito restritiva, sob pena de se inviabilizarem investigações criminais que dependam de interceptações telefônicas: STJ, 5ª Turma, HC 131.836/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/11/2010, Informativo nº 454 do STJ. Em outro julgado, concluiu a 5ª Turma do STJ que o art. 6º da Lei nº 9.296/96 não autoriza a conclusão no sentido de que apenas a autoridade policial é autorizada a proceder às interceptações telefônicas, sendo plenamente possível que eventual escuta e posterior transcrição das escutas telefônicas sejam feitas por servidores do Ministério Público: STJ, 5ª Turma, HC 244.554/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 09/10/2012. O Supremo também admite a possibilidade excepcional de a polícia militar, mediante autorização judicial, sob supervisão do *parquet*, efetuar a mera execução das interceptações, na circunstância de haver singularidades que justifiquem esse deslocamento, como, por exemplo, quando houver suspeita de envolvimento de autoridades policias da delegacia local: STF, 2ª Turma, HC 96.986/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/05/2012. É firme a orientação do STJ no sentido de que o art. 6º da Lei n. 9.296/96 não restringe à polícia civil a atribuição para a execução de interceptação telefônica ordenada judicialmente. A propósito, confira-se: STJ, 5ª Turma, RHC 78.743/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13/11/2018, DJe 22/11/2018; STJ, 6ª Turma, RHC 90.125/SC, Rel. Min. Nefi Cordiro, j. 07/08/2018, DJe 15/08/2018; STJ, 5ª Turma, RHC 62.067/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/03/2018, DJe 14/03/2018.

100. Na visão do STJ, "não se anula o procedimento por ausência de intimação do Ministério Público para acompanhar as diligências, ante a ausência de comprovação de prejuízo à parte". (STJ, 5ª Turma, HC 43.234/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 03/11/2005, DJ 21/11/2005 p. 265).

101. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *As nulidades no processo penal*. Op. cit. p. 176.

às partes o acesso à integralidade dos registros.[102] De se notar que, apesar de o art. 6º da Lei nº 9.296/96 fazer referência à transcrição da comunicação interceptada que puder ser gravada, o legislador exigiu que o órgão responsável pela medida apresente auto circunstanciado do resultado da interceptação, que deverá conter apenas o resumo das operações realizadas. Ora, ao final de um procedimento investigatório cujo prazo para a execução da interceptação telefônica tenha sido sucessivamente prorrogado, é sabido que muitas conversas captadas pouco interessam para os fatos sob investigação. Para além de ser contraproducente, tomando precioso tempo das autoridades policiais, a degravação integral das conversas interceptadas poderia colocar em risco a inviolabilidade da honra e da vida privada de outras pessoas, que sequer figuram como investigadas naquele procedimento.

Não por outro motivo, em caso concreto em que houve gravações diárias e ininterruptas de diversos terminais durante período de 7 (sete) meses, com mais de quinhentos mil arquivos, concluiu o Supremo ser suficiente a transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia, desde que garantido à defesa o acesso ao meio magnético em que gravadas as conversas. Só é exigível, portanto, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa *sub iudice*.[103]

Há, todavia, precedente recente do Plenário do Supremo no sentido de que, *desde que evidenciada a imprescindibilidade da medida, de caráter não protelatório*, impõe-se a degravação de mídia eletrônica referente a diálogos telefônicos interceptados durante investigação policial, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96.[104]

Conquanto não haja necessidade de transcrição total das gravações, é dever do Estado disponibilizar a integralidade das conversas captadas, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades da persecução de partes dos áudios interceptados. A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem for feita sem a presença do defensor, acarreta evidente ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a verificação da pertinência do acervo probatório não pode ser realizada apenas pela acusação, na medida em que gera desvantagem desarrazoada em detrimento da defesa.[105]

Não há na lei qualquer exigência no sentido de que a degravação seja submetida à perícia. Além disso, é desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: cuidando-se de tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, pode ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação.[106]

Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, não é necessária a realização de perícia para verificação da autoria dos diálogos se, em um total de 6.000 (seis mil), foram impugnados apenas 3 (três) que, inclusive, foram expungidos pela sentença condenatória sem que se adentrasse ao mérito da sua autenticidade, porquanto o juiz sentenciante os considerou desinfluentes para a solução do caso.[107]

13.2. Quebra da cadeia de custódia das provas.

Consoante disposto nos arts. 158-A a 158-F do CPP, incluídos pelo Pacote Anticrime, a cadeia

102. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 422.642/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/09/2018, DJe 02/10/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.301.242/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11/09/2018, DJe 17/09/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.374.450/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 11/09/2018, DJe 17/09/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.136.157/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04/09/2018, DJe 13/09/2018.

103. STF, Pleno, Inq. 2424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26/11/2008, DJe 55 25/03/2010. E também: STF, Pleno, HC 91.207 MC/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/06/2007, DJe 106 20/09/2007; STJ, 6ª Turma, RHC 20.472/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/08/2009, DJe 09/11/2009. No sentido de não ser necessária a juntada do conteúdo integral das degravações das escutas telefônicas, sendo bastante que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida: STF, 1ª Turma, AI 685.878 AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05/05/2009, DJe 108 10/06/2009; STJ, 6ª Turma, HC 112.993/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/03/2010, DJe 10/05/2010. No sentido de que não é necessária a transcrição integral das conversas interceptadas, desde que possibilitado ao investigado o pleno acesso a todas as conversas captadas, assim como disponibilizada a totalidade do material que, direta e indiretamente, àquele se refira, sem prejuízo do poder do magistrado em determinar a transcrição da integralidade ou de partes do áudio: STF, Pleno, Inq. 3.693/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/04/2014. Noutro giro, a falta de juntada do cd-rom das gravações das interceptações telefônicas não gera nulidade, porque os pacientes tiveram acesso às degravações. E o agente se defende do conteúdo das gravações e não do cd-rom, que é mero instrumento utilizado para gravar as interceptações telefônicas: STJ, 6ª Turma, HC 136.583/RS, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 02/02/2010, DJe 22/02/2010.

104. STF, Plenário, AP 508 AgR/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/02/2013. Foram vencidos os Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Gilmar Mendes, que consideravam legítima a degravação parcial, desde que dado amplo acesso aos interessados da totalidade da mídia eletrônica.

105. Reconhecendo a quebra da cadeia de custódia da prova, com a consequente nulidade da interceptação telefônica, em virtude da falta de acesso à integralidade das conversas: STJ, 6ª Turma, REsp 1.795.341/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 07/05/2019, DJe 14/05/2019.

106. STJ, 5ª Turma, HC 66.967/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14/11/2006, DJ 11/12/2006 p. 402. Ainda no sentido da desnecessidade de que as degravações das escutas sejam feitas por peritos oficiais: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 583.598/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 12/06/2018, DJe 22/06/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.322.181/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12/12/2017, DJe 18/12/2017; STJ, 6ª Turma, REsp 1.501.855/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/05/2017, DJe 30/05/2017; STJ, 6ª Turma, HC 258.763/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/08/2014, DJe 21/08/2014. No sentido de que não há necessidade de identificação dos interlocutores por meio de perícia técnica ou de degravação dos diálogos em sua integridade por peritos oficiais, visto que a Lei nº 9.296/96 não faz qualquer exigência nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp 1.134.455/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 22/02/2011. Com o entendimento de que a Lei nº 9.296 não exige que a degravação das conversas interceptadas seja feita por peritos oficiais: STJ, 5ª Turma, HC 136.096/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/05/2010, DJe 07/06/2010.

107. STJ, 5ª Turma, HC 30.545/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 20/11/2003, DJ 15/12/2003 p. 340.

de custódia consiste, em termos gerais, em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória.

A título de exemplo, se imaginarmos que alguém foi flagrado vendendo determinado entorpecente, incumbe às autoridades responsáveis pela persecução penal comprovar que, desde o momento inicial em que a droga veio para a custódia dos órgãos persecutórios, não houve a perda da evidência, nenhum tipo de adulteração, nem tampouco qualquer forma de contaminação, seja por outros elementos, seja pelo próprio recipiente no qual a substância foi armazenada. Daí por que a droga é embalada, etiquetada e lacrada, documentando-se todos os procedimentos dessa custódia ao longo da persecução penal.

Aplicável a todo e qualquer elemento probatório (v.g., drogas, *res furtiva*, mídias digitais, etc.), a cadeia de custódia tem início no exato momento em que a evidência é apreendida e se encerra tão somente com o fim do processo penal. Visa assegurar a idoneidade dos objetos e bens apreendidos, de modo a evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o subsequente processo criminal. Em outras palavras, se a acusação pretende apresentar evidências físicas em juízo (v.g., arma do crime), deve estar disposta a mostrar que o objeto apresentado é o mesmo que foi apreendido na data dos fatos.

Por consequência, na eventualidade de haver algum tipo de quebra da cadeia de custódia das provas, há de se reconhecer a inadmissibilidade dessa evidência como prova, assim como das demais provas delas decorrentes (CPP, art. 157, §1º). Com efeito, se houve a quebra da cadeia de custódia das provas, pouco importando se causada de boa ou má-fé, surge inevitável dúvida quanto ao grau de confiabilidade das evidências colhidas pelos órgãos persecutórios, dúvida esta que há de ser interpretada em favor do acusado à luz da regra probatória do *in dubio pro reo*, daí por que tal evidência deve ser excluída dos autos. É exatamente nesse sentido a lição de Geraldo Prado. Segundo o autor, "a constatação em um processo concreto de que houve supressão de elementos informativos colhidos nestas circunstâncias fundamenta a suspeição sobre a infidelidade de registros remanescentes e realça a ineficácia probatória resultante da quebra da cadeia de custódia".[108]

O tema foi levado à apreciação da 6ª Turma do STJ. Durante as investigações da Polícia Federal na operação "Negócio da China" fora determinada a interceptação das comunicações telefônicas. Ocorre que parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. Para o STJ, a prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. Mostra-se lesiva, portanto, ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. Por tais motivos, foi concedida a ordem em *habeas corpus* para fins de se anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando-se o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP.[109]

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

108. É nesse sentido a lição de Geraldo Prado (*Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 81). Ainda segundo o autor (op. cit. p. 91), "verificada a quebra da cadeia de custódia das provas, todos os demais elementos colhidos a partir da quebra estarão contaminados e igualmente não serão válidos". No mesmo sentido: ROSA, Alexandre Morais. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 242.

109. STJ, 6ª Turma, HC 160.662/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 18/02/2014, DJe 17/03/2014.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

14. SEGREDO DE JUSTIÇA.

Prevê o art. 1º da Lei nº 9.296/96 que a interceptação telefônica dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob *segredo de justiça*. Isso significa dizer que a pessoa investigada não pode ter conhecimento da realização das diligências, pois, do contrário, seria totalmente frustrada a possível eficácia desse meio de investigação. Não importa se a medida cautelar venha a ser autorizada durante as investigações ou durante a instrução processual penal: a diligência deve ser levada a efeito sob segredo de justiça, única forma de se garantir sua utilidade.

Finda a medida, abre-se lugar ao contraditório e à ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes (impugnações e direito à prova, v.g., perícias fonéticas, etc.). Em outras palavras, o contraditório será exercido posteriormente (contraditório diferido), ou seja, quando concluídas as diligências pertinentes à interceptação telefônica, ao investigado e a seu defensor deve ser franqueado o acesso ao conteúdo integral das gravações, a fim de que possam impugnar a prova produzida, exercendo o direito à ampla defesa.

Mesmo após ser levantado o segredo de justiça para o investigado e seu defensor, todavia, não é qualquer pessoa que poderá ter acesso ao conteúdo das diligências, gravações e transcrições. Valores constitucionais como um processo justo, o direito à intimidade e à vida privada do acusado e das pessoas que com ele se comunicaram devem preponderar sobre o direito de que a todos seja assegurada a possibilidade de ter acesso ao teor das gravações telefônicas. Não há falar, portanto, em publicidade externa em relação aos elementos obtidos com a interceptação telefônica. Daí a própria lei tipificar a conduta de realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (Lei n. 9.296/96, art. 10, *caput*, com redação dada pela Lei n. 13.869/19).

14.1. Juntada dos autos referentes à interceptação das comunicações telefônicas.

Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao Poder Judiciário, acompanhado de auto circunstanciado (semelhante a um relatório de um inquérito policial), que deverá conter o resumo das operações realizadas (Lei nº 9.296/96, art. 6º, § 2º), mesmo quando a interceptação não tenha tido êxito. Esse auto circunstanciado é formalidade essencial à valia da prova resultante de degravações de áudio e interceptação telefônica, sendo que eventual vício dele constante é considerado causa de nulidade relativa.[110]

Recebidos esses elementos, o Juiz determinará sua autuação em apartado,[111] ficando apensado aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. Com o apensamento aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, os elementos obtidos por meio da interceptação telefônica poderão servir para a formação da *opinio delicti* do órgão ministerial, bem como influenciar na formação da convicção do magistrado.

Segundo o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407,[112] 502[113] ou 538[114] do Código de Processo Penal. Há de se ter especial atenção aos dispositivos legais aí citados, na medida em que a reforma processual de 2008 alterou a redação de todos eles.

A referência feita pelo legislador no art. 8º aos dispositivos acima mencionados demonstra que a apensação deve se dar somente ao final do processo, ou seja, no momento imediatamente anterior à prolação da sentença. Em outras palavras, os três

110. STF, 1ª Turma, HC 87.859/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/2007, DJe 101 13/09/2007.

111. Eventual ausência de autos apartados é causa de nulidade relativa: STJ, 5ª Turma, HC 44.169/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/09/2005, DJ 03/10/2005 p. 304.

112. Antes das alterações produzidas pela Lei nº 11.689/08, dispunha o art. 407 do CPP: Decorridos os prazos de que trata o artigo anterior, os autos serão enviados, dentro de 48 (quarenta e oito horas), ao presidente do Tribunal do Júri, que poderá ordenar as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade inclusive inquirição de testemunhas (art. 209), e proferirá sentença, na forma dos artigos seguintes.

113. Antes de ser revogado pela Lei nº 11.719/08, dispunha o art. 502 do CPP: "Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade. Parágrafo único. O juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou à inquirição de testemunhas e do ofendido, sem ao houver presidido a esses atos na instrução criminal".

114. Antes da modificação determinada pela Lei nº 11.719/08, dispunha o art. 538, *caput*, do CPP: "Após o tríduo para a defesa, os autos serão conclusos ao juiz, que, depois de sanadas as nulidades, mandará proceder às diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, quer tenham sido requeridas, quer não, e marcará para um dos 8 (oito) dias seguintes a audiência de julgamento, cientificados o Ministério Público, o réu e seu defensor".

dispositivos legais acima citados dizem que o apensamento somente deve ocorrer após as alegações finais das partes. Tenta-se, assim, preservar com maior eficácia o sigilo das diligências e transcrições, evitando que terceiros tomem conhecimento do conteúdo das comunicações telefônicas.

Entretanto, se a apensação só deve ocorrer antes da sentença quando a interceptação for decretada no curso do processo, daí não se pode concluir que o acusado e seu defensor só terão acesso ao conteúdo da prova nesse momento. Afinal, é óbvio que as partes, antes de apresentarem suas alegações, devem ter acesso à prova obtida pela interceptação telefônica.

Com efeito, se, num primeiro momento, a interceptação telefônica é decretada sem que o acusado tenha conhecimento (*inaudita altera parte*), tão logo estejam concluídas as diligências e transcrições, deve se assegurar à defesa a possibilidade de ter acesso ao conteúdo da interceptação já concluída. Somente assim serão respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). De fato, de nada adiantaria franquear o acesso da defesa à interceptação somente ao final do processo, quando, então, não mais teria a possibilidade de produzir contraprova para infirmar os elementos probatórios obtidos com a interceptação telefônica.

Portanto, independentemente de a interceptação ter sido decretada durante a fase investigatória ou processual, deve o acusado e seu defensor ter acesso à prova tão logo se considere que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações ou do processo, momento em que poderão efetivar o contraditório (diferido) e o direito à ampla defesa. Logicamente, não é qualquer advogado que poderá ter acesso às gravações, mas somente aquele constituído pelo acusado ou nomeado pela autoridade judiciária.[115]

14.2. Impugnação da defesa.

Ao ter acesso ao resultado da diligência, a defesa pode arguir a licitude ou ilicitude da prova, hipótese em que poderá requerer seu desentranhamento dos autos, com fundamento no art. 157, *caput*, do CPP. Poderá discutir também a idoneidade técnica da operação de interceptação, a autenticidade da prova documental, a própria identificação da voz etc.

Quanto ao valor probatório do resultado da interceptação, a questão insere-se no momento probatório da valoração pelo juiz, nada tendo a ver com a admissibilidade da prova. O problema envolve a autenticidade das reproduções mecânicas e não é diverso do que se coloca em relação a outras fontes de prova do mesmo gênero. Se a pessoa a quem a conversa é atribuída não a reconhecer como sua, pode ser necessária a realização de exame pericial, com a comparação do espectograma da voz – técnica de comparação das vozes – para a análise das vozes e sua comparação.[116]

Nesses casos, quando o investigado nega ser sua a voz captada, a confirmação pode ser feita por outros meios de prova além do espectograma da voz. Como observa Ana Brasil Rocha, "apesar da negativa do acusado, pode-se confirmar por outras formas que as conversas captadas foram por ele mantidas, como, por exemplo, por meio de diligências concomitantes à interceptação em que se busca a identificação do interlocutor, seja pela obtenção dos dados e registros cadastrais, seja por meio do serviço de inteligência que consegue identificá-lo pelo apelido, pela forma como ele chama outras pessoas de seu convívio que surgem nas escutas telefônicas, pelo lugar que frequenta ou até mesmo pela apreensão do aparelho telefônico na posse do investigado. Enfim, seja qual for a diligência realizada, se por outra forma puder ser confirmado que o investigado de fato era o interlocutor das conversas captadas, a perícia da voz torna-se absolutamente desnecessária".[117]

14.3. Caso Escher e outros (Corte Interamericana de Direitos Humanos).

Na lição de Giacomolli,[118] Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni eram membros das organizações sociais ADECON e COANA, as quais se relacionavam com o Movimento dos Sem-Terra (MST), sobretudo na luta pela reforma agrária. Em data de 28 de abril de 1999, o Subcomandante e Chefe do Estado Maior da Polícia Militar solicitiou ao Secretário de Segurança Pública do Estado do

115. No sentido de assegurar à defesa amplo acesso aos dados da interceptação telefônica a partir do momento em que designado o interrogatório policial dos investigados: STF, 1ª Turma, HC 92.331/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/03/2008, DJe 142 31/07/2008.

116. De acordo com o STJ, é desnecessária a realização de perícia para a identificação de voz captada nas interceptações telefônicas, salvo quando houver dúvida plausível que justifique a medida. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 453.357/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/08/2018, DJe 24/08/2018; STJ, 6ª Turma, REsp 1.340.069/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 15/08/2017, DJe 28/08/2017; STJ, 6ª Turma, REsp 1.501.855/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/05/2017, DJe 30/05/2017.

117. *Crime organizado*. Coordenadores: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 338-339.

118. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 62-69.

Paraná a interceptação telefônica da COANA. Fundamentou sua representação na assertiva de que as duas cooperativas estavam sendo utilizadas pelo MST para práticas delituosas, como desvio de recursos financeiros, além de possíveis homicídios. O pedido foi acatatado pelo Poder Judiciário nos seguintes termos: "Recebido e analisado. Defiro. Oficie-se". Na sequência sobreveio um novo pedido de interceptação, também formulado pela Polícia Militar, agora da linha telefônica instalada na sede da ADECON, sem qualquer fundamento ou justificação, o qual foi igualmente deferido. Com a conclusão das interceptações, parte dos diálogos gravados foram divulgados pelo *Jornal Nacional*. Um dia depois, o então Secretário de Segurança Pública comentou, em entrevista coletiva à imprensa, a atuação policial nas desocupações ocorridas nos acampamentos do MST, explicando as interceptações telefônicas. Aliás, durante a referida entrevista, foram reproduzidos diversos áudios de algumas conversas, além de ter sido entregue aos jornalistas um material contendo a transcrição de trechos dos diálogos interceptados dos membros da COANA e da ADECON.

O caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que concluiu ter havido violação do direito à vida privada, à honra e à reputação das vítimas, reconhecidos nos arts. 11.1 e 11.2, combinados com os arts. 1.1, 8º e 25 do Pacto de São José da Costa Rica, porquanto não teria havido o consentimento dos interlocutores no tocante à divulgação do material gravado, a qual foi imputada ao Estado. A Corte também concluiu ter havido violação ao art. 16 da CADH porque as escutas telefônicas foram realizadas em desacordo com a legislação e com posterior e indevida divulgação. Esses dois fatos foram suficientes para abalar a imagem e a credibilidade das entidades e, consequentemente, o direito ao livre e normal exercício de associação pelos membros da COANA e da ADECON, violando-se, assim, o direito à liberdade de associação previsto no art. 16 da CADH. Dentre outras sanções, o Estado Brasileiro foi obrigado a pagar a Arlei, Dalton, Delfino, Pedro e Cellso o valor equivalente a US$ 20.000,00 para cada um a título de dano imaterial (vida, honra e reputação), e mais US$10.000,00 às vítimas.

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§2º (VETADO). (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§4º (VETADO). (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

15. CAPTAÇÃO AMBIENTAL DE SINAIS ELETROMAGNÉTICOS, ÓPTICOS OU ACÚSTICOS.

15.1. Noções introdutórias.

O avanço da tecnologia em várias áreas do conhecimento humano vem reconfigurando, nos últimos anos, a maneira pela qual uma infração penal pode ser elucidada. Quer nas vias públicas, onde há câmeras de vigilância espalhadas em todos os cantos, quer em locais fechados e regidos por relações privadas, em que gravações são feitas pelos próprios interlocutores, que sempre têm às mãos um aparelho celular, não há como negar que as relações sociais – e, logicamente, muitas infrações penais – estão sujeitas a um crescente e constante monitoramento. Isso tem proporcionado, numa escala nunca vista antes, a captação de sons e imagens que são muito úteis à persecução penal, não apenas pelo baixo custo necessário para a sua produção, mas também pela credibilidade e veracidade capaz de auxiliar na formação do convencimento do julgador.

É dentro desse contexto, pois, que deve ser compreendida a sistematização da escuta ambiental

de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, introduzida pelo Pacote Anticrime no art. 8º-A da Lei n. 9.296/96. Até o advento da Lei n. 13.964/19, a captação ambiental constava da Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13, art. 3º, II) como um dos meios de obtenção de prova passíveis de utilização para a persecução penal de tais delitos. Porém, pelo menos até então, não havia nenhum diploma normativo que dispusesse, expressamente, acerca de seus requisitos. Cuidava-se, pois, de um meio de obtenção de prova nominado, porquanto previsto em lei, porém atípico, já que a Lei n. 12.850/13 nada dispunha acerca do procedimento a ser adotado para a sua execução, daí por que se aplicava, por analogia, o procedimento descrito na Lei nº 9.296/96 acerca da interceptação telefônica (meio de obtenção de prova típico).[119] Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964 no dia 23 de janeiro de 2020, o legislador, enfim, promove a sistematização desse importante meio de obtenção de prova, já consolidado pela jurisprudência e rotineiramente utilizado no Brasil.

15.2. Captação ambiental.

O art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, autoriza, expressamente, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. A expressão captar deve ser compreendida como o ato de tomar conhecimento do conteúdo de comunicação alheia. É da essência da captação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação entre duas ou mais pessoas, geralmente sem o conhecimento dos interlocutores. Essa captação pode ser feita por meio de escutas, microfones, câmeras ocultas, monitoramento à distância, por satélite, antenas direcionais e outras tantas tecnologias hoje existentes para esse fim.

Apesar de o art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 fazer referência ao termo captação, houve certa redundância por parte do legislador, porquanto a captação dos sinais eletromagnéticos, ópticos (v.g., filmagens e fotografias) ou acústicos (gravação ambiental de uma conversa entre pessoas presentes), funciona, na verdade, como elemento integrante do conceito de interceptação ambiental, também conhecida como **vigilância eletrônica**. Portanto, nos mesmos moldes do art. 1º da Lei nº 9.296/96, que abrange tanto a interceptação telefônica em sentido estrito quanto a escuta telefônica, parece-nos que o art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 faz uso da expressão "captação ambiental" em sentido amplo, englobando a interceptação ambiental em sentido estrito e a escuta ambiental. Isso porque ambas consistem em processos de captação da comunicação alheia.[120]

Por outro lado, não está abrangida pelo regime jurídico do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 a gravação ambiental, espécie de captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro, cuja licitude deve ser analisada casuisticamente.[121] Prova disso, aliás, é o fato de o art. 10-A, §1º, da Lei n. 9.296/96, também incluído pelo Pacote Anticrime, ao tratar do crime de captação ambiental sem autorização judicial, dispor expressamente que *não haverá tal crime se a captação for realizada por um dos interlocutores*. Sem embargo, por cautela, nada impede que o juiz autorize a gravação ambiental, se houver requerimento nesse sentido.[122]

Há diversas formas de captação do conteúdo da comunicação entre pessoas presentes: ingresso e permanência no local de pessoas que, portando instrumentos apropriados para a captação da comunicação, escondem a própria presença dos interlocutores; participação direta em conversa

119. Nesse contexto: SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 105; DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas/SP: Millennium Editora, 2008, p. 299-308; BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101.

120. Para Eduardo Araújo da Silva (*Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109), a captação ambiental, também chamada de **vigilância eletrônica**, permite que "os agentes de polícia ou eventualmente do Ministério Público (...) instalem aparelhos de gravação de som e de imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais, etc.), com a finalidade de não apenas gravar os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais óticos). Ainda poderão os policiais registrar sinais emitidos através de aparelhos de comunicação, como rádios transmissores (sinais eletromagnéticos), que tecnicamente não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática".

121. Segundo Vinícius Marçal e Cleber Masson (*Crime organizado*. 2ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 211-212), a gravação clandestina (ambiental ou telefônica), feita sem a ciência do outro interlocutor, é lícita, pelo menos em regra, "ainda que despida de autorização judicial, se realizada como (a) meio de defesa; (b) em razão de investida criminosa; (c) se não há reserva da conversação (obrigação de guardar segredo); ou, ainda, (d) quando não restar caracterizado violação de sigilo, não havendo de se cogitar uma suposta (e inexistente) violação do direito à privacidade nesses casos".

122. Por ocasião do julgamento do HC 84.203/RS (Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/10/2004), a 2ª Turma do STF reconheceu a licitude de gravação ambiental realizada por meio de câmera instalada em garagem pelo proprietário da casa, com a finalidade de identificar o autor dos danos a seu automóvel, independentemente de prévia autorização judicial. Não se trata de precedente isolado. A título de exemplo, confira-se: a) licitude de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores quando há investida criminosa do outro (STF, Pleno, HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11/03/1998, DJ 25/09/1998); b) licitude de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou (STF, 2ª Turma, RE 402.717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/12/2008, DJe 30 12/02/2009); c) licitude de gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles sem o conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, notadamente quando constituir exercício de defesa (STF, 2ª Turma, AI 503.617 AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01/02/2005, DJ 04/03/2005).

por operadores que portam consigo instrumentos apropriados para a captação da comunicação, oportunamente escondidos; ocultação no ambiente de dispositivos microscópicos ligados a aparelhos de captação e registros externos, instalados próximo ao local onde a interceptação for realizada. Esses equipamentos e aparelhos destinados à captação e armazenamento de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos são chamados de **meios eletrônicos de produção de provas**.

15.3. (I) licitude da captação ambiental e (des) necessidade de prévia autorização judicial.

Foi dito acima que a interceptação ambiental é a captação de uma comunicação no próprio recinto em que ocorre, privado ou público, efetuada por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores. Por sua vez, a escuta ambiental consiste na captação de uma comunicação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores. Em ambas as situações, não se trata de uma conversa telefônica. Cuida-se de uma conversa não telefônica, ocorrida em um gabinete, residência, restaurante, estabelecimento comercial, etc.

Em face da proteção constitucional ao direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), discute-se na doutrina acerca da (i) licitude desses meios de obtenção de prova. Quanto à violação à intimidade, a discussão em torno da (i) licitude de uma interceptação ambiental diz respeito não à proteção ao segredo, que é o direito de que terceiros não tenham acesso à privacidade individual, mas sim ao direito de reserva, que é o direito de não ver divulgadas notícias concernentes à vida privada. Na verdade, a interceptação ambiental deve ser inserida em três diferentes cenários:[123]

a) captação de conversa alheia mantida em lugar público: trata-se de prova lícita, mesmo que produzida sem prévia autorização judicial, pois, se os interlocutores desejassem privacidade e certeza de que não seriam importunados ou ouvidos, deveriam recolher-se a lugar privado. Suponha-se, por exemplo, que um crime cometido em via pública seja gravado sem prévia autorização judicial (v.g., câmera de vigilância instalada em um prédio). Ora, nessa hipótese, não há falar em direito ao segredo. Afinal de contas, quem comete um crime em via pública não tem qualquer expectativa de proteção à intimidade. Também não há falar em direito à reserva, na medida em que, pelo menos em regra, qualquer pessoa pode relatar o que ocorre em local aberto ao público. Logo, essa interceptação ambiental há de ser considerada prova lícita, já que não viola a intimidade nem tampouco a vida privada.[124] Se o conteúdo da conversa entre os interlocutores não for reservado, nem proibida a captação por meio de gravador, tal prova deve ser considerada lícita. Ora, supondo-se que tal conversa ocorra em local público, sendo presenciada por terceiro, como este pode relatá-la validamente em juízo como testemunho, por que não emprestar a mesma validade à captação da comunicação? Todavia, se o colóquio for reservado – suponha-se que alguém escute uma conversa reservada encostando o ouvido a uma porta, ou registre a conversa servindo-se de um gravador oculto –, sua interceptação ou escuta configurará prova ilícita, por ofensa ao direito à intimidade (CF, art. 5º, X), salvo se, por força do princípio da proporcionalidade, possa ser considerada lícita;

b) captação de conversa mantida em lugar público, porém em caráter sigiloso, expressamente admitido pelos interlocutores: constitui invasão de privacidade, pois o interceptador não pode imiscuir-se em segredo de terceiros sem permissão legal. Por não afrontarem o art. 5º, X, da Constituição Federal, interceptações ambientais lato sensu devem ser consideradas válidas, salvo quando realizadas em ambiente no qual haja expectativa de privacidade, ou quando praticadas com violação de confiança decorrente de relações interpessoais ou profissionais. Acerca do assunto, ganhou notoriedade no Brasil uma gravação feita pelo programa "Fantástico" de conversa entabulada entre a investigada S.L.V.R. e seu advogado. Apesar de a acusada ter concordado em conceder a entrevista ao programa semanal em um lugar aberto ao público, a conversa que haveria de ser reservada entre ela e seu advogado foi captada clandestinamente pela Rede Globo, daí por que o STJ considerou tratar-se de prova obtida por meios ilícitos, in verbis: "(...) Conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente tem toda a proteção da lei, porquanto, entre outras reconhecidas garantias do advogado, está a inviolabilidade de suas

123. Nesse contexto: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 368.

124. No sentido de que é lícita a prova consistente em gravação de conversa realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva de conversação. Afinal, a gravação ambiental meramente clandestina realizada por um dos interlocutores não se confunde com a interceptação objeto de cláusula constitucional de reserva de jurisdição: STF, 2ª Turma, AI 560.223 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 12/04/2011. Considerando válida gravação ambiental de diálogo ocorrido em local público: STF, 1ª Turma, HC 74.356/SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 10/12/1996, DJ 25/04/1997.

comunicações. Como estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de profissão, devem guardar segredo, é inviolável a comunicação entre advogado e cliente. Se há antinomia entre valor da liberdade e valor da segurança, a antinomia é solucionada a favor da liberdade. É, portanto, ilícita a prova oriunda de conversa entre o advogado e o seu cliente. O processo não admite as provas obtidas por meios ilícitos. Na hipótese, conquanto tenha a paciente concordado em conceder a entrevista ao programa de televisão, a conversa que haveria de ser reservada entre ela e um de seus advogados foi captada clandestinamente. Por revelar manifesta infração ética o ato de gravação – em razão de ser a comunicação entre a pessoa e seu defensor resguardada pelo sigilo funcional –, não poderia a fita ser juntada aos autos da ação penal. Afinal, a ilicitude presente em parte daquele registro alcança todo o conteúdo da fita, ainda que se admita tratar-se de entrevista voluntariamente gravada – a fruta ruim arruína o cesto. A todos é assegurado, independentemente da natureza do crime, processo legítimo e legal, enfim, processo justo. [...] Habeas corpus deferido para que seja desentranhada dos autos a prova ilícita";[125]

c) captação de conversa mantida em lugar privado: se produzida sem prévia autorização judicial, constitui invasão de privacidade, pois não está autorizado o ingresso em casa alheia, cuja inviolabilidade é constitucionalmente assegurada (CF, art. °, XI), razão pela qual a coleta de dados resultante de conversação mantida dentro de domicílio alheio é prova ilícita. Se a interceptação ambiental em locais públicos é considerada válida pela doutrina e pela jurisprudência, o mesmo não se pode dizer em relação a uma interceptação ambiental efetuada no interior de domicílio. Nessa hipótese, além de violar o direito à intimidade (CF, art. 5º, X), seja no tocante ao direito ao segredo, seja em relação ao direito de reserva, também haverá evidente afronta à inviolabilidade domiciliar prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Todavia, preenchidos os requisitos do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, havendo prévia e fundamentada autorização judicial, toda e qualquer gravação e interceptação ambiental será considerada prova lícita. Se não houver prévia ordem escrita da autoridade judicial competente, a licitude da prova deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade. Portanto, em face do disposto no art. 8º-A Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, admite-se a filmagem (registro de sinais óticos) e a gravação (registro de sinais acústicos) no interior de residência ou local íntimo, seja pela captação (a chamada escuta ambiental, realizada entre presentes), seja pela interceptação ambiental (realizada por um terceiro). Assim, desde que haja prévia e circunstanciada autorização judicial, os registros obtidos não constituem prova ilícita por violação ao direito à intimidade ou à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Como o art. 8º-A, *caput*, da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, faz referência à necessidade de autorização judicial prévia para a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, fica a impressão de que, doravante, toda e qualquer escuta ambiental realizada sem esse controle jurisdicional seria considerada prova ilícita. Só que este raciocínio se revela equivocado, porquanto, diversamente de uma interceptação (ou escuta) telefônica, que sempre pressupõe autorização judicial (CF, art. 5º, XII), não é toda interceptação (ou escuta) ambiental que se sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, eis que, nesse caso, o que está em jogo é o direito à intimidade (CF, art. 5º, X). Logo, ao contrário do que ocorre no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, o inciso X não reclama necessariamente a expedição de ordem judicial como forma de viabilizar a devassa da privacidade por meio da captação ambiental.

De fato, é firme a jurisprudência no sentido de que, pelo menos em regra, não há necessidade de autorização judicial prévia para a interceptação ambiental realizada em local público (v.g, praça, parque, etc.), ou, ainda que particular, aberto ao público (v.g., cinemas, teatros, shoppings centers, estádios de futebol, bares, restaurantes, etc.),[126] pois, se os interlocutores desejassem privacidade e certeza que não seriam importunados ou ouvidos, deveriam ter se recolhido a um lugar privado. Basta pensar, a título de exemplo, nas diversas câmeras de vigilância espalhadas Brasil afora sem prévia autorização judicial (v.g., filmagem amadora que flagra a prática de crime em uma praça; câmera que filma um furto no interior de um supermercado ou aquela que capta as imagens de um roubo numa agência bancária): as imagens por elas captadas são constantemente usadas em investigações e processos criminais, sem que se possa objetar que se trata de prova ilícita, eis que

125. STJ, 6ª Turma, HC 59.967/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 29/06/2006, DJ 25/09/2006 p. 316.

126. Quanto a esses locais abertos ao público, ainda que particulares, nos quais uma escuta ambiental pode ser realizada sem prévia autorização judicial, Suxberger e Souza (op. cit. p. 103) advertem que, a despeito de pertencerem a particulares, são "de uso público", "pois não se destinam à utilização exclusiva de seus proprietários, mas ao público em geral".

aquele que comete um crime em via pública (ou em local privado aberto ao público) jamais poderá ter qualquer expectativa de proteção à intimidade.

Agora, se a interceptação (ou escuta) ambiental disser respeito à conversa mantida em local privado, com expectativa legítima de privacidade, revela-se indispensável prévia autorização judicial, nos exatos termos do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, não apenas de modo a resguardar a intimidade e a vida privada dos interlocutores (CF, art. 5º, X), mas também porque, nesse caso, haverá necessidade do ingresso em casa alheia, cuja inviolabilidade é constitucionalmente assegurada (CF, art. 5º, XI), para fins de instalação dos equipamentos destinados à captação de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (Lei n. 9.296/6, art. 8º-A, §1º, incluído pela Lei n. 13.964/19). Idêntico raciocínio é válido quando uma das partes pedir sigilo à outra durante conversa realizada em local público: nesse caso, ante a possibilidade de violação ao direito à intimidade (CF, art. 5º, X), também se faz necessária autorização judicial.

Nesse ponto, aliás, muito melhor teria sido a aprovação do chamado "Projeto Moro" na redação apresentada ao Congresso Nacional. Isso porque, ao regulamentar a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, acrescentando o art. 21-A à Lei das Organizações Criminosas, o §6º do referido dispositivo, se acaso tivesse sido aprovado pelo Congresso Nacional, teria a seguinte redação: "A captação ambiental de sinais ópticos em locais abertos ao público não depende de prévia autorização judicial". Por mais desnecessária que fosse a inserção da ressalva em questão, porquanto não se pode invocar proteção à privacidade quando o cidadão encontra-se em local público, parece evidente que a aprovação de norma semelhante a esta certamente implicaria em maior segurança jurídica para todos os atores envolvidos na persecução penal.

De todo modo, sem embargo da redação conferida ao art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 pela Lei n. 13.964/19, há de se concluir que a autorização judicial prévia revela-se necessária tão somente quando se tratar de interceptação (ou escuta) ambiental realizada em lugar privado não aberto ao público ou em local público, mas, neste caso, tão somente quando houver expectativa de privacidade (v.g, conversa entre médico e cliente). Do contrário, ou seja, se se concluir que toda e qualquer interceptação (ou escuta) ambiental estaria condicionada à autorização judicial prévia, ainda que realizada em local público, chegaríamos à conclusão absurda[127] de que, doravante, condutas absolutamente neutras, insignificantes e irrelevantes, como, por exemplo, a colocação de uma câmera de vigilância na portaria de entrada de um prédio residencial, subsumir-se-ão ao tipo penal do art. 10-A da Lei n. 9.296/96, o que, à evidência, não parece ter sido o objetivo do legislador responsável pela elaboração do Projeto Anticrime.[128] É nesse sentido, aliás, o teor do **Enunciado n. 38** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Não é exigida autorização judicial para captação ambiental de que trata o art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 na hipótese de ser realizada em local público ou de acesso público".

15.4. Procedimento e requisitos para a captação ambiental.

Consoante disposto no art. 8º-A, *caput*, da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Da breve leitura desse dispositivo já podemos extrair algumas importantes conclusões:

a) finalidade da captação ambiental: quando a Constituição Federal cuida da interceptação telefônica no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, é expressa ao dispor que sua utilização estaria "para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Daí os dizeres do art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.296/96. Ocorre que a captação ambiental, como exposto anteriormente, está sujeita ao inciso X do art. 5º da Carta Magna, que em nenhum momento dispõe que eventual violação à intimidade e à vida privada das pessoas só possa ser determinada pelo Estado com idêntica finalidade. Sem embargo, ante o caráter invasivo da

127. O Direito deve ser interpretado de maneira inteligente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, conclusões inconsistentes ou impossíveis. Como nos lembra Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 203), "prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade".

128. Em sentido semelhante, Rodrigo Felberg (op. cit. p. 128) assevera que "tanto a interceptação quanto a escuta ambiental realizada sem os requisitos legais somente poderão ser consideradas condutas infracionais quando transgredirem frontalmente o direito à intimidade dos comunicadores, o caráter reservado da comunicação. Será preciso avaliar, portanto, as circunstâncias e conteúdo da conversa entre os interlocutores e eventual afetação à vida privada dos mesmos, sob pena de criminalização extensiva de condutas possivelmente inofensivas, como o registro audiovisual de um cidadão em via pública. Diferentemente da captação ambiental de uma conversa dentro de uma residência, por exemplo, em que o caráter privado é inerente, de modo que se realizada sem as formalidades legais configurará a conduta criminosa".

captação ambiental, o legislador da Lei n. 13.964/19 optou por dar a ela idêntico tratamento àquele dispensado à interceptação telefônica, no sentido de permitir sua decretação tão somente para fins de investigação ou instrução criminal. Outrossim, se a utilização da captação ambiental está restrita à investigação ou instrução criminal, daí também se pode extrair a conclusão de que apenas o juiz criminal competente poderá decretá-la. De todo modo, conquanto juízos cíveis não possam, de maneira direta, determinar a realização de uma captação ambiental, isso não significa dizer que não possam ter acesso a tais imagens e áudios, seja a título de prova emprestada, seja pelo fato de a autorização judicial prévia a que se refere o art. 8º-A, *caput*, da Lei n. 9.296/96 compreender apenas a captação em si, o que significa, *a contrario sensu*, que não há vedação para a utilização de tal prova se acaso materializada por outros meios legítimos;[129]

b) impossibilidade de decretação *ex officio*: diversamente do quanto previsto no art. 3º da Lei n. 9.296/96, que faz referência à possibilidade – de duvidosa constitucionalidade – de o juiz determinar a interceptação das comunicações telefônicas de ofício, a captação ambiental só poderá ser determinada pelo magistrado diante de requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. A vedação à iniciativa acusatória e probatória do magistrado, seja durante a investigação preliminar, seja durante o processo penal, vem ao encontro das mudanças introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/19, a exemplo do art. 3º-A, segundo o qual "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".[130] A consagração do sistema acusatório pela Constituição Federal procura "manter o juiz, sobretudo na fase investigatória, com uma certa contenção".[131]

Especificamente quanto aos requisitos, impõe-se a análise dos dois incisos do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96:

I – quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes (*periculum in mora*): à semelhança do art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.296/96, referente, porém, à interceptação telefônica, o art. 8º-A, inciso I, do mesmo diploma normativo, deixa evidente que entre diversas medidas restritivas de direitos fundamentais, as Agências Estatais devem escolher a menos gravosa, sobretudo quando diante de insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito, mas também de terceiros que com ele se comunicaram (*ultima ratio*). Por se tratar de meio de obtenção de prova invasivo sobre a privacidade, entendido como o direito do indivíduo a um espaço livre das restrições do Estado, antes de decretar a medida, deve o magistrado verificar se não há outro meio de prova ou de obtenção de prova menos gravoso e igualmente eficaz (v.g., prova testemunhal, pericial, etc.). Não havendo outro meio disponível, deve o magistrado deixar patente em sua fundamentação a referência à necessidade da medida cautelar, seja para a legitimação de sua atuação, seja para eventual impugnação *a posteriori*;

II – houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas: como a lei exige a presença de elementos probatórios razoáveis de autoria e participação (*fumus comissi delicti*), depreende-se que a captação ambiental jamais poderá ser deferida para dar início a uma investigação, é dizer, não pode ser usada como **fishing expedition**.[132] Noutro giro, diversamente do que ocorre em relação à interceptação das comunicações telefônicas, cuja decretação está condicionada, dentre outros requisitos, ao fato de a infração penal ser punida com pena de reclusão (Lei n. 9.296/96, art. 2º, III – crime de catálogo), ao tratar dos requisitos para a captação ambiental, o art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, não faz qualquer ressalva quanto à espécie de pena cominada ao delito, referindo-se

129. Como destacam Suxberger e Souza (op. cit. p. 94-97), "(...) Não se deve confundir a escuta ambiental com a requisição das imagens já armazenadas. A obtenção desses registros não está adstrita à reserva de jurisdição, embora o objeto de ambas as medidas seja exatamente o mesmo: sinais e imagens captadas por lentes de câmeras que servirão de provas na apuração de determinados fatos. Essa situação assemelha-se àquela de outrora relativa à possibilidade de obtenção das conversas realizadas por meio das chamadas salas de bate papo, eventualmente armazenadas em computadores pessoais. A discussão foi encerrada a partir da consolidação do entendimento de que essas conversas não estão preservadas pelo sigilo das comunicações, pois se trata de ambiente público e destinado a conversas informais (STJ, RHC 18.116). (...) Assim, por exemplo, caso um vizinho filme a prática de um suborno na varanda da residência de outro, não haverá proibição para a utilização deste material em processo de improbidade administrativa".

130. De se lembrar que, na condição de Relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020), o Min. Fux concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F, do CPP, incluídos pela Lei n. 13.964/19.

131. A expressão foi utilizada pelo Min. Felix Fischer no âmbito da operação "Lava-jato", referindo-se à impossibilidade de o juiz decretar de ofício a prisão temporária: STJ, 5ª Turma, HC 360.896/PR, j. 08/08/16, DJe 16/08/16.

132. Na dicção de Philipe Benoni Melo e Silva (*Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação*. http://jota.info/artigos/fishing-expedition-21012017), "trata-se a *fishing expedition* de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que 'lança' suas redes com a esperança de 'pescar' qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional".

apenas ao *quantum* máximo, que, *in casu*, deve ser superior a 4 anos. Também não restringe sua utilização aos crimes envolvendo organizações criminosas.

15.5. Local e forma de instalação dos meios eletrônicos de produção de provas.

De acordo com o art. 8º-A, §1º, da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, o requerimento da autoridade policial (ou do Ministério Público) deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental. O objetivo do dispositivo é evitar que locais absolutamente estranhos ao fato sob apuração sejam objeto de indevida devassa pelas autoridades estatais.

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o Projeto (Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 – n. 10.372/18 na Câmara dos Deputados) que deu origem à Lei n. 13.964/19 previa, no §2º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, que a instalação do dispositivo de captação ambiental poderia ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, *exceto na casa*, nos termos do inciso XI do *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Ocorre que o dispositivo acabou sendo vetado pelo Presidente da República, nos seguintes termos: "A propositura legislativa gera insegurança jurídica, haja vista que, ao mesmo tempo em que admite a instalação de dispositivo de captação ambiental, esvazia o dispositivo ao retirar do seu alcance a 'casa', nos termos do inciso XI do art. 5º da Lei Maior. Segundo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conceito de 'casa' deve ser entendido como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao público, utilizado para moradia, profissão ou atividades, nos termos do art. 150, §4º, do Código Penal (v.g. HC 82.788, Relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 12/04/2005)".

Noutro giro, diante da prerrogativa constante do art. 7º, II, do Estatuto da OAB,[133] certamente haverá controvérsias quanto à possibilidade de realização de escuta ambiental objetivando a captação de conversas por advogado, em seu escritório, quando houver suspeita do cometimento de crimes. A questão já foi objeto de apreciação pelo Supremo, *in verbis:* "(...) PROVA. Criminal. Escuta ambiental. Captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Meio probatório legalmente admitido. Fatos que configurariam crimes praticados por quadrilha ou bando ou organização criminosa. Autorização judicial circunstanciada. Previsão normativa expressa do procedimento. Preliminar repelida. Inteligência dos arts. 1º e 2º, IV, da Lei nº 9.034/95, com a redação da Lei nº 10.217/95. Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão".[134]

Destarte, considerando-se o veto ao §2º do art. 8º-A e o precedente acima citado do Supremo Tribunal Federal – Inq. 2.424 –, reputa-se lícita a instalação de dispositivos de captação ambiental realizada, quando necessário, por meio de operação policial disfarçada ou até mesmo no período noturno – leia-se, entre as 21h (vinte e uma horas) e 5h (cinco) horas, conforme previsto no art. 22, §1º, inciso III, da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/19) –, inclusive na casa (CP, art. 150, §§4º e 5º).

15.6. Prazo de duração da captação ambiental.

De acordo com o art. 8º-A, §3º, da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, a captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade

133. Lei n. 8.906/94: "Art. 7º São direitos do advogado: (...) II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia".

134. STF, Pleno, Inq. 2.424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26/11/2008, DJe 55 25/03/2010. Reconhecendo a legalidade de provas colhidas por meio de escuta ambiental em ação controlada, nos termos do art. 2º, II e IV, da Lei nº 9.034/95: STF, 1ª Turma, HC 102.819/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05/04/2011, DJe 102 27/05/2011.

criminal permanente, habitual ou continuada. O dispositivo assemelha-se, de certo modo, ao art. 5º da Lei n. 9.296/96, porém vai além ao exigir que a prorrogação por iguais períodos – 15 (quinze) dias – ocorra apenas quando preenchidos dois requisitos cumulativos, quais sejam, a indispensabilidade do meio de prova e a presença de atividade criminal permanente, habitual ou continuada. Por crime permanente se compreende aquele cuja consumação se prolonga no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a execução do delito a qualquer momento (v.g., extorsão mediante sequestro). Por atividade criminosa habitual se entende a pluralidade de crimes, uma sequência de atos típicos que demonstram um estilo de vida do autor. Trata-se, a habitualidade, de uma característica do agente, e não da infração penal, o que, aliás, a diferencia do crime habitual, em que a prática de um ato isolado não gera tipicidade. Por fim, atividade criminosa continuada é aquela praticada em continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do Código Penal, ou seja, crimes da mesma espécie praticados com homogeneidade de circunstâncias de tempo, lugar, *modus operandi*, etc.

15.7. (Im) possibilidade de utilização de gravação ambiental clandestina exclusivamente em favor da defesa quando demonstrada a integridade da gravação.

Quando aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 (n. 10.372/18 na Câmara dos Deputados), que deu origem à Lei n. 13.964/19, era nesse sentido o teor do §4º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96: "A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação".[135]

Ocorre que o dispositivo acabou sendo vetado pelo Presidente da República, nos seguintes termos: "A propositura legislativa, ao limitar o uso da prova obtida mediante a captação ambiental apenas pela defesa, contraria o interesse público uma vez que uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime. Ademais, o dispositivo vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite utilização como prova de infração criminal a captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrada a integridade da gravação (v.g. Inq-QO 2.116, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno)".

Ante o veto presidencial, reputa-se lícita, pelo menos em regra, a gravação ambiental clandestina, feita sem a ciência do outro interlocutor, passível de utilização tanto em favor da acusação quanto em favor da defesa, mesmo que desprovida de prévia autorização judicial, naquelas hipóteses já sedimentadas pela jurisprudência: a) em razão de investida criminosa (v.g., vítima de concussão grava a conversa com o funcionário público); b) se não há reserva da conversação, leia-se, obrigação de guardar segredo); c) quando não restar caracterizado violação de sigilo, não havendo de se cogitar uma suposta (e inexistente) violação do direito à privacidade nesses casos.

15.8. Aplicação subsidiária à captação ambiental das regras atinentes à interceptação das comunicações telefônicas.

Consoante disposto no art. 8º-A, §5º, da Lei n. 9.296/96, são aplicáveis subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.

15.9. Licitude das gravações ambientais clandestinas.

Quanto à (i) licitude da gravação ambiental clandestina, é ponto pacífico na doutrina que, por força do princípio da proporcionalidade, a divulgação de gravação sub-reptícia de conversa própria reputa-se lícita quando for usada para comprovar a inocência do acusado, ou quando houver investida criminosa de um dos interlocutores contra o outro. Assim é que deve ser considerada válida uma gravação clandestina em um crime de extorsão, quando produzida para comprovar a inocência do extorquido. Não há falar, portanto, em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversa por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime.

Daí ter concluído o Supremo que é lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando

135. A integridade da gravação pode ser aferida pela integralidade e continuidade das conversas e imagens captadas.

interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Afinal de contas, se a linha telefônica está sendo utilizada como instrumento para a prática de crimes, há de se reputar válida a gravação da conversa telefônica pela vítima.[136]

À exceção dessas hipóteses, há intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto à validade da prova obtida por meio de gravações clandestinas.

De um lado, parte da doutrina sustenta que gravações clandestinas representam patente violação ao direito à intimidade, uma vez que um dos interlocutores não tem conhecimento da captação da conversa, o que as torna ilegal, ilícita e moralmente condenável, mormente se considerarmos que não há, no Brasil, lei expressa admitindo-as. Se um dos interlocutores não tinha consciência da gravação, tal prova seria imoral por dois motivos: a uma, porque haveria má-fé de quem colhe a prova, já que usa de aparato visando iludir o outro interlocutor, enganando-o, já que não sabe da gravação; a duas, porque a prova pode ser induzida, já que aquele que conduz a conversa ou a gravação tem a possibilidade de obter a resposta desejada por meio astucioso.[137]

Nesse contexto, na Ação Penal nº 307/DF, o STF concluiu pela inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica, obtidos por meios ilícitos (art. 5., LVI, da Constituição Federal), por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5º, X, da CF).[138]

Confirmando esse entendimento de que a análise da licitude (ou não) da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser casuística, ou seja, feita de acordo com as peculiaridades do caso concreto, o STJ considerou ilícita a gravação de conversa telefônica realizada pela amásia do réu, tão-somente com o intuito de responsabilizá-lo pelo crime, uma vez que a vítima do homicídio era pessoa com quem ela mantinha relação amorosa. Isso porque tal prova fora colhida com indevida violação de privacidade (art. 5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa.[139]

Com a devida vênia, a nosso juízo, não se cuidando de interceptação ambiental ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada pelo agente, há de se admitir a gravação clandestina como prova válida, nos moldes do que preconiza o art. 422 do CPC: "Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida".

Reconhecido o direito de toda pessoa de gravar sua própria conversa, a gravação clandestina deve ser considerada prova lícita, salvo se sua obtenção violar princípios e garantias constitucionais, tais como o direito à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, à vedação da tortura e tratamentos desumanos e degradantes, ao direito ao silêncio, entre outros. Assim, a gravação clandestina será considerada ilícita quando o conteúdo da comunicação se referir a assunto que goza de sigilo profissional ou funcional protegido penalmente. Ainda que não haja proteção penal, pode tratar-se de sigilo implícito, como as intimidades que um amigo relata a outro, cuja revelação pode violar o direito fundamental à intimidade, salvo se feita para atender direito próprio ou por quem o sigilo protege.[140]

Logo, desde que não haja, na conversa objeto da gravação clandestina, o direito à reserva (obrigação de guardar segredo), a parte contrária pode utilizá-la validamente em juízo. A verificação da configuração (ou não) do caráter reservado da comunicação deve ser extraído, de forma objetiva,

136. STF, Tribunal Pleno, HC 75.388/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11/03/1998, DJ 25/09/1998. Com entendimento semelhante, porém efetuada por vítima de concussão: STF, 1ª Turma, RE 212.081/RO, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 05/12/1997, DJ 27/03/1998. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/06/1997, DJ 15/08/1997; STF, 1ª Turma, HC 75.261/MG, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 24/06/1997, DJ22/08/1997; STF, 1ª Turma, HC 87.341/PR, Rel. Min. Eros Grau, j. 07/02/2006, DJ 03/03/2006.

137. É nesse sentido a posição de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha: *Da prova no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 58. Na mesma linha, segundo Luiz Flávio Gomes (op. cit. p. 427), não se pode divulgar o conteúdo de uma gravação. A isso se dá o nome de **direito à reserva**, que se distingue do **direito ao segredo**: neste o que se visa é evitar que um terceiro capte a comunicação alheia; por aquele o que pretende é a não divulgação daquilo que foi gravado clandestinamente. A divulgação indevida configura o delito previsto no art. 153 do CP. Quem divulga, sem justa causa, o conteúdo de uma gravação clandestina, está praticando um ilícito penal.

138. STF, Tribunal Pleno, AP 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13/12/1994, DJ 13/10/1995.

139. STJ, 5ª Turma, HC 57.961/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21/06/2007, DJ 12/11/2007, p. 242.

140. No sentido de que a gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa: STF, 2ª Turma, AI 503.617 AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01/02/2005, DJ 04/03/2005 p. 30.

de suas características, especialmente do local em que seja realizada, da forma de sua exteriorização e das cautelas dos interlocutores, que visam a resguardar o seu conteúdo. Outrossim, ainda que a gravação seja considerada ilícita, havendo outro interesse jurídico mais relevante que a proteção à intimidade, como a vida ou o direito à ampla defesa, há de se considerar lícita a gravação, por força do princípio da proporcionalidade.

No âmbito dos Tribunais, o *leading case* na matéria diz respeito a ex-ministro do Trabalho acusado de corrupção, sendo que a principal prova era uma gravação clandestina efetuada por um ex-assessor durante uma reunião. O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu pelo recebimento da denúncia com base na gravação clandestina.[141] Em julgado mais recente, a maioria do Plenário do Supremo também concluiu que é lícita a gravação ambiental de diálogo realizada por um dos interlocutores.[142]

Em síntese, como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica (ou ambiental) realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.[143]

Especificamente em relação à gravação ambiental de eventual confissão do suspeito, investigado, preso, ou acusado, sem prévia e formal advertência quanto ao direito ao silêncio, jurisprudência e doutrina, todavia, prevalece o entendimento de que se trata de prova ilícita em razão da lesão ao princípio que veda a autoincriminação.[144] Convém ressalvar, no entanto, que eventual gravação clandestina de conversa informal do preso com policiais, em que sejam incriminados terceiros, não está acobertada pelo referido direito. Como já decidiu o Supremo, à gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheceriam, não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas, mas, em tese, o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual entretanto, não aproveita a terceiros, objeto da delação de corréus.[145]

> **Art. 9º** A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.
>
> **Parágrafo único.** O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

16. INCIDENTE DE INUTILIZAÇÃO DA GRAVAÇÃO QUE NÃO INTERESSAR AO PROCESSO.

Ao longo da execução das diligências relativas à interceptação telefônica, serão objeto de gravação uma infinidade de comunicações que não guardam qualquer pertinência com a prova almejada. Verificada, assim, a imprestabilidade dessas gravações, deve a autoridade judiciária determinar sua inutilização, preservando-se o direito à intimidade e à vida privada das pessoas cujas conversas foram gravadas, mas cujo conteúdo não interessa à situação objeto de investigação.

O requerimento para a inutilização das gravações pode ser formulado pelo Ministério Público ou pela parte interessada, aqui compreendida como qualquer pessoa que demonstre legítimo interesse na destruição das gravações, seja o investigado ou mesmo um terceiro que tenha se comunicado com o sujeito passivo da interceptação. Esse requerimento pode ser formulado no curso das investigações ou durante a instrução processual.

141. STF, Tribunal Pleno, Inq. 657/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 30/09/1993, DJ 19/11/1993. Em outro julgado, relatado pelo Min. Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legalidade de prova constante de gravação em fita magnética: STF, 2ª Turma, HC 69.204, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26/05/1992, DJ04/09/1992. Na visão do STJ, "a gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que imprescinde de autorização judicial (Precedentes do STF e do STJ)". (STJ, 5ª Turma, RHC 19.136/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 20/03/2007, DJ 14/05/2007 p. 332). Também: STJ, 5ª Turma, RMS 19.785/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10/10/2006, DJ 30/10/2006 p. 335; STJ, 5ª Turma, RHC 14.041/PA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 20/11/2003, DJ 09/12/2003, p. 296; STJ, 5ª Turma, REsp 214.089/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16/03/2000, DJ 17/04/2000 p. 78; STJ, 5ª Turma, HC 33.110/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 27/04/2004, DJ 24/05/2004 p. 318.

142. STF, Tribunal Pleno, AP 447/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 18/02/2009, DJe 99 28/05/2009.

143. STF, 2ª Turma, RE 402.717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/12/2008, DJe 30 12/02/2009.

144. STF, 1ª Turma, HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30/10/2001, DJ 14/12/2001. Na mesma linha, de acordo com o STJ (6ª Turma, HC 244.977/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 25/9/2012), é ilícita a gravação de conversa informal entre os policiais e o conduzido ocorrida quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, se não houver prévia comunicação do direito de permanecer em silêncio. Portanto, ainda que formalmente seja consignado, no auto de prisão em flagrante, que o indiciado exerceu o direito de permanecer calado, evidencia ofensa ao direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, LXIII) se não lhe foi avisada previamente, por ocasião de diálogo gravado com os policiais, a existência desse direito.

145. STF, 1ª Turma, HC 69.818/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03/11/1992, DJ 27/11/1992. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 73.513/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 26/03/1996, DJ 04/10/1996.

Como dispõe a própria lei, deve haver uma decisão judicial determinando a inutilização da gravação, sendo que, a nosso ver, a destruição somente será possível após a preclusão da referida decisão, sendo facultado ao Ministério Público e à parte interessada acompanhar o incidente de inutilização.

Contra a decisão que defere (ou não) a inutilização da gravação, o recurso adequado será o de apelação, já que se trata de decisão com força de definitiva não listada no rol do art. 581 do CPP. Em relação ao terceiro, que também tem interesse na destruição das gravações de conversas impertinentes e irrelevantes para a prova, caso seu pedido não seja atendido pelo juiz, poderá impetrar mandado de segurança contra o ato jurisdicional que indeferir sua pretensão à preservação da intimidade.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: (Redação dada pela Lei n. 13.869, de 2019)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei n. 13.869, de 2019)

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei. (Incluído pela Lei n. 13.869, de 2019)

Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

17. CONDUTAS DELITUOSAS PREVISTAS NA LEI N. 9.296/96.

Em sua redação original, o art. 10 da Lei n. 9.296/96 incriminava a seguinte conduta delituosa: "Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei".

Com a entrada em vigor da nova Lei de Abuso de Autoridade no dia 3 de janeiro de 2020, ao referido tipo penal foram acrescentadas mais duas condutas delituosas, quais sejam, promover escuta ambiental sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (caput), e determinar, a autoridade judicial, a execução de quaisquer condutas previstas no *caput* do art. 10 da Lei n. 9.296/96 com objetivo não autorizado em lei (parágrafo único).

Ocorre que, mais recentemente ainda, surge o Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), com vigência a partir do dia 23 de janeiro de 2020, produzindo, especificamente quanto ao tema ora trabalhado, mais uma controvérsia, qual seja, a introdução da novel figura delituosa do art. 10-A da Lei n. 9.296/96: "Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: Pena – reclusão, de 2 a 4 anos, e multa".

Impõe-se, portanto, a análise dos tipos penais dos arts. 10 e 10-A da Lei n. 9.296/96, separadamente. Antes, porém, são válidas algumas observações quanto a ambos os delitos:

a) todas as condutas delituosas dos arts. 10 e 10-A da Lei n. 9.296/96 são punidas exclusivamente a título doloso (direto ou eventual), cujo juízo de tipicidade independe da comprovação do especial fim de agir previsto no art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19, já que tais infrações penais não podem ser rotuladas como crimes de "abuso de autoridade";

b) como os arts. 10 e 10-A da Lei nº 9.296/96 não fazem qualquer ressalva, o ideal é concluir que estamos diante de crimes de ação penal pública incondicionada;

c) pelo menos em regra, compete à Justiça Estadual Comum processar e julgar ambos os delitos, pois não se evidencia, à primeira vista, ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias, ou empresas públicas.[146] Evidentemente, se o crime for perpetrado por funcionários públicos federais no exercício da função, o processo e julgamento

146. Nesse sentido, referindo-se ao crime do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.296/96, em sua redação original: STJ, 3ª Seção, CC 98.890/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 20/02/2009.

do feito deve ficar a cargo da Justiça Federal, tal qual disposto na **súmula nº 254 do extinto Tribunal Federal de Recursos** ("Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionadas").

17.1. Realização de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, sem autorização judicial.

Para a caracterização desse delito, previsto no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.296/96, basta a captação ilegal da comunicação telefônica (de informática ou telemática) alheia sem o conhecimento dos comunicadores, sendo desnecessário que as informações sejam divulgadas.

Não haverá crime se a gravação telefônica for feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro interlocutor, já que o tipo penal faz referência expressa apenas à interceptação. No entanto, apesar de a gravação clandestina não caracterizar o crime do art. 10 da Lei nº 9.296/96, a posterior revelação do conteúdo da comunicação pode configurar o crime do art. 153 do Código Penal.

Na hipótese de uma mesma pessoa realizar a interceptação telefônica ilegal e, na sequência, divulgar seu conteúdo, haverá crime único do art. 10, já que, por força do princípio da consunção, o crime do art. 151, § 1º, II, do CP, deve ser tratado como mero exaurimento da conduta antecedente, já que não implica nova lesão ao bem jurídico tutelado, mas sim mero incremento da lesão já sofrida.

Trata-se de crime comum, já que qualquer pessoa pode realizar interceptação de comunicações telefônicas sem autorização judicial. Para a tipificação do delito, a interceptação telefônica deve ser feita sem autorização judicial. O crime consuma-se no exato momento em que o agente toma conhecimento da comunicação alheia, pouco importando o conteúdo das conversas e o fato de ter havido (ou não) a gravação das comunicações interceptadas.

17.2. Realização de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, com objetivos não autorizados em lei.

Ao contrário da hipótese anterior, a interceptação neste caso é realizada com prévia autorização judicial, porém com a finalidade de atingir objetivos não autorizados em lei, ou seja, a medida é levada a efeito com patente desvio de finalidade (v.g., infidelidade matrimonial, fins político-partidários).

Logo, se houver autorização judicial para uma interceptação das comunicações telefônicas (de informática ou telemática) com objetivos diversos daqueles estabelecidos na Constituição Federal e na Lei nº 9.296/96 – para fins de investigação criminal ou instrução processual penal –, este desvio de finalidade será punido com as sanções previstas no art. 10, caput, da Lei n. 9.296/96, quais sejam, reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Nos mesmos moldes que a figura anterior, também se trata de crime comum, já que pode ser praticado por qualquer pessoa (v.g., autoridade policial, Promotor de Justiça, e até mesmo o próprio juiz).

17.3. Promoção de escuta ambiental sem autorização judicial.

Como exposto anteriormente, em sua redação original, o art. 10, *caput*, da Lei n. 9.296/96 criminalizava tão somente a realização de interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Eis que surge, então, o art. 41 da nova Lei de Abuso de Autoridade para acrescentar ao referido tipo penal duas novas figuras delituosas: a promoção de escuta ambiental sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Enquanto as duas figuras anteriores versam exclusivamente sobre a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, estas duas últimas cuidam da escuta ambiental. Diferenciam-se, portanto, quanto à espécie de comunicação.

Ocorre que, mais recentemente ainda, o recém aprovado "Pacote Anticrime" (Lei n. 13.964/19) acrescentou à Lei n. 9.296/96 um novo crime: "Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. §1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores. §2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial".

Como, então, conciliar a novel figura delituosa da Lei n. 9.296/96 – art. 10-A – com a mudança introduzida no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.296/96 pela Lei n. 13.869/19?

A nosso juízo, pelo menos em relação à captação ambiental sem autorização judicial, o art. 10-A da Lei n. 9.296/96 passa a funcionar como norma especial em relação ao art. 10, caput, da Lei n. 9.296/96, produzindo, neste ponto, sua revogação tácita, nos exatos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro ("A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior"). Ou seja, especificamente quanto à matéria ora tratada, o art. 10, caput, da Lei n. 9.296/96, com redação alterada pela nova Lei de Abuso de Autoridade, vigorou apenas entre a data da vigência da Lei n. 13.869/19, in casu, no dia 3 de janeiro de 2020, e a data da entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, qual seja, 23 de janeiro de 2020. Por outro lado, como o novel crime do art. 10-A da Lei n. 9.296/96 versa apenas sobre a realização de captação ambiental sem autorização judicial, silenciando, porém, quanto à determinação da medida com objetivos não autorizados em lei, parece-nos que, neste ponto, subsiste vigente e válido o art. 10, caput, da Lei n. 9.296/96, com redação dada pela Lei n. 13.869/19. Enfim, realizada captação ambiental sem autorização judicial, o agente deverá responder pelo crime do art. 10-A da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19. Se, todavia, esta mesma captação ambiental for realizada com autorização judicial, porém com objetivos não autorizados em lei, o correto enquadramento típico deverá ser feito à luz do art. 10, caput, da Lei n. 9.296/96, com redação dada pela Lei n. 13.869/19.

Como exposto anteriormente, sem embargo da redação conferida ao art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 pela Lei n. 13.964/19, o tipo penal do art. 10-A da Lei n. 9.296/96 deve ser interpretado restritivamente para fins de se concluir que tal delito restará tipificado tão somente quando se tratar de interceptação (ou escuta) ambiental sem prévia autorização judicial realizada em lugar privado ou em local público, mas, neste caso, tão somente quando houver expectativa de privacidade. Do contrário, ou seja, se se concluir que toda e qualquer interceptação (ou escuta) ambiental sem autorização judicial prévia teria o condão de subsumir à novel figura delituosa, ainda que realizada em local público, chegaríamos à conclusão absurda de que, doravante, condutas absolutamente neutras, insignificantes e irrelevantes, como, por exemplo, a colocação de uma câmera de vigilância na portaria de entrada de um prédio residencial, subsumir-se-iam ao tipo penal do art. 10-A da Lei n. 9.296/96, o que, à evidência, não parece ter sido o objetivo do legislador responsável pela elaboração do Projeto Anticrime.

17.4. Promoção de escuta ambiental com objetivos não autorizados em lei.

Como exposto no tópico anterior, esta conduta delituosa continua prevista no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.296/96, com redação dada pela Lei n. 13.869/19, não tendo sido revogada em virtude da entrada em vigor da novel figura delituosa do art. 10-A da Lei n. 9.296/96, vez que esta versa apenas sobre a captação ambiental sem autorização judicial, silenciando quanto àquela levada a efeito com objetivos não autorizados em lei. À semelhança da interceptação telefônica realizada com objetivos não autorizados em lei, esta figura delituosa restará caracterizada quando a captação ambiental for levada a efeito com patente desvio de finalidade.

17.5. Quebra de segredo de justiça.

Por força do art. 8º da Lei nº 9.296/96, deve ser preservado o sigilo das diligências, gravações e transcrições referentes às interceptações telefônicas. Esse regramento também é válido para a interceptação ambiental, *ex vi* do art. 8º-A, §5º, da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19. Logo, se alguém infringir, violar ou transgredir este segredo de justiça imposto por lei, deverá responder pelo crime do art. 10, caput, da Lei n. 9.296/96, quando se tratar de comunicação telefônica. Quando se tratar de comunicação ambiental, esta quebra do segredo de justiça tipificará o crime do art. 10-A, §2º, da Lei n. 9.296/96 ("A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial").

Ao contrário das hipóteses anteriores, cuida-se de crime próprio, vez que o sujeito ativo do delito só pode ser aquele que, legitimamente, tomou conhecimento de uma interceptação telefônica ou ambiental (ou de seu resultado) em virtude do exercício de cargo (v.g., autoridade policial, Promotor de Justiça e Juiz), função (v.g., perito) ou profissão (v.g., empregado das concessionárias de telefonia requisitado para a execução da interceptação telefônica). Não se trata de crime funcional, porquanto o sujeito ativo não precisa ser necessariamente funcionário público. Com efeito, o próprio advogado do acusado pode responder pelo crime sob comento, desde que seja responsável pela divulgação indevida das comunicações interceptadas. Trata-se, pois, de norma especial em relação aos arts. 154 e 325 do Código

Penal. Consuma-se o crime no momento exato em que o agente revela a terceiros a existência de uma interceptação telefônica (ou ambiental), violando o segredo externo e a publicidade restrita a que se refere o art. 8º da Lei nº 9.296/96, ou quando revela o conteúdo das gravações e transcrições realizadas.

17.6. Determinação das condutas previstas no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.296/96 pela autoridade judiciária com objetivo não autorizado em lei.

O art. 41 da Lei n. 13.869/19 acrescentou um parágrafo único ao art. 10 da Lei n. 9.296/96, segundo o qual "incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei". De maneira idêntica ao crime anterior, também estamos diante de um crime próprio, porém cujo sujeito ativo deverá ser exclusivamente a autoridade judiciária. Nesse caso, a ordem judicial responsável pela execução de uma das condutas previstas no caput do art. 10 é proferida com a finalidade de atingir objetivos não autorizados em lei, ou seja, a medida é levada a efeito com patente desvio de finalidade. Partindo da premissa de que a Constituição Federal (art. 5º, XII) e a Lei n. 9.296/96 (art. 1º) autorizam a interceptação telefônica exclusivamente para fins de investigação ou instrução processual penal, e que o art. 8º-A, caput, da Lei n. 9.296/96 autoriza a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal, o ideal é concluir, então, que o crime restará caracterizado quando a ordem judicial em questão for proferida para a consecução de finalidade diversa (v.g., infidelidade matrimonial, fins político-partidários).

> **Art. 11.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> **Art. 12.** Revogam-se as disposições em contrário.
>
> Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.
>
> **FERNANDO HENRIQUE CARDOSO**
>
> **Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 25.7.1996**

18. DIREITO INTERTEMPORAL E LEI Nº 9.296/96.

Durante anos, reivindicou-se no Brasil a regulamentação da interceptação telefônica, na medida em que o preceito do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal não era considerado autoaplicável. De fato, a partir do momento em que a Constituição Federal facultara a quebra do sigilo das comunicações telefônicas "*por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*" (art. 5º, XII), tornara-se indispensável a existência de estatuto jurídico específico para as interceptações telefônicas.

Estávamos diante de uma reserva legal, aliás, reserva legal qualificada, porque o constituinte não só estabeleceu a necessidade de uma lei para se admitir a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas, como também fixou algumas exigências mínimas (fins de investigação criminal ou instrução penal e ordem judicial). Assim, em 25 de julho de 1996, entrou em vigor a Lei nº 9.296/96.

Em relação ao art. 10 da Lei nº 9.296/96, *novatio legis* incriminadora que versa sobre o delito de realização de interceptação telefônica ou quebra de segredo da Justiça sem autorização judicial, dúvidas não restam quanto à aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL), estando o âmbito de incidência da novel figura delituosa limitado aos fatos ocorridos a partir de 25 de julho de 1996.

À exceção do art. 10 da Lei nº 9.296/96, dispositivo de natureza penal, ao qual se aplica a regra de direito intertemporal do art. 5º, XL, da Constituição Federal, os demais dispositivos da Lei nº 9.296/96 têm natureza genuinamente processual, não afetando o direito de liberdade do agente. Em relação a eles, incide o princípio da aplicação imediata (*tempus regit actum*), nos exatos termos do art. 2º do CPP.

Logo, mesmo que o crime tivesse sido cometido antes de 25 de julho de 1996, seria possível a determinação da interceptação telefônica, seja no curso da investigação criminal, seja no curso da instrução processual penal, desde que a autorização judicial fosse determinada após a vigência e nos exatos termos da Lei nº 9.296/96. Isso não significa dizer, todavia, que a Lei nº 9.296/96 teve o condão de convalidar ou legitimar interceptações telefônicas autorizadas em momento anterior à sua vigência.[147]

Apesar de a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XII) ter autorizado que *a lei* dispusesse sobre a interceptação telefônica para fins de investigação

147. No mesmo sentido: v. Damásio E. de Jesus, Interceptação de comunicações telefônicas, RT 735, p. 458-473.

criminal ou instrução processual penal, a lei específica sobre o assunto só entrou em vigor quase 8 (oito) anos depois, em 25/07/96 (Lei nº 9.296/96). Durante esse período, e mesmo antes da vigência da Constituição Federal, foi usado como permissivo para interceptações telefônicas o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), cujo art. 57, inciso II, alínea "e", previa que não constituiria violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Não obstante o dispositivo do Código Brasileiro de Telecomunicações, sempre prevaleceu nos Tribunais Superiores o entendimento de que tal dispositivo não fora recepcionado pela Constituição Federal. Por força do art. 5º, XII, da Magna Carta, era necessária a edição de lei específica para que, *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecesse,* pudesse o juiz autorizar a interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.[148]

Com efeito, em virtude do art. 5º, XII, da Constituição Federal, a interceptação das comunicações telefônicas só poderia ser determinada se presentes três requisitos: a) ordem judicial autorizadora; b) finalidade de colheita de evidências para instruir investigação criminal ou processo penal; e c) existência de lei específica prevendo as hipóteses em que a quebra será permitida. À exceção do primeiro requisito, que se refere à necessidade de autorização judicial, os demais não estavam presentes enquanto não editada a Lei nº 9.296/96, faltando, assim, a disciplina da duração das interceptações, da realização da gravação, da introdução do seu resultado como meio de prova, da documentação e registro das operações, da comunicação ao juiz competente, do processamento do contraditório, da possibilidade de impugnação da autenticidade da conversa, da identidade da voz, etc.

Logo, se o art. 57, inciso II, alínea "e", da Lei nº 4.117/62 foi tido como não recepcionado pela Constituição Federal, todo e qualquer elemento probatório colhido com base em interceptação telefônica judicialmente autorizada em momento anterior à vigência da Lei nº 9.296/96 foi considerado como prova ilícita, assim como as provas dele decorrentes (teoria dos frutos da árvore envenenada), *in verbis:* "O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é autoaplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas".[149]

148. Como observa Luiz Flávio Gomes, "no que concerne especificamente ao mencionado inciso XII, aliás, para além da pura legalidade, a doutrina nele vislumbra a exigência de uma "reserva legal qualificada" (qualifizierter Gesestzesvorberalt), isto é, não só era preciso uma lei para limitar o direito ao sigilo nas comunicações telefônicas, senão, sobretudo, fazia-se necessário sua estrita vinculação aos requisitos estabelecidos na constituição (finalidade, formas, hipóteses). Lei qualificada, portanto, é a que deve atender a uma série de exigências vinculantes (impostas por outra norma jurídica, normalmente de cunho constitucional)". (*Legislação criminal especial.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 412).

149. STF, Tribunal Pleno, HC 72.588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12/06/1996, DJ 04/08/00. No mesmo sentido: STF, Tribunal Pleno, HC 69.912/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/12/1993, DJ 25/03/1994; STF, 2ª Turma, HC 74.116/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05/11/1996, DJ 14/03/1997; STF, 2ª Turma, HC 81.494/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05/03/02, DJ12/04/02; STJ, 5ª Turma, REsp 225.450/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/02/2000, DJ 08/03/2000, p. 145.

INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS

LEI 4.947/1966

Fixa normas de Direito Agrário, dispõe sobre o sistema de organização e funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, e dá outras providências.

Art. 20. Invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios:

Pena: Detenção de 6 meses a 3 anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, com idêntico propósito, invadir terras de órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, destinadas à Reforma Agrária.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

A Lei n. 4.947, de 6 de abril de 1966, estabelece normas de Direito Agrário e de ordenamento, disciplinação, fiscalização e controle dos atos e fatos administrativos relativos ao planejamento e à implantação da Reforma Agrária. Com o objetivo de evitar a atividade dos denominados *posseiros*, que desvirtuam a ação do governo destinada à divisão justa dos lotes na reforma agrária, o art. 20 do referido diploma normativo tipifica, então, a conduta de "invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios".

2. BEM JURÍDICO TUTELADO.

O bem jurídico tutelado é o patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios. A propósito, convém lembrar que a Constituição Federal não apenas assegura o direito de propriedade (art. 5º, XXII), como também dispõe explicitamente que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII). Há precedentes dos Tribunais de 2ª instância admitindo a aplicação do princípio da insignificância.[1]

3. SUJEITOS DO CRIME.

Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa. A depender das terras invadidas, o sujeito passivo poderá ser a União, os Estados ou os Municípios. Levando-se em consideração o teor do parágrafo único do art. 20, órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais proprietários de terras destinadas à reforma agrária também podem figurar como sujeito passivo do delito sob comento.

4. TIPO OBJETIVO.

O verbo núcleo do tipo é *invadir*, que deve ser compreendido como entrar à força, penetrar, fazer incursão, dominar, tomar, usurpar terra que sabe pertencer à União, Estados ou Municípios.

5. OBJETO MATERIAL.

O objeto material do crime do art. 20, *caput*, da Lei n. 4.947/66 são as terras (gleba de terra sem construção) da União, dos Estados ou dos Municípios. Quanto ao crime do art. 20, parágrafo único, o objeto material são as terras de órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, destinadas à Reforma Agrária.

6. TIPO SUBJETIVO.

O crime é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual), consubstanciado na vontade e consciência de invadir terras da União, dos Estados e dos Municípios, no caso do art. 20, *caput*, ou de órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, destinadas à reforma agrária, em relação ao crime do parágrafo único do art. 20.

1. Admitindo a aplicação do princípio da insignificância quanto ao crime do art. 20 da Lei n. 4.947/66 em caso concreto referente à construção de um singelo barraco em uma área de mangue localizada em uma área de preservação permanente: TRF5, HC 5.628/SE, Rel. Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, j. 07/10/2014, DJe 09/10/2014.

Por consequência, se o agente não tiver consciência de que as terras pertencem ao poder público, a invasão constituirá mero ilícito civil.

Nesse contexto, como já se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, (...) para fundamentar uma condenação é necessária a prova firme e incontestável da prática da infração penal, o que não ocorre no caso dos autos, já que ausente prova da intenção dos réus em ocupar terras de propriedade da União. O dolo eventual requer que o agente assuma o risco de produção do resultado, entretanto, a prova colhida no presente feito aponta para sentido diametralmente oposto àquele pretendido pela acusação. As invasões somente ocorriam em face da ausência de cerca que identificasse e delimitasse a área da *Reserva do Taim*, que mesmo erguida, em 1992, após determinação judicial, não foi corretamente conservada, tendo sido derrubada por ventos e outros eventos naturais, possibilitando assim o ingresso dos animais naquela área. Ausente, portanto, prova firme e indubitável da presença do elemento subjetivo do tipo, é de ser mantida a absolvição dos acusados".[2]

Para além do denominado *dolo genérico*, também se faz necessária a presença de um especial fim de agir de ocupação, que deve ser compreendido como a vontade de possuir a terra por prazo indeterminado. Portanto, como a intenção de ocupar as terras é elemento típico necessário à configuração do crime, se não restar comprovada a definitividade do ânimo de ocupação do agente, é de rigor o reconhecimento da atipicidade dos fatos.[3]

O elemento subjetivo já foi reconhecido pelos Tribunais de 2ª instância nas seguintes hipóteses: a) ingresso indevido do agente em área do Parque Nacional do Araguaia, pertencente à União, para fins de criação de gado;[4] b) invasão de terras da União com a intenção de ocupá-las, na área denominada Gleba I da antiga "Fazenda Lagoinha", na cidade de Presidente Epitácio/SP, local destinado à formação de reserva legal de quatro assentamentos do INCRA, sendo que o agente já havia estabelecido uma moradia provisória com a nítida intenção de explorar economicamente o local, já que o terreno estava preparado ou em preparação para a lavoura.[5]

Por outro lado, já se negou a existência do elemento subjetivo nos seguintes casos concretos: a) acusados que ingressaram no Parque Nacional do Iguaçu não para lá permanecerem, mas sim para assegurarem a abertura de uma estrada;[6] b) acusados teriam ocupado a área acreditando estar agindo dentro da legalidade, pois haviam adquirido a posse por meio de negócio oneroso de quem era conhecido como dono;[7] c) acusados teriam comprado uma determinada área do proprietário constante do registro imobiliário, que veio a ser anulado por fraude vários anos após a aquisição.[8]

Não há previsão da modalidade culposa.[9]

7. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.

A consumação do delito ocorre com a invasão das terras da União, dos Estados e dos Municípios, ou dos órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, destinadas à reforma agrária, ainda que seus respectivos titulares não sejam privados da posse. O crime é formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado.

Não há consenso na doutrina e na jurisprudência quanto à natureza instantânea ou permanente do delito, o que é de fundamental importância para fins de fixação do termo *a quo* da prescrição da pretensão punitiva abstrata. De fato, se considerarmos que se trata de crime instantâneo, a prescrição começa a fluir do dia em que o crime se consumar (CP, art. 111, I), ou seja, a partir do momento em que a invasão se consolidar, pouco importando o momento em que vier a cessar; se permanente, do dia em que cessar a permanência (CP, art. 111, II), é dizer, tão somente quando a ocupação tiver um fim. Vejamos, então, as duas posições acerca do tema:

2. TRF4, ACR 97.04.39565-5, PRIMEIRA TURMA, Relator FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA, DJ 09/06/1999. Reconhecendo a ausência de dolo na conduta de moradores de um loteamento, haja vista a regularidade das moradias, que por anos permaneceram no local sem qualquer manifestação da União, com *status* de verdadeiro bairro, com ruas pavimentadas, iluminação pública, esgotamento sanitário, etc.: TRF5, HC 4.281/SE, Rel. Desembargador Federal Manoel Erhardt, j. 28/04/2011, DJe 02/05/2011. No sentido de que não ocorre o crime do art. 20 da Lei n. 4.947/66 quando se adquire de particulares antigas posses, ainda que localizadas em terras públicas: TRF5, RCCR 382/RN, Rel. Desembargador Federal Petrucio Ferreira, j. 12/03/2002, DJ 18/10/2002. Afastando o crime do art. 20 em caso concreto em que o agente apenas sucedeu outra pessoa na posse antiga de terras públicas: TRF4, ACR 2003.72.07.001640-5, OITAVA TURMA, Relator ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, DJ 25/10/2006.

3. Nesse contexto: TRF4, ACR 2005.72.05.005242-5, OITAVA TURMA, Relator VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, D.E. 22/04/2010; TRF2, RSE 200851150001213, Rel. Desembargador Federal Messod Azulay Neto, j. 09/06/2009, DJ 19/06/2009.

4. TRF1, AC 1999.43.00.001563-3/TO, Rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado), j. 24/04/2007.

5. TRF3, HC 2159-13.2008.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, j. 11/03/2008, DJu 11/04/2008.

6. TRF4, INQ 2000.04.01.117808-5, QUARTA SEÇÃO, Relator FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA, DJ 23/01/2002.

7. TRF1, AC 2008.41.00.000964-2/RO, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 29/11/2011.

8. TRF1, AC 0003092-39.2006.4.01.3903, Rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, j. 05/08/2014.

9. No sentido de que o crime do art. 20 da Lei n. 4.947/66 não prevê a modalidade culposa: STJ, 5ª Turma, REsp 565.099/TO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 03/08/2004, DJ 30/08/2004 p. 323.

a) crime permanente: de um lado, há quem entenda que se trata de crime permanente, de modo que a consumação do delito se prolonga no tempo. Há precedente do STJ nesse sentido;[10]

b) crime instantâneo de efeitos permanentes: o ilícito delineado no artigo 20 da Lei n.º 4.947/66 é instantâneo, porquanto se exaure no ato de invadir com o *animus* de ocupar área pertencente à União, aos Estados ou aos Municípios, conduta que se encerra com a simples tomada do bem pelo invasor, embora seus efeitos continuem no tempo, em razão da ocupação que se instala a seguir.[11]

Quanto à controvérsia, pensamos ser perfeitamente possível utilizar o mesmo raciocínio que vem sendo feito pelos Tribunais Superiores no tocante ao denominado estelionato previdenciário (CP, art. 171, § 3º).[12] Explica-se: se a invasão de terras públicas for executada por alguém que, na sequência, permanece no terreno, cuida-se de crime permanente, porquanto a lesão contínua pode ser por ele interrompida a qualquer momento com a simples retirada do local. Todavia, se a invasão é perpetrada por terceiro que não permanece no local, é de se notar que tal agente não mais possui o domínio permanente dos fatos, razão pela qual, em relação a ele, trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes.

Por funcionar como espécie de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa.

8. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA.

Trata-se de crime comum; formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado (independe da lesão ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios); doloso; de forma livre; unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual; instantâneo ou permanente, quando a invasão se prolongar no tempo pela vontade do agente; plurissubsistente.

9. INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS, MOVIMENTOS SOCIAIS E REFORMA AGRÁRIA.

Tem se tornado rotina nos últimos anos as invasões de propriedades, notadamente aquelas situadas na zona rural. Tais condutas geralmente são praticadas por um número elevado de pessoas organizadas em movimentos sociais e, não raramente, fundadas em uma suposta má divisão de terras, rotuladas como improdutivas. Discute-se, então, acerca da legitimidade dessas invasões. Duas posições se formaram acerca da controvérsia:

a) **Legitimidade da invasão de terras:** de um lado, há quem entenda que tal conduta não se amolda à figura típica do art. 20 da Lei n. 4.947/66, por se tratar de movimento social destinado a pressionar as autoridades a dinamizar a reforma agrária, expediente que tangencia a guerra revolucionária, perturba a ordem pública e importa em ilícito civil, mas jamais teria o condão de tipificar o crime sob comento, porquanto ausente o elemento subjetivo;

b) **Ilegitimidade da invasão de terras (nossa posição)**: ainda que eventualmente amparadas em uma suposta busca pela reforma agrária e regular distribuição de terras no Brasil, a invasão de terras da União, dos Estados e Municípios, pode caracterizar o crime do art. 20 da Lei n. 4.947/66. Afinal, os direitos de opinião, reunião e associação não têm natureza absoluta, nem podem ser usados como escudo protetivo para atividades ilícitas.[13] Parece caminhar nesse sentido a jurisprudência, senão vejamos: "(...) O ESBULHO POSSESSÓRIO - MESMO TRATANDO-SE DE PROPRIEDADES ALEGADAMENTE IMPRODUTIVAS - CONSTITUI ATO REVESTIDO DE ILICITUDE JURÍDICA. - Revela-se contrária ao Direito, porque constitui atividade à margem da lei, sem qualquer vinculação ao sistema jurídico, a conduta daqueles que - particulares, movimentos ou organizações sociais - visam, pelo emprego arbitrário da força e pela ocupação ilícita de prédios públicos e de imóveis rurais, a constranger, de modo autoritário, o Poder Público a promover ações expropriatórias, para efeito de execução do programa de reforma agrária. - O processo de reforma agrária, em uma sociedade estruturada em bases democráticas, não pode ser implementado pelo uso arbitrário da força e pela prática de atos ilícitos de violação possessória, ainda que se cuide de imóveis alegadamente improdutivos, notadamente porque a Constituição da República - ao amparar o proprietário com a cláusula de garantia do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) - proclama que "ninguém será privado (...) de seus bens, sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV). - O respeito à lei e à autoridade da Constituição da República representa condição

10. STJ, HC 191.963/RN, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/09/2012, DJe 17/09/2012. No mesmo contexto: TRF1, HC 2001.01.00.043839-6/TO, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, j. 26/03/2002.

11. TRF4, ACR 2008.72.06.001455-0, OITAVA TURMA, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, D.E. 06/05/2010.

12. Referindo-se ao estelionato previdenciário, é firme a jurisprudência no sentido de que, enquanto a fraude perpetrada por terceiro consubstancia crime instantâneo de efeito permanente, a prática delituosa por parte do beneficiário da previdência, considerada relação jurídica continuada, é enquadrável como permanente, renovando-se ante a periodicidade do benefício: STF, 1ª Turma, HC 99.112/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/04/2010, DJe 120 30/06/2010; STF, 1ª Turma, HC 102.049/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22/11/2011, DJe 234 09/12/2011; STF, 1ª Turma, HC 101.999/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24/05/2011, DJe 163 24/08/2011.

13. Com esse entendimento: BALTAZAR Jr, José Paulo. *Crimes federais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 513.

indispensável e necessária ao exercício da liberdade e à prática responsável da cidadania, nada podendo legitimar a ruptura da ordem jurídica, quer por atuação de movimentos sociais (qualquer que seja o perfil ideológico que ostentem), quer por iniciativa do Estado, ainda que se trate da efetivação da reforma agrária, pois, mesmo esta, depende, para viabilizar-se constitucionalmente, da necessária observância dos princípios e diretrizes que estruturam o ordenamento positivo nacional. - O esbulho possessório, além de qualificar-se como ilícito civil, também pode configurar situação revestida de tipicidade penal, caracterizando-se, desse modo, como ato criminoso (CP, art. 161, § 1º, II; Lei nº 4.947/66, art. 20). (...) O respeito à lei e a possibilidade de acesso à jurisdição do Estado (até mesmo para contestar a validade jurídica da própria Lei) constituem valores essenciais e necessários à preservação da ordem democrática. - A necessidade de respeito ao império da lei e a possibilidade de invocação da tutela jurisdicional do Estado - que constituem valores essenciais em uma sociedade democrática, estruturada sob a égide do princípio da liberdade - devem representar o sopro inspirador da harmonia social, além de significar um veto permanente a qualquer tipo de comportamento cuja motivação derive do intuito deliberado de praticar gestos inaceitáveis de violência e de ilicitude, como os atos de invasão da propriedade alheia e de desrespeito à autoridade das leis da República (...)".[14]

10. CONFLITO APARENTE DE NORMAS.

O delito do art. 20 da Lei n. 4.947/66 guarda certa semelhança com o crime de esbulho possessório, previsto no art. 161, §1º, inciso II, do Código Penal ("Invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório"). Como se percebe, ambos se caracterizam pela invasão de terreno ou edifício alheio e pela presença de dolo específico de ocupação. Diferenciam-se, todavia, pelo fato de o crime do art. 20 da Lei n. 4.947/66 não exigir o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, nem tampouco o concurso de agentes.[15]

Na visão do Superior Tribunal de Justiça, os delitos de alienação de coisa alheia como própria (CP, art. 171, I) e esbulho de bem da União (Lei n. 4.947/66, art. 20) absorvem o delito de loteamento clandestino, previsto no art. 50, I, parágrafo único, da Lei n. 6.766/79.[16] Não há, todavia, que se falar em aplicação do princípio da consunção, mas sim em concurso de crimes, quando a invasão das terras da União vier acompanhada da prática de algum crime ambiental.[17]

11. COMPETÊNCIA CRIMINAL.

A competência para o processo e julgamento do crime do art. 20 da Lei n. 4.947/66 depende da terra invadida. Se as terras em questão forem bens da União, como, por exemplo, os terrenos de marinha e seus acrescidos (CF, art. 20, VII), ou as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou de órgão ou entidade federal (v.g., do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA), a competência será da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal. A propósito, como já se pronunciou a 2ª Turma do STF, "(...) comprovado que a gleba pertence ao patrimônio da União, a competência para julgar e processar a ação é da justiça federal (...)".[18]

Por outro lado, se as terras pertencerem aos Estados ou Municípios (art. 20, *caput*), a seus respectivos órgãos ou entidades (art. 20, parágrafo único), ou se não houver lesão direta a bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais, a competência será da Justiça Comum Estadual. É nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "(...) os delitos perpetrados não trouxeram lesão a bens, serviços ou interesses da União, excluindo-se, assim, a competência da Justiça Federal, a teor do art. 109, IV da Constituição Federal. No caso, verifica-se que a propriedade das terras, objeto do esbulho possessório, é do INCRA, autarquia federal, não tendo a conduta delitiva apresentado ameaça à titularidade da terra, que mesmo invadida, continuou sendo da referida autarquia, prejudicadas

14. STF, Pleno, ADI 2.213 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/04/2002, DJ 23/04/2004.

15. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, RHC 12.970/TO, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17/12/2002, DJ 24/03/2003 p. 240.

16. STJ, 3ª Seção, CC 35.634/DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 08/09/2004, DJ 20/09/2004 p. 183.

17. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, RHC 12.970/TO, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17/12/2002, DJ 24/03/2003 p. 240.

18. STF, 2ª Turma, HC 84.102/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 31/08/2004, DJ 26/11/2004. Fixando a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do crime do art. 50 da Lei n. 6.766/69 (parcelamento do solo urbano) por se tratar de gleba integrada ao patrimônio da União: STF, Pleno, HC 84.103/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/08/2004, DJ 06/08/2004. Reconhecendo a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do crime do art. 20 da Lei n. 4.947/66 no caso de invasão de terrenos da marinha e seus acrescidos: TRF4, ACR 5014222-81.2011.4.04.7200, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 21/06/2018. Reconhecendo a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do crime do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 4.947/66, no caso de invasão de glebas pertencentes ao INCRA, que é uma autarquia federal, e destinadas à reforma agrária: TRF3, AC 20006112007468-1, Rel. Desembargadora Federal Cecília Mello, j. 17/05/2005, DJ 17/06/2005.

apenas as vítimas, que tiveram suas residências invadidas e de lá foram expulsas violentamente pelos réus. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, considerado inexistente o interesse do ente federal na causa, deve a Justiça estadual processar e julgar o feito, incidindo, na espécie, o enunciado da Súmula nº 150/STJ: "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença , no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas". (...)".[19]

19. STJ, 3ª Seção, CC 121.150/PR, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora convocada do TJ/PE –, j. 04/02/2013, DJe 20/02/2013. Reconhecendo a competência da Justiça Comum Estadual: a) para o processo e julgamento de crime de esbulho possessório de bem de propriedade de instituição financeira em liquidação extrajudicial (STJ, 3ª Seção, CC 2.181/BA, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, j. 03/10/1991, DJ 11/11/1991); b) para o processo e julgamento de crime de esbulho possessório que tenha por base litígio entre posseiros e invasores de terras públicas (STJ, 3ª Seção, CC 15.617/PA, Rel. Min. Vicente Leal, j. 24/04/1996, DJ 03/06/1996); c) para o processo e julgamento de crime de esbulho possessório que recaia sobre residência que tenha sido financiada pelo Sistema Financeiro de Habitação (STJ, 3ª Seção, CC 28.707/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 28/09/2005, DJ 05/10/2005).

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONDUZIDA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

LEI 12.830/2013

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

1. ORIGEM E OBJETO DA LEI Nº 12.830/13.

Infelizmente, o Brasil tem se tornado, nos últimos anos, refém de disputas institucionais e corporativas entre a Polícia e o Ministério Público. Por conta disso, duas instituições que, em tese, deveriam trabalhar em conjunto com o objetivo de buscar uma persecução penal mais eficiente são colocadas em lados opostos, o que, de certa forma, acaba contribuindo para o aumento da criminalidade no país.

Como a Constituição Federal veda o exercício de atividades político-partidárias por parte dos membros do Ministério Público (CF, art. 128, § 5º, II, "e"), e não o faz em relação aos Delegados de Polícia, é crescente o grau de influência da Polícia junto ao Congresso Nacional. Essa força de ingerência culminou com a proposta de Emenda Constitucional nº 37, que pretendia conferir exclusividade à Polícia para a investigação criminal. No entanto, como resultado da onda de protestos populares que se espalharam pelo país a partir de junho de 2013, o Congresso Nacional foi obrigado a rejeitar a PEC nº 37, *pelo menos por ora*. Diante do insucesso da PEC 37, surge, então, a Lei nº 12.830/13, que passa a dispor sobre a *investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia*.

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

2. FUNÇÕES DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA, JUDICIÁRIA E INVESTIGATIVA.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete, "a Polícia, instrumento da Administração, é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual".[1] Segundo a doutrina majoritária, são atribuídas à Polícia duas funções precípuas:

a) **Polícia Administrativa**: trata-se de atividade de cunho preventivo, ligada à segurança, visando impedir a prática de atos lesivos à sociedade;

b) **Polícia Judiciária**: cuida-se de função de caráter repressivo, auxiliando o Poder Judiciário. Sua atuação ocorre depois da prática de uma infração penal e tem como objetivo precípuo colher elementos de informação relativos à materialidade e à autoria do delito, propiciando que o titular da ação penal possa dar início à persecução penal em juízo. Nessa linha, dispõe o art. 4º, *caput*, do CPP, que a *polícia judiciária* será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Conquanto a doutrina, em sua maioria, faça referência à Polícia Judiciária como aquela à qual é atribuída a função de apurar as infrações penais

1. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 57.

e sua autoria, comungamos do entendimento de que funções de polícia judiciária não se confundem com funções de polícia investigativa. A despeito do teor do art. 4º, *caput*, do CPP, a Constituição Federal deixa clara a diferença entre funções de polícia judiciária e funções de polícia investigativa. Basta perceber que, ao se referir às atribuições da Polícia Federal, a Carta Magna diferencia as funções de polícia investigativa, previstas no art. 144, § 1º, I e II, das funções de polícia judiciária (CF, art. 144, § 1º, inciso IV). Com efeito, enquanto os incisos I e II do § 1º do art. 144 da Carta Magna outorgam à Polícia Federal atribuições para *apurar infrações penais* contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei, bem como prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e descaminho, o inciso IV estabelece que a Polícia Federal destina-se a exercer, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União. Ora, veja-se que a função investigativa está descrita nos dois primeiros incisos, de maneira distinta das funções de polícia judiciária. Seguindo a mesma linha, o art. 144, § 4º, da Constituição Federal, prevê que a Polícia Civil tem funções de polícia judiciária *e de apuração de infrações penais*. Veja-se que há uma clara distinção entre funções de polícia judiciária e funções de apuração de infrações penais.

Na esteira da Constituição Federal, a Lei nº 12.830/13 também parece distinguir as atribuições de *polícia judiciária* e *polícia investigativa*. A propósito, basta atentar para a redação do art. 2º, *caput*, da referida Lei, que dispõe que as funções de polícia judiciária *e a apuração de infrações penais* exercidas pelo Delegado de Polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

Como se percebe, a Constituição Federal e a Lei nº 12.830/13 estabelecem uma distinção entre as funções de polícia judiciária e as funções de polícia investigativa. Destarte, por funções de **polícia investigativa** devem ser compreendidas as atribuições ligadas à colheita de elementos informativos quanto à autoria e materialidade das infrações penais. A expressão **polícia judiciária** está relacionada às atribuições de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias relativas à execução de mandados de prisão, busca e apreensão, condução coercitiva de testemunhas, etc. Por se tratar de norma hierarquicamente superior, deve, então, a Constituição Federal, prevalecer sobre o teor do Código de Processo Penal (art. 4º, *caput*).[2]

Veja-se, então, que uma mesma Polícia pode exercer diversas funções. A título de exemplo, quando um Policial Militar anda fardado pelas ruas, age no exercício de funções de polícia administrativa, já que atua com o objetivo de evitar a prática de delitos. Por sua vez, supondo a prática de um crime militar por um policial militar do Estado de São Paulo, as investigações do delito ficarão a cargo da própria Polícia Militar em questão, cujo encarregado do Inquérito Policial Militar agirá no exercício de função de polícia investigativa. Por último, segundo o art. 8º, "c", do CPPM, incumbe à polícia judiciária militar cumprir os mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar, atribuição esta inerente às funções de polícia judiciária militar.

Apesar de acreditarmos que a Constituição Federal estabelece uma distinção entre polícia judiciária e polícia investigativa, somos obrigados a admitir que ainda prevalece na doutrina e na jurisprudência a utilização da expressão polícia judiciária para se referir ao exercício de atividades relacionadas à apuração da infração penal. Basta atentar para o teor da súmula vinculante nº 14 do Supremo: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em *procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária*, digam respeito ao exercício do direito de defesa".[3]

Independentemente dessa discussão, é certo dizer que as atividades investigatórias devem ser exercidas precipuamente por autoridades policiais, sendo vedada a participação de agentes estranhos aos quadros policiais, sob pena de violação do art. 144, § 1º, IV, da CF/1988, da Lei nº 9.883/1999, e dos arts. 4º e 157 e parágrafos do CPP. Por isso, os Tribunais vêm considerando que a execução de atos típicos de polícia investigativa como monitoramento eletrônico e telemático, bem como ação controlada, por agentes de órgão de inteligência (v.g., ABIN) sem autorização judicial, acarreta a ilicitude da provas assim obtidas.[4]

2. Nesse sentido: FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010. p. 173.

3. Perceba-se que a súmula não preza por uma terminologia muito apurada. Afinal, faz menção à *competência* de órgão de polícia judiciária, quando se sabe que competência é a medida e o limite da jurisdição, parcela do poder de julgar outorgada aos juízes. Trata-se, portanto, de expressão inapropriada para se referir à parcela de poder distribuída às autoridades administrativas, tecnicamente chamada de *atribuição*. No sentido da distinção entre função de polícia judiciária e polícia investigativa, confira-se: STJ, 6ª Turma, REsp 332.172/ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Dje 04/08/2008.

4. STJ, 5ª Turma, HC 149.250/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 07/06/2011, DJe 05/09/2011. Além

2.1. Natureza jurídica das funções de Polícia Judiciária e Investigativa.

Pelo menos até o advento da Lei nº 12.830/13, havia quem dissesse que as funções desempenhadas por um Delegado de Polícia não poderiam ser classificadas como jurídicas, sob o argumento de que se tratava de atividades materiais de segurança pública, consoante disposto no art. 144 da Constituição Federal.

Ora, se levarmos em consideração que o cargo de Delegado de Polícia é privativo de bacharel em Direito (Lei nº 12.830/13, art. 3º) e que o exercício de suas funções guarda relação direta com a aplicação concreta de normas jurídicas aos fatos que lhe são apresentados, como ocorre, por exemplo, com a lavratura de auto de prisão em flagrante, indiciamento, representação por decretação de medidas cautelares, é no mínimo estranho admitir que o exercício de tais funções não tenha natureza jurídica. Daí a importância do art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.830/13, que deixa evidente que as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são de *natureza jurídica*.

Se se trata de atividade jurídica, é evidente que, para fins de investidura no cargo de Delegado de Polícia, é indispensável que o agente seja bacharel em Direito. Nesse contexto, consoante disposto no art. 2º-B da Lei nº 9.266/96, acrescentado pela Lei nº 13.047/14, o ingresso no cargo de Delegado de Polícia Federal, realizado mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, é *privativo de bacharel em Direito* e exige 3 (três) anos de atividade jurídica ou policial, comprovados no ato de posse.

2.2. Exclusividade do Estado para o exercício da atividade policial.

O art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.830/13, também dispõe expressamente que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são essenciais e exclusivas do Estado, o que significa dizer que o Estado não pode transferir o exercício dessas funções à iniciativa privada. Em sentido semelhante, o art. 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 9.266/96, acrescentado pela Lei nº 13.047/14, dispõe que os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia Federal, autoridades policiais no âmbito da polícia judiciária da União, são responsáveis pela direção das atividades do órgão e exercem função de natureza jurídica e policial, *essencial e exclusiva de Estado*.[5]

Apesar de o art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.830/13, dispor que tais funções são essenciais e exclusivas do Estado, daí não se pode concluir que a investigação criminal seja uma atividade exclusiva das Polícias Civil e Federal. Com efeito, o art. 4º, parágrafo único, do CPP, que permanece em pleno vigor, acentua que a atribuição para a apuração das infrações penais e de sua autoria *não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função*. Há diversos órgãos que também podem desenvolver atividades investigatórias criminais, como, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o próprio Ministério Público. Na mesma linha, o art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.830/13, não impede a realização de *investigações criminais defensivas*.[6]

> **§ 1º** Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

3. CONDUÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL PELO DELEGADO DE POLÍCIA.

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pelo Delegado de Polícia, na

de instituir o Sistema Brasileiro de Inteligência, a Lei nº 9.883/99 também criou a Agência Brasileira de Inteligência, à qual compete: I – planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o Presidente da República; II – planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade; III – avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional; IV – promover o desenvolvimento de recursos humanos e da doutrina de inteligência, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento da atividade de inteligência (art. 4º). Por isso, no julgado acima referido, referente à operação "Satiagraha", o STJ considerou irregular a participação de dezenas de funcionários da ABIN e de ex-servidor do SNI em investigação conduzida pela Polícia Federal.

5. A Lei nº 13.047/14 também acrescentou o art. 2º-C à Lei nº 9.266/96, segundo o qual o cargo de Diretor Geral da Polícia Federal, nomeado pelo Presidente da República, é privativo de delegado de Polícia Federal integrante da classe especial.

6. Segundo André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan, a investigação defensiva pode ser definida como "o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante judicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consulente técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto a investigação ou acusações oficiais. (*A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva [ou do direito de defender-se provando]*, Boletim do IBCCrim, nº 137, p. 07).

qualidade de autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

Para fins de instauração de um inquérito policial, não há necessidade de prévia autorização judicial, independentemente da natureza do delito. Não por outro motivo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal se viu obrigado a deferir, em parte, pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, para suspender, até julgamento final da ação, a eficácia do art. 8º da Resolução 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral ("O inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante"). Ora, uma resolução do TSE não pode contrariar a lei, nem tampouco a Constituição Federal, seja exigindo, em matéria eleitoral, o que a lei não exigira ou proibira, seja distinguindo onde o próprio legislador não distinguira.[7]

O art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/13, demonstra que a autoridade policial a que se refere a legislação processual penal é o Delegado de Polícia, que deve conduzir as investigações criminais por meio de inquéritos policiais ou outros procedimentos investigatórios de atribuição da Polícia. Por conseguinte, admitida a possibilidade de outros órgãos realizarem investigações criminais, deverão fazê-lo por meio de instrumental diverso.

É o que ocorre, por exemplo, com o Ministério Público, que não tem atribuição para presidir o inquérito policial, usurpando atribuição exclusiva do Delegado de Polícia,[8] o que, no entanto, não significa dizer que o *Parquet* não tenha atribuições para realizar investigações criminais. Na verdade, a investigação criminal pode ser levada adiante pelo órgão ministerial através do denominado procedimento investigatório criminal, instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido por um membro do Ministério Público com atribuição criminal, que tem como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais, de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal (art. 1º da Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público).

> **§ 2º** Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

4. DISCRICIONARIEDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA NA CONDUÇÃO DO INQUÉRITO.

Ao contrário da fase judicial, em que há um rigor procedimental a ser observado, o inquérito policial é conduzido de maneira discricionária pela autoridade policial, que deve determinar o rumo das diligências de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Os arts. 6º e 7º do CPP contemplam um rol exemplificativo de diligências que podem ser determinadas pela autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal: conservação do local do fato delituoso, até a chegada dos peritos criminais; apreensão dos instrumentos e objetos que tiverem relação com o fato; colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; oitiva do ofendido; oitiva do indiciado; reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias; identificação do indiciado; averiguação da vida pregressa do indiciado; e reconstituição do fato delituoso.

Conquanto tais dispositivos enumerem várias diligências que podem ser determinadas pela

7. STF, Pleno, ADI 5.104 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21/05/2014.

8. Como já se pronunciou a 2ª Turma do STF, a Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). Porém, a norma constitucional não contemplou a possibilidade de o *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Portanto, não cabe aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas apenas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. (STF, 2ª Turma, RHC 81.326/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 06/05/2003, DJ 01º/08/2003).

autoridade policial, daí não se pode concluir que o Delegado de Polícia esteja obrigado a seguir uma marcha procedimental preestabelecida. Tem-se aí apenas uma sugestão das principais medidas que devem ser adotadas pela autoridade policial, o que não impede que o Delegado de Polícia defina estratégia e diligências diversas para a apuração da infração penal.

Discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei. Se a autoridade policial ultrapassa esses limites, sua atuação passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei. Logo, não se permite ao Delegado de Polícia a adoção de diligências investigatórias contrárias à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional. Portanto, quando o art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.830/13, dispõe que cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos, há de se lembrar que certas diligências investigatórias demandam prévia autorização judicial, sujeitas que estão à denominada cláusula de reserva de jurisdição (v.g., prisão temporária, mandado de busca domiciliar). Assim, apesar de o delegado de polícia ter discricionariedade para avaliar a necessidade de interceptação telefônica, não poderá fazê-lo sem autorização judicial. Nos mesmos moldes, por ocasião do interrogatório policial do investigado, deverá adverti-lo quanto ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII).

Nessa linha, especial atenção deve ser dispensada ao art. 14 do CPP, que prevê que "o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade". Interpretação gramatical do referido dispositivo poderia levar à conclusão de que fica ao puro alvedrio da autoridade policial determinar, ou não, eventuais diligências requeridas pelo investigado. Não obstante, essa discricionariedade da autoridade policial não tem caráter absoluto, sobretudo se considerarmos que o próprio art. 184 do CPP estabelece que, salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

Portanto, supondo que o delegado de polícia não tenha determinado a realização do exame de corpo de delito, malferindo a regra do art. 6º, VII, do CPP, o art. 14 c/c art. 184, ambos do CPP, não deixam dúvidas de que a autoridade policial não poderá negar a perícia requerida pelo investigado quando se tratar de exame destinado a comprovar a materialidade do delito. Entende-se, pois, que a autoridade policial não pode negar o requerimento de diligências que guardem importância e correlação com o esclarecimento dos fatos. Admite-se, *a contrario sensu*, o indeferimento de medidas inúteis, protelatórias ou desnecessárias, o que, por cautela, deve ser feito motivadamente.

De todo modo, caso uma diligência requerida pela defesa à autoridade policial não tenha sido realizada, assiste ao advogado a possibilidade de reiterar sua solicitação perante o juiz ou o Ministério Público, que poderão, então, requisitar sua realização à autoridade policial. Nessa linha, em caso concreto em que o requerimento formulado pelo investigado para oitiva de testemunhas e quebra de seu sigilo telefônico foi indeferido pela autoridade policial, concluiu a 6ª Turma do STJ ser cabível a impetração de *habeas corpus* com o objetivo de assegurar o cumprimento das referidas diligências, até mesmo de modo a se evitar apressado e errôneo juízo acerca da responsabilidade do investigado.[9]

4.1. Requisições ministeriais.

A legislação processual penal confere ao Delegado de Polícia discricionariedade para conduzir a investigação criminal por meio de inquérito policial, podendo, para tanto, requisitar perícias, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos (Lei nº 12.830/13, art. 2º, §§ 2º e 3º).

Essa discricionariedade, todavia, não é absoluta, sofrendo evidente mitigação diante de eventual requisição ministerial. Se o Ministério Público é o titular da ação penal pública (CF, art. 129, I), sendo, portanto, o destinatário, por excelência, dos elementos de informação produzidos no curso da investigação policial, não se pode negar ao *Parquet* a possibilidade de requisitar diligências imprescindíveis à formação da *opinio delicti*. Esse poder de requisição deriva diretamente da Constituição Federal: dentre as funções institucionais do Ministério Público, consta do art. 129, VIII, da CF, a possibilidade de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Na mesma linha, consoante disposto no art. 13, II, do CPP, que não foi revogado pela Lei nº 12.830/13, incumbe à autoridade policial realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público.

Requisição é a exigência para a realização de algo, fundamentada em lei, e não se confunde com ordem, porquanto o Promotor de Justiça e nem mesmo o Juiz são superiores hierárquicos do Delegado de Polícia, razão pela qual não podem

9. STJ, 6ª Turma, HC 69.405/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 23/10/2007, DJ 25/02/2008 p. 362.

lhe dar ordens. Na verdade, o Delegado de Polícia determina o cumprimento da exigência ministerial não para atender à vontade particular do Promotor de Justiça, mas sim em fiel observância ao princípio da obrigatoriedade, que impõe às autoridades estatais, inclusive Delegados de Polícia, um dever de agir de ofício diante da notícia de infração penal.

Essas diligências devem ser requisitadas pelo Ministério Público diretamente à autoridade policial (CPP, art. 13, II), ressalvadas as hipóteses em que houver necessidade de intervenção judicial (v.g., interceptação telefônica). Havendo necessidade dos autos para auxiliar no cumprimento das diligências, deve o Promotor requerer ao juiz a remessa dos autos à autoridade policial. Indeferindo o magistrado o pedido de devolução dos autos para novas e imprescindíveis diligências, caberá correição parcial. Afinal, não cabe ao Poder Judiciário, substituindo-se indevidamente ao titular da ação penal pública, formar juízo acerca da necessidade (ou não) da realização de determinadas diligências reputadas indispensáveis pelo *dominus litis* à formação de sua convicção acerca da prática de determinada infração penal.

À evidência, o Delegado de Polícia não é obrigado a atender requisições manifestamente ilegais. Aliás, ao tratar do poder de requisição ministerial, a própria Constituição Federal faz referência à indicação dos fundamentos jurídicos de sua manifestação. Nesse caso, fazendo-o de maneira fundamentada, incumbe ao Delegado se recusar a cumprir requisições manifestamente ilegais, comunicando a ocorrência ao respectivo Procurador-Geral de Justiça para as providências funcionais pertinentes.[10]

~~§ 3º O Delegado de Polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade.~~ (VETADO).

5. LIVRE CONDUÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL.

O § 3º do art. 2º da Lei nº 12.830/13 tinha o objetivo de conferir ao Delegado de Polícia o direito de conduzir a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico. Consequentemente, a decisão final acerca de eventuais diligências, ainda que requisitadas pelo Ministério Público durante o curso das investigações policiais, ficaria a critério do Delegado de Polícia, que poderia realizá-las (ou não).

À evidência, tal dispositivo entraria em rota de colisão com o poder de requisição do Ministério Público. Fosse possível que o Delegado de Polícia se recusasse a cumprir requisições ministeriais de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, ter-se-ia uma norma legal sobrepondo-se à norma constitucional de eficácia plena do art. 129, inciso VIII.

Por tais motivos, o § 3º do art. 2º da Lei nº 12.830/13 acabou sendo vetado pela Presidente da República. Vejamos as razões para o veto: "Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícias e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal".

Sem embargo do veto oposto ao § 3º do art. 2º da Lei nº 12.830/13, é certo concluir que o Delegado de Polícia, na qualidade de autoridade policial, continua conduzindo o inquérito policial de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade. Explica-se: o livre convencimento técnico-jurídico do Delegado de Polícia deriva do fato de o inquérito policial ser um procedimento discricionário (CPP, art. 14). A isenção e imparcialidade, por sua vez, são consectários lógicos dos princípios da impessoalidade e moralidade, previstos expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

§ 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

6. RESTRIÇÕES À AVOCAÇÃO OU REDISTRIBUIÇÃO DE INVESTIGAÇÕES POLICIAIS.

O dispositivo refere-se à avocação e à redistribuição. A avocação ocorre quando o superior hierárquico traz para si a condução de determinada investigação policial. De seu turno, na

10. Negando a prática do crime de desobediência e/ou prevaricação em recusa da autoridade administrativa em atender requisição ministerial manifestamente ilegal: STF, 2ª Turma, RE 205.473/AL, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 15/12/1998, DJ 19/03/1999.

redistribuição, um inquérito policial (ou termo circunstanciado) de atribuição de determinado Delegado de Polícia é deslocado para outra autoridade policial.

De modo a evitar avocações ou redistribuições casuísticas, o superior hierárquico – Delegado-Geral no âmbito da Polícia Civil, ou Superintendente Regional, no caso da Polícia Federal – deverá fundamentar eventual despacho de avocação ou redistribuição com base no interesse público (v.g., investigação que demande conhecimentos técnicos especializados, como, por exemplo, crimes informáticos), ou em virtude da inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação (ex.: descumprimento dos prazos para a conclusão das investigações).

§ 5º A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

7. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA REMOÇÃO DO DELEGADO.

Com o objetivo de evitar favorecimentos e perseguições em virtude do trabalho do Delegado de Polícia, o art. 2º, § 5º, da Lei nº 12.830/13, passa a exigir que o ato administrativo de remoção seja devidamente fundamentado, o que, em tese, permite a todos a verificação do motivo que deu ensejo ao referido ato.

Como o dispositivo não estabelece qualquer restrição, o ideal é concluir que a *remoção* a que ele se refere abrange não apenas a transferência de uma cidade para outra, mas também de uma delegacia para outra.

Se partirmos da premissa de que todo ato administrativo deve ser obrigatoriamente motivado, o legislador poderia ter aproveitado a Lei nº 12.830/13 para definir expressamente quais são as hipóteses que autorizam a remoção do Delegado de Polícia, evitando-se, assim, remoções *ex officio* sob o argumento de "necessidade do serviço", justificativa esta cuja veracidade nem sempre pode ser facilmente verificada pelo Poder Judiciário.

Se o dispositivo sob comento autoriza a remoção por meio de ato fundamentado, conclui-se, *a contrario sensu*, que Delegados de Polícia não são dotados da garantia da inamovibilidade. Afinal, quando é assegurada a inamovibilidade aos membros de determinada carreira, isso significa que a regra é a impossibilidade de remoção *ex officio*. Portanto, diversamente de membros do Poder Judiciário (CF, art. 95, II), do Ministério Público (CF, art. 128, § 5º, inciso I, alínea "b") e da Defensoria Pública (CF, art. 134, § 1º), que não podem ser removidos do juízo onde atuam nem afastados dos processos em que funcionam, senão por vontade própria ou por força do interesse público, Delegados de Polícia podem ser livremente removidos, desde que o respectivo ato administrativo seja fundamentado.[11]

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

8. INDICIAMENTO.

8.1. Conceito.

Indiciar é atribuir a autoria (ou participação) de uma infração penal a uma pessoa. É apontar uma pessoa como provável autora ou partícipe de um delito. Possui caráter ambíguo, constituindo-se, ao mesmo tempo, fonte de direitos, prerrogativas e garantias processuais (CF, art. 5º, LVII e LXIII), e fonte de ônus e deveres que representam alguma forma de constrangimento, além da inegável estigmatização social que a publicidade lhe imprime.

Produz efeitos extraprocessuais, pois aponta à sociedade a pessoa considerada pela autoridade policial como a provável autora do delito, ao mesmo passo que produz efeitos endoprocessuais, representados pela probabilidade de ser o indiciado o autor do delito, considerado antecedente lógico, mas não necessário, do oferecimento da peça acusatória.

O indiciado, então, não se confunde com um mero suspeito (ou investigado), nem tampouco com o acusado. Suspeito ou investigado é aquele em relação ao qual há frágeis indícios, ou seja, há mero juízo de possibilidade de autoria; indiciado é aquele que tem contra si indícios convergentes que o apontam como provável autor da infração penal, isto é, há juízo de probabilidade de autoria;

11. Com o objetivo de minimizar a vulnerabilidade dos Delegados de Polícia às ingerências políticas, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Emenda Constitucional que visa outorgar aos Delegados a garantia da inamovibilidade (PEC 293/2008).

recebida a peça acusatória pelo magistrado, surge a figura do acusado.

Em relação à possibilidade de indiciamento no âmbito dos Juizados, entende-se que, por força da simplicidade que norteia a própria investigação das infrações de menor potencial ofensivo, é inviável o indiciamento em sede de termo circunstanciado. Considerando a possibilidade de incidência das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95 (composição civil dos danos, transação penal, suspensão condicional do processo e representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa) e, tendo em conta que a imposição de pena restritiva de direitos ou multa nas hipóteses de transação penal não constará de certidão de antecedentes criminais (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 6º), revela-se inviável o indiciamento, já que tal ato acarretaria o registro da imputação nos assentamentos pessoais do indivíduo.

8.2. Momento.

A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final do delegado de polícia. Logo, uma vez recebida a peça acusatória, não será mais possível o indiciamento, já que se trata de ato próprio da fase investigatória. Os Tribunais Superiores têm considerado que o indiciamento formal após o recebimento da denúncia é causa de ilegal e desnecessário constrangimento à liberdade de locomoção, visto que não se justifica mais tal procedimento, próprio da fase inquisitorial.[12]

8.3. Espécies.

O indiciamento pode ser feito de maneira direta ou indireta: o indiciamento direto ocorre quando o indiciado está presente; o indiciamento indireto ocorre quando o indiciado está ausente (v.g., indiciado foragido). A regra é que o indiciamento seja feito na presença do investigado. No entanto, na hipótese de o investigado não ser localizado, por se encontrar em local incerto e não sabido, ou quando, regularmente intimado para o ato, deixar de comparecer injustificadamente, é possível a realização do indiciamento indireto.

8.4. Pressupostos.

Dada a importância do indiciamento como condição para o exercício do direito de defesa na fase investigatória e a possibilidade do advento de prejuízos à pessoa do indiciado, afigura-se indispensável a presença de elementos informativos acerca da materialidade e da autoria do delito.

Destarte, o indiciamento só pode ocorrer a partir do momento em que reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, quando, então, o delegado de polícia deve cientificar o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de "indiciado", respeitadas todas as garantias constitucionais e legais. Não se trata, pois, de ato arbitrário nem discricionário, já que, presentes elementos informativos apontando na direção do investigado, não resta à autoridade policial outra opção senão seu indiciamento.[13]

Apesar de não previsto pelo CPP, o indiciamento deve ser objeto de um ato formal, ante as implicações jurídicas que ocasiona para o *status* do indivíduo. Assim, o indiciamento funciona como um poder-dever da autoridade policial, uma vez convencida da concorrência dos seus pressupostos. Aliás, no Estado de São Paulo, a Portaria nº 18, de 25 de novembro de 1998, expedida pela Delegacia Geral de Polícia estabelece que o indiciamento deve ser precedido de despacho fundamentado da autoridade policial, indicando, com base nos elementos probatórios reunidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto à autoria delitiva e à classificação infracional atribuída ao fato (art. 5º, parágrafo único). A Instrução Normativa nº 11, de 27/06/2011, da Polícia Federal, também impõe o dever de fundamentação do indiciamento à autoridade policial.

Com a vigência da Lei nº 12.830/13, parece não haver mais quaisquer dúvidas quanto à necessidade de fundamentação do indiciamento. Deveras, consoante disposto no art. 2º, § 6º, da referida Lei, o indiciamento, privativo do Delegado de Polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

8.5. Desindiciamento.

Ausente qualquer elemento de informação quanto ao envolvimento do agente na prática delituosa, a jurisprudência tem admitido a possibilidade de impetração de *habeas corpus* a fim de sanar o constrangimento ilegal daí decorrente,

12. STJ, 6ª Turma, HC 182.455/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, j. 05/05/2011. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 179.951/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10/05/2011. No sentido de que o indiciamento formal após o recebimento da denúncia configura constrangimento ilegal: STJ, 5ª Turma, HC 174.576/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 28/09/2010, DJe 18/10/2010.

13. Não havendo elementos que o justifiquem, constitui constrangimento ilegal o ato de indiciamento em inquérito policial: STF, 2ª Turma, HC 85.541, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Dje 157 21/08/2008.

buscando-se o *desindiciamento*: "O indiciamento configura constrangimento quando a autoridade policial, sem elementos mínimos de materialidade delitiva, lavra o termo respectivo e nega ao investigado o direito de ser ouvido e de apresentar documentos".[14]

8.6. Atribuição.

O indiciamento é o ato resultante das investigações policiais por meio do qual alguém é apontado como provável autor de um fato delituoso. Cuida-se, pois, de ato privativo do Delegado de Polícia que, para tanto, deverá fundamentar-se em elementos de informação que ministrem certeza quanto à materialidade e indícios razoáveis de autoria. Portanto, se a atribuição para efetuar o indiciamento é privativa da autoridade policial (Lei nº 12.830/13, art. 2º, § 6º), não se afigura possível que o juiz, o Ministério Público ou uma Comissão Parlamentar de Inquérito requisitem ao delegado de polícia o indiciamento de determinada pessoa.[15]

8.7. Sujeito passivo.

Em regra, qualquer pessoa pode ser indiciada. Todavia, de acordo com o art. 41, inciso II, e parágrafo único, da Lei nº 8.625/93, constitui prerrogativa dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, a de não ser indiciado em inquérito policial, sendo que, quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, deve a autoridade policial, civil ou militar remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.[16] De modo semelhante, quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação (LC nº 35/79, art. 33, parágrafo único).

Quanto às demais pessoas com foro por prerrogativa de função (v.g., senadores, deputados federais, etc.), não há dispositivo legal que vede o indiciamento, razão pela qual sempre prevaleceu o entendimento de que seria possível tanto a abertura das investigações quanto, no curso delas, o indiciamento formal por parte da autoridade que presidisse o inquérito, a qual, no entanto, deveria ter a cautela de remeter os autos ao tribunal que tivesse a competência especial pela prerrogativa de função.[17]

Ocorre que, em Questão de Ordem suscitada no Inq. 2.411, esse entendimento foi modificado pelo plenário do STF, que passou a entender que a autoridade policial não pode indiciar parlamentares sem prévia autorização do ministro-relator do inquérito, ficando a abertura do próprio procedimento investigatório (inquérito penal originário) condicionada à autorização do Relator. Nos casos de competência originária dos Tribunais, a atividade de supervisão judicial deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo titular da ação. Daí por que foi anulado o ato de indiciamento promovido pela autoridade policial em face de parlamentar federal sem prévia autorização do Ministro Relator.[18]

Portanto, a partir do momento em que determinado titular de foro por prerrogativa de função passe a figurar como suspeito em procedimento investigatório, impõe-se a autorização do Tribunal (por meio do Relator) para o prosseguimento das investigações. Assim, caso a autoridade policial que preside determinada investigação pretenda intimar autoridade que possui foro por prerrogativa de função, em razão de outro depoente ter afirmado que o mesmo teria cometido fato criminoso, deve o feito ser encaminhado previamente ao respectivo Tribunal, por estar caracterizado procedimento de natureza investigatória contra titular de foro por prerrogativa de função.[19] Agora, se houver simples menção ao nome de um parlamentar federal, em depoimentos prestados por investigados, sem maiores elementos acerca de seu envolvimento no fato delituoso, não há falar em necessidade de remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para o processamento do inquérito.[20]

14. STJ, 6ª Turma, HC 43.599/SP, Rel. Paulo Medina, j. 09/12/2005, DJe 04/08/2008.

15. No sentido de que não cabe ao juiz determinar à autoridade policial o indiciamento formal de investigados: STF, 2ª Turma, HC 115.015/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 27/08/2013; STJ, 5ª Turma, RHC 47.984/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/11/2014.

16. Regra semelhante é encontrada no art. 18, II, alínea "f", e parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, aplicável no âmbito do Ministério Público da União, com a diferença de que, neste caso, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral da República.

17. STF, Pet 3.825 QO/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 11.4.2007.

18. STF, Pleno, Inq. 2.411 QO/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 74 24/04/2008. Compete ao relator apenas a autorização para a instauração desse inquérito judicial, cabendo a ele, então, determinar as diligências próprias para a realização das investigações. Não há qualquer norma que imponha a submissão, ao órgão colegiado, desde logo, da autorização para que o inquérito possa prosseguir. Na verdade, compete ao Pleno do Supremo receber ou rejeitar a denúncia, conforme o caso, sendo desnecessária, entretanto, sua autorização para instauração do inquérito judicial: STF, Pleno, HC 94.278/SP, Rel. Min. Menezes Direito, Dje 227 27/11/2008.

19. STF, 2ª Turma, Rcl 2.349/TO, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 05/08/2005.

20. STF, 2ª Turma, HC 82.647/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25/04/2003.

Se é essa a nova posição do Supremo quanto à necessidade de autorização de Ministro Relator do Supremo para a abertura de investigações ou para o indiciamento de parlamentares federais, *mutatis mutandis*, deve se aplicar o mesmo raciocínio às demais hipóteses de competência especial por prerrogativa de função em inquéritos originários de competência de outros Tribunais, como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça.[21]

Por fim, conquanto a Suprema Corte tenha entendido que a supervisão do inquérito penal originário deva ficar a cargo de um Ministro-Relator, vale ressaltar que o recebimento da peça acusatória não pode ser deliberado monocraticamente por esse Relator: a denúncia ou queixa devem ser submetidas à apreciação do colegiado respectivo, reputando-se nula a decisão de Relator que, monocraticamente, receba peça acusatória contra titular de foro por prerrogativa de função.[22]

> **Art. 3º** O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

9. TRATAMENTO PROTOCOLAR A SER DISPENSADO AOS DELEGADOS DE POLÍCIA.

De modo a exercer o cargo de Delegado de Polícia, o interessado deverá ser bacharel em Direito. No mais, ao invés de dispensar maior atenção às melhorias das condições de trabalho necessárias para o exercício da atividade policial, o art. 3º da Lei nº 12.830/13 deixa transparecer que o legislador está mais preocupado com o tratamento protocolar que os Delegados de Polícia devem receber, qual seja, o mesmo dispensado aos magistrados, membros da Defensoria Pública, do Ministério Público e Advogados. Ou seja, em correspondências oficiais, devem ser tratados como "Vossa Excelência".

> **Art. 4º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> **Brasília, 20 de junho de 2013;**
> **192º da Independência e 125º da República.**
>
> **DILMA ROUSSEFF**
>
> **Este texto não substitui o publicado no DOU de 21.6.2013**

10. VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.830/13.

A Lei nº 12.830/13 entrou em vigor da data de sua publicação, leia-se, em 21 de junho de 2013.

21. Com expressa menção ao nosso *Manual de Processo Penal*, o Supremo Tribunal Federal admitiu o indiciamento do Governador do Estado de Minas Gerais F. D. P., porquanto teria havido prévia autorização do relator do inquérito originário no tribunal competente (*in casu*, o STJ): STF, 2ª Turma, HC 133.835 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18;04;2016, DJe 25/04/2016.

22. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, HC 16.507/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 20/08/2001 p. 541.

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

LEI 9.099/1995

CAPÍTULO I
Disposições Gerais

Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

1. PREVISÃO CONSTITUCIONAL.

Com o objetivo de conferir maior celeridade e informalidade à prestação jurisdicional no tocante aos delitos de menor gravidade, por fim à prescrição, que era, e ainda é, assaz comum em tais delitos, revitalizar a figura da vítima, até então ignorada pelo processo penal, estimular a solução consensual dos processos penais e, ao mesmo tempo, permitir que a Justiça Criminal finalmente conte com tempo disponível para cuidar com maior atenção da criminalidade grave, reduzindo-se a escandalosa impunidade, a Constituição Federal preceitua que "a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau" (art. 98, I). O art. 98, § 1º, por sua vez, determina que Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

Atendendo ao preceito constitucional, a Lei nº 9.099/95 entrou em vigor no dia 26 de novembro de 1995, instaurando uma nova espécie de jurisdição no processo penal: a **jurisdição consensual**.

Até o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, a única forma de aplicação do direito penal objetivo era através de uma jurisdição de conflito, que demanda a instauração de um processo contencioso, colocando de lado opostos acusação e defesa, cujo objetivo precípuo é, em regra, a imposição de uma pena privativa de liberdade.

Com o surgimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, essa tradicional jurisdição de conflito cede espaço para uma jurisdição de consenso, na qual se busca um acordo entre as partes, a reparação voluntária dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, procurando-se evitar, o quanto possível, a instauração de um processo penal.

Princípios tradicionais da ultrapassada jurisdição conflitiva, como os da inderrogabilidade do processo e da pena (não há pena sem processo), da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, são colocados em segundo plano, dando lugar a um novo paradigma processual penal, que põe em destaque a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade regrada e a busca do consenso. Se, antes, só havia espaço para o conflito, com obrigatório e inevitável embate entre o Ministério Público (ou querelante) e o acusado e seu defensor, sem nenhum espaço para um possível acordo, nasce com a Lei nº 9.099/95 uma nova jurisdição, que passa permitir a busca do consenso no âmbito processual penal.

A Lei nº 9.099/95 introduziu 4 (quatro) medidas despenalizadoras em que o consenso entre as partes pode evitar a instauração do processo ou, pelo menos, impedir seu prosseguimento, quais sejam:[1]

1. Segundo a doutrina, despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução. Descriminalizar, por outro lado, significa retirar o caráter de ilícito ou de ilícito penal do fato. Existem duas vias pelas quais é possível

a) **composição dos danos civis**: acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação, com a consequente extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único);

b) **transação penal**: permite o imediato cumprimento de pena restritiva de direitos ou multa, evitando-se a instauração do processo (art. 76);

c) **representação nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas**: o não oferecimento da representação dentro do prazo de 6 (seis) meses a contar do conhecimento da autoria acarreta a decadência e consequente extinção da punibilidade (art. 88);

d) **suspensão condicional do processo**: recebida a denúncia, pode o juiz determinar a suspensão do processo, submetendo o acusado a um período de prova, sob a obrigação de cumprir certas condições. Findo esse período de prova sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade (art. 89).

Para além dos institutos despenalizadores criados pela Lei nº 9.099/95, há uma importante **medida descarcerizadora**: ao autor do fato que, após a lavratura do termo circunstanciado, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança (art. 69, parágrafo único).

Quando essa jurisdição consensual foi introduzida no ordenamento pátrio pela Lei nº 9.099/95, parte minoritária da doutrina passou a sustentar sua inconstitucionalidade, sob o argumento de que a aplicação de pena sem processo e sem prévio reconhecimento de culpa violaria o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV). Essa posição acabou não encontrando respaldo na doutrina e na jurisprudência. Afinal, é a própria Constituição Federal (art. 98, I) que determina a criação dos Juizados Especiais Criminais, com competência para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, admitindo, nas hipóteses previstas em lei, a *transação penal*.

Na verdade, inspirada no princípio da intervenção mínima, a Lei nº 9.099/95 importou em expressiva transformação do panorama penal e processual penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegiasse a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal.[2]

> **Art. 2º** O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

2. CRITÉRIOS ORIENTADORES E FINALIDADES DOS JUIZADOS.

De modo a dar cumprimento ao preceito constitucional que prevê para as infrações de menor potencial ofensivo um procedimento oral e sumaríssimo (CF, art. 98, I), a Lei dos Juizados estabelece que o processo deve ser orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (Lei nº 9.099/95, art. 2º). Evidentemente, para além da observância desses critérios orientativos, também é cogente o respeito aos princípios gerais do processo, tais como o devido processo legal, juiz natural, contraditório, ampla defesa, vedação das provas ilícitas, etc.

Vejamos, então, separadamente, cada um dos critérios orientativos enumerados pelo art. 2º da Lei nº 9.099/95:

a) **princípio da oralidade**: por conta desse princípio, ao qual a própria Constituição se refere expressamente (CF, art. 98, I), deve se dar preferência à palavra falada sobre a escrita, sem que esta seja excluída. Portanto, os atos processuais devem ser praticados, pelo menos em regra, oralmente, sendo os essenciais reduzidos a termo ou transcritos por quaisquer meios. Os demais atos processuais serão gravados, se necessário. Daí por que a própria Lei dos Juizados prevê a realização de diversos atos processuais oralmente, tais como a peça acusatória (art. 77, *caput*, e § 3º), a defesa preliminar (art. 81, *caput*), etc.

Da adoção desse princípio derivam importantes consequências (ou subprincípios, como preferem alguns):

dar-se a descriminalização: via legislativa ou via judicial. A primeira implica uma decisão do legislador de retirar do âmbito do proibido determinada conduta, com isso ampliando o âmbito de liberdade. Quando uma lei faz desaparecer a natureza de ilícito de um determinado fato falamos em *abolitio criminis*. Pela via judicial ou interpretativa, o aplicador da lei restringe o âmbito do proibido valendo-se dos princípios limitadores do *ius puniendi* estatal (v.g., princípio da insignificância). Nessa linha: GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 103.

2. Referendando a constitucionalidade da Lei nº 9.099/95: STF, Pleno, Inq 1.055 QO/AM, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/04/1996, DJ 24/05/96.

a.1) **princípio da concentração:** consiste na tentativa de redução do procedimento a uma única audiência, objetivando encurtar o lapso temporal entre a data do fato e a do julgamento. Afinal, quanto mais próxima do fato delituoso for proferida a decisão final, maior é a possibilidade de se atingir a verdade. Caso não seja possível concentrar a produção da prova em uma única audiência, deve-se designar a próxima audiência para a data mais próxima;

a.2) **princípio do imediatismo**: deve o juiz proceder diretamente à colheita de todas as provas, em contato imediato com as partes;

a.3) **princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias:** a fim de se evitar sucessivas interrupções na marcha processual em virtude de eventuais recursos interpostos pelas partes contra as decisões tomadas pelo magistrado durante o trâmite do processo, deve-se trabalhar com a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Isso, no entanto, não significa dizer que decisões arbitrárias não possam ser impugnadas. Haverá sempre a possibilidade de a matéria ser discutida em preliminar de futura e eventual apelação, seja por cerceamento à acusação, seja por cerceamento à defesa, sem prejuízo, obviamente, dos remédios constitucionais do mandado de segurança e do *habeas corpus*;

a.4) **princípio da identidade física do juiz:** por força desse princípio, hoje também adotado pelo Código de Processo Penal (art. 399, § 2º), o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença. A adoção desse princípio proporciona o indispensável contato entre o acusado e o juiz, assim como a colheita imediata da prova por aquele que, efetivamente, irá proferir a decisão, o que permite a formação de um quadro probatório coeso e harmônico, atendendo a um dos escopos do processo penal, que é a busca da verdade. Ao introduzir o princípio da identidade física do juiz no processo penal, o art. 399, § 2º, do CPP, não ressalvou situações em que o princípio será mitigado. Por isso, pelo menos até a entrada em vigor do CPC de 2015, admitia-se a aplicação subsidiária do art. 132 do revogado CPC ("O juiz que presidir a instrução deve julgar a demanda, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor").[3] Ao contrário de seu antecedente, o Código de Processo Civil não contemplou o princípio da identidade física do juiz. Sem embargo, as ressalvas à aplicação do princípio da identidade física do juiz inseridas no revogado art. 132 do antigo CPC continuam plenamente válidas, porquanto, em todas elas, há a cessação da competência do magistrado para o julgamento dos feitos por ele anteriormente instruídos. De todo modo, ante o afastamento do magistrado responsável pela instrução do feito, é perfeitamente possível que seu sucessor, se entender necessário, determine a repetição das provas já produzidas. Afinal, pelo menos em regra, o magistrado responsável pela prolação da sentença há de ser aquele que presidiu a instrução (CPP, art. 399, §2º). Noutro giro, o princípio da identidade física do juiz não impede a realização de atos instrutórios por meio de carta precatória ou por videoconferência, inclusive no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Ora, vivemos em um país de dimensões continentais, configurando um disparate impor-se ao acusado solto seu obrigatório deslocamento ao foro do juízo processante caso queira ser interrogado. A título de exemplo, basta imaginar a hipótese de acusado solto que resida em Rio Branco/AC, que tenha que se deslocar até a cidade de Santa Maria/RS para fins de ser interrogado por seu julgador. Fosse tida por incabível a expedição de carta precatória para realização do interrogatório do acusado solto, estar-se-ia negando o exercício do seu direito de audiência, em verdadeira afronta à autodefesa, corolário lógico da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Portanto, o interrogatório por meio de carta precatória ou por videoconferência não fica vedado com a introdução do princípio da identidade física do juiz no processo penal, sob pena de inviabilizar a jurisdição penal no território nacional e o próprio exercício da autodefesa, mormente se considerarmos que grande parte da clientela do Direito Penal é desprovida de recursos financeiros para conseguir se deslocar ao juízo do feito;[4]

b) **princípio da simplicidade**: procura-se diminuir o quanto possível a massa dos materiais que são juntados aos autos do processo sem que se prejudique o resultado final da prestação

3. STJ, 5ª Turma, HC 133.407/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3/2/2011. Passou a figurar no rito processual penal o princípio da identidade física do juiz, com a alteração do art. 399, § 2º do CPP, pela Lei nº 11.719/08. No entanto, no caso das hipóteses previstas no art. 132 do CPC, outro magistrado, devidamente investido, poderá determinar a repetição das diligências que achar necessário para arrimar o *decisum* ou, caso ache o acervo probatório suficiente, julgar o feito: STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 1.357.894/DF, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ, j. 03/05/2011, DJe 23/05/2011.

4. No sentido de que a adoção do princípio da identidade física do juiz não inviabiliza a realização de atos processuais por meio de carta precatória, inclusive o próprio interrogatório do acusado: STJ, 3ª Seção, CC 99.023/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 10/06/2009, DJe 28/08/2009. E também: STJ, 6ª Turma, HC 135.456/SC, Rel. Min. Celso Limongi, j. 18/03/2010, DJe 24/05/2010.

jurisdicional.[5] Por conta da adoção desse princípio é que a Lei dos Juizados prevê a lavratura de termo circunstanciado em substituição ao moroso inquérito policial (art. 69, *caput*), a desnecessidade de exame de corpo de delito para o oferecimento da denúncia, quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente (art. 77, § 1º), o afastamento da competência dos Juizados das causas complexas ou que demandem maiores investigações (art. 77, § 2º), a remessa dos autos ao juízo comum quando o acusado não for encontrado para ser citado pessoalmente (art. 66, parágrafo único), etc.

c) **princípio da informalidade**: consectário lógico do princípio da instrumentalidade das formas, entende-se que não há necessidade de se adotar formas sacramentais, nem tampouco de se observar o rigorismo formal do processo, desde que a finalidade do ato processual seja atingida. A busca da verdade e o ideal maior de realização da justiça devem prevalecer sobre o excessivo formalismo que norteia a prática de atos solenes, os quais quase sempre se revelam absolutamente estéreis. Por isso, a Lei dos Juizados prevê que os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária (art. 64); que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 (art. 65, *caput*), não se pronunciando qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo (art. 65, § 1º); que a prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação (art. 65, § 2º); que serão objeto de registro exclusivamente os atos havidos por essenciais, sendo que os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente (art. 65, § 3º); que a intimação será feita por correspondência, com aviso de recebimento pessoal, ou por qualquer meio idôneo de comunicação (art. 67, *caput);* que é dispensado o relatório da sentença (art. 81, § 3º), e que, se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão (art. 82, § 5º);

d) **princípio da economia processual**: entre duas alternativas igualmente válidas, deve se optar pela menos onerosa às partes e ao próprio Estado. Enfim, há de se buscar o máximo resultado na aplicação do direito objetivo por meio do processo com o mínimo possível de atos processuais, ou seja, o maior número possível de atos processuais deve ser praticado no menor espaço de tempo e de maneira menos onerosa para as partes e para o Estado. Exemplo dessa orientação é a previsão de uma audiência de instrução e julgamento, podendo o juiz limitar ou excluir as provas que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias (Lei nº 9.099/95, art. 81, § 1º).

e) **princípio da celeridade processual**: guarda relação com a necessidade de rapidez e agilidade do processo, objetivando-se atingir a prestação jurisdicional no menor tempo possível. Com isso, a Lei dos Juizados não só consegue dar à sociedade uma rápida resposta à solução do caso concreto, como também evita a impunidade pelo advento da prescrição, outrora tão comum em relação às infrações de menor potencial ofensivo. Essa celeridade, todavia, não pode colidir com princípios constitucionais como os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

(...)

Capítulo III
Dos Juizados Especiais Criminais

Disposições Gerais

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (Incluído pela Lei nº 11.313, de 2006)

3. COMPOSIÇÃO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

O Juizado Especial Criminal é um órgão da Justiça comum, funcionando no âmbito da Justiça Estadual ou da Justiça Federal. Nos termos do art. 60, *caput*, da Lei nº 9.099/95, o Juizado é provido apenas por magistrados togados – integrantes da carreira do Poder Judiciário regularmente aprovados em concurso público –, ou por juízes togados e leigos, ficando a cargo da Lei de Organização Judiciária

5. Nessa linha: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência e legislação.* 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 35.

de cada Estado fazer a opção pela inclusão de leigos no âmbito dos Juizados. Evidentemente, esses leigos jamais terão competência para o julgamento de determinada infração penal. Na verdade, sua atuação deve ficar restrita às tratativas referentes à conciliação entre o autor do fato delituoso e a vítima (Lei nº 9.099/95, art. 73), com a ressalva de que a homologação de eventual acordo deve ser feita exclusivamente pelo juiz togado (v.g., art. 76, § 4º).

4. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

Com relação às infrações penais, a competência dos Juizados é fixada com base em 2 (dois) critérios:

a) **natureza da infração penal**: infração de menor potencial ofensivo (art. 61);

b) **inexistência de circunstância que desloque a competência para o juízo comum**: é o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de conexão e continência com infração penal comum (art. 60, parágrafo único), impossibilidade de citação pessoal do autuado (art. 66, parágrafo único), e quando evidenciada a complexidade da causa (art. 77, § 2º).

4.1. Natureza da competência dos Juizados: absoluta ou relativa.

De um lado, doutrinadores há que sustentam ser a competência dos Juizados de natureza absoluta, na medida em que deriva do art. 98, inciso I, da Constituição Federal, que atribui aos Juizados a competência para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. Logo, imaginando-se que um delito de resistência (CP, art. 329), cuja pena é de detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos, seja processado e julgado perante uma vara criminal comum, e não perante os juizados, ter-se-ia nulidade absoluta, na medida em que teria sido violada regra constitucional de competência, no caso, competência objetiva em razão da matéria.[6]

Preferimos, no entanto, filiarmo-nos à corrente em sentido contrário. Denomina-se absoluta a hipótese de fixação de competência com base no interesse público. Como é o interesse público que determina a criação dessa regra de competência, essa espécie de competência é indisponível às partes e se impõe com força cogente ao juiz. Logo, não admite modificações, cuidando-se de uma competência improrrogável, imodificável.

Ora, por mais que a competência dos Juizados para o processo e julgamento de infrações de menor potencial ofensivo derive do art. 98, inciso I, da Constituição Federal, é certo que a competência dos Juizados admite modificações. Como será visto nos comentários à Lei nº 9.099/95, a própria Lei dos Juizados prevê 3 (três) hipóteses de modificação da competência – impossibilidade de citação pessoal do acusado, complexidade da causa e conexão e/ou continência com crime comum –, do que se infere que a competência dos Juizados tem natureza relativa, e não absoluta.

De fato, fosse ela de natureza absoluta, não poderia ser modificada pela lei, nem tampouco pela vontade das partes. Mas não é isso o que ocorre. Imaginando-se a primeira hipótese de modificação da competência dos Juizados – impossibilidade de citação pessoal – basta que o acusado não seja encontrado, que, por consequência, os autos serão remetidos ao juízo comum. Ora, se a competência dos Juizados possui natureza absoluta, como então se admitir que a não localização do acusado possa provocar a modificação da competência para o Juízo Comum? Se assim o é, temos que se trata de uma competência relativa.

Na verdade, não se trata de discutir se a competência dos Juizados é absoluta ou relativa. O que realmente interessa diz respeito à aplicação (ou não) dos institutos despenalizadores trazidos pela Lei nº 9.099/95.[7]

Sem dúvida alguma, cuidando-se de infração de menor potencial ofensivo, e desde que preenchidos os pressupostos legais, eventual sujeição do agente a processo e julgamento perante o juízo comum, sendo-lhe negadas a transação penal, a composição dos danos civis e a suspensão condicional do processo, daria ensejo a evidente nulidade absoluta por violação ao devido processo legal, com a consequente anulação do processo *ab initio*. No entanto, se o agente fosse beneficiado por um desses institutos despenalizadores, ainda que formalizado o consenso perante o juízo comum, não haveria qualquer mácula no processo.[8]

6. Com esse entendimento: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 88. Julio Fabbrini Mirabete também entende que a competência do Juizado é conferida em razão da matéria, sendo, portanto, absoluta: *Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 40. Na mesma linha: STJ – CC 87.560/AL – 3ª Seção – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Dje 05/02/2009.

7. Como já concluiu o STJ, "a inobservância do rito previsto na Lei 9.099/95, quando cabível, enseja a nulidade do processo desde o recebimento da denúncia, haja vista a supressão injustificada dos seus benefícios". (STJ – CC 47.925/PB – 3ª Seção – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJ 27/09/2007 p. 221).

8. Pacelli comunga de entendimento semelhante: op. cit. p. 240. Daí ter concluído o STJ que, "em inexistindo Juizado Especial na comarca, não há falar em nulidade processual por incompetência, mas sim na observância, por parte do Juízo da causa, dos institutos despenalizadores previstos na

Noutro giro, caso uma infração penal *comum* seja processada e julgada perante os Juizados, deve ser reconhecida a incompetência, com o envio dos autos ao juízo competente. Nesse caso, para que seja reconhecida a nulidade, deve ser comprovado o prejuízo.[9]

4.2. Juiz das garantias e a não abrangência das infrações de menor potencial ofensivo.

Na dicção do art. 3º-B,[10] *caput*, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.964/19, o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Consiste, pois, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal.

Consoante disposto no art. 3º-C, *caput*, do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/19, "a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, *exceto as de menor potencial ofensivo*, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código" (nosso grifo). Como se pode notar, a única ressalva expressa constante do Código de Processo Penal acerca da competência funcional por fases do processo decorrente da criação do juiz das garantias diz respeito às infrações de menor potencial ofensivo. Pelo menos em tese, justifica-se a ressalva feita pelo legislador em virtude de a prática dessas infrações de menor potencial ofensivo darem ensejo, pelo menos em regra, à lavratura de um mero termo circunstanciado, e não à instauração de inquéritos policiais. Logo, se não há, em tais hipóteses, uma investigação criminal propriamente dita, mas tão somente a colheita de dados necessários à identificação dos envolvidos (autor e vítima), testemunhas, bem como a descrição resumida do fato delituoso, sendo remotíssima a possibilidade de adoção de meios de obtenção de provas (v.g., interceptação telefônica) ou de medidas cautelares de natureza pessoal ou real (v.g., prisão temporária), afigura-se, em princípio, sem qualquer sentido a implementação do juiz das garantias nesses casos.

5. CONEXÃO E CONTINÊNCIA ENTRE CRIME COMUM E INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.

A conexão pode ser compreendida como o nexo, a dependência recíproca que dois ou mais fatos delituosos guardam entre si, recomendando a reunião de todos eles em um mesmo processo penal, perante o mesmo órgão jurisdicional, a fim de que este tenha uma perfeita visão do quadro probatório. Funciona, pois, como o liame que se estabelece entre dois ou mais fatos que, desse modo, se tornam ligados por algum motivo, oportunizando sua reunião no mesmo processo, de modo a permitir que os fatos sejam julgados por um só magistrado, com base no mesmo substrato probatório, evitando o surgimento de decisões contraditórias. Portanto, a conexão provoca a reunião de ações penais num mesmo processo, funcionando como causa de modificação da competência relativa mediante a prorrogação de competência.

De seu turno, configura-se a continência quando uma demanda, em face de seus elementos (partes, pedido e causa de pedir), estiver contida em outra. Cuida-se, pois, de "um vínculo jurídico entre duas ou mais pessoas, ou entre dois ou mais fatos delitivos, de forma análoga a continente e conteúdo, de tal modo que um fato delitivo contém as duas ou mais pessoas, ou uma conduta humana contém dois ou mais fatos delitivos, tendo como consequência jurídica, salvo causa impeditiva a reunião das duas ou mais pessoas, ou dos dois ou mais fatos delitivos, em um único processo penal, perante o mesmo órgão jurisdicional".[11]

É perfeitamente possível que a infração de menor potencial ofensivo da competência originária dos Juizados Especiais Criminais tenha sido cometida em conexão (ou continência) com crime que escape da competência dos Juizados. Possamos visualizar o seguinte exemplo de conexão objetiva (CPP, art. 76, II): o agente pratica um homicídio a fim de assegurar a impunidade de um crime de maus-tratos praticado contra seu genitor. Nesse exemplo, isoladamente considerados, o crime de homicídio é de competência do tribunal do júri, ao passo que o crime de maus-tratos, por ser de menor potencial ofensivo (pena de detenção de dois meses a 1 ano), estará sujeito à competência dos Juizados Especiais Criminais. Nessa hipótese,

Lei dos Juizados Especiais". (STJ – RHC 16.435/BA – 6ª Turma – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJe 31/03/2008).

9. Na dicção da 1ª Turma do Supremo, a arguição de nulidade, fundada na incompetência do Juizado Especial, reclama demonstração de prejuízo: STF – HC 85.350/MG – 1ª Turma – Rel. Min. Eros Grau – DJ 02/09/2005 p. 25. E ainda: STF – HC 85.019/MG – 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ 04/03/2005 p. 36.

10. De se lembrar que, na condição de Relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020), o Min. Fux concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F, todos do CPP, incluídos pela Lei n. 13.964/19.

11. FEITOZA, Denílson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010. p. 343.

indaga-se: deve haver a cisão dos processos em face do comando constitucional contido no art. 98, I, da CF, que determina a competência dos Juizados para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo? Ou incidem as regras de conexão ou continência previstas na lei processual penal, atraindo, no exemplo, a competência do Tribunal do Júri para processar e julgar ambos os delitos, na forma do art. 78, inciso I, do CPP?

Uma primeira corrente entende que deveria ocorrer a separação dos processos, na medida em que tanto a conexão quanto a continência são regras de ordem legal, enquanto a sujeição da infração de menor potencial ofensivo ao procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais é norma de índole constitucional (CF, art. 98, inciso I).[12]

Em sentido contrário, face a mudança provocada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, que entrou em vigor em 28 de junho de 2006, o art. 60 da Lei nº 9.099/95 passou a dispor: "O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, *respeitadas as regras de conexão e continência*. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, *observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis*".

Com essa alteração, uma vez praticada uma infração de menor potencial ofensivo, a competência continua sendo do Juizado Especial Criminal. Se, entretanto, com a infração de menor potencial ofensivo houver sido praticado outro crime em conexão ou continência, cujas penas máximas somadas sejam superior a 2 (dois) anos, deverão ser observadas as regras do art. 78 do CPP para se saber qual o juízo competente. Caso, em virtude da aplicação das regras do art. 78 do CPP, venha a ser estabelecida a competência do juízo comum ou do tribunal do júri para julgar também a infração de menor potencial ofensivo, afastando, portanto, o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, isso não impedirá a aplicação dos institutos da transação penal e da composição dos danos civis em relação à infração de menor potencial ofensivo.

Em síntese, pode-se dizer que:

a) cometida uma infração de menor potencial ofensivo, a competência será do Juizado Especial Criminal. Na hipótese de houverem sido praticados outros crimes em conexão ou continência com essa infração de menor potencial ofensivo, deverão ser observadas as regras do art. 78 do CPP, para se saber qual o juízo competente;[13]

b) caso, em virtude da aplicação das regras do art. 78 do CPP, venha a ser estabelecida a competência do juízo comum ou do tribunal do júri para julgar também a infração de menor potencial ofensivo, afastando, portanto, o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, isso não impedirá a aplicação dos institutos da transação penal e da composição dos danos civis em relação à infração de menor potencial ofensivo, desde que preenchidos seus pressupostos legais.

Nessa hipótese, o juízo com força atrativa – juízo comum ou Tribunal do Júri – deve, pelo menos em regra, designar uma audiência preliminar para fins de composição dos danos civis ou transação penal quanto à infração de menor potencial ofensivo. Efetivada a composição civil ou a transação penal, o Ministério Público oferecerá denúncia apenas em relação ao crime que exerceu a *vis atractiva*. Frustrada a composição civil ou a transação penal, a denúncia também irá abranger a infração de menor potencial ofensivo. Se, no entanto, mesmo antes da realização da audiência preliminar, o Ministério Público oferecer denúncia em face do acusado pela prática de ambos os delitos, manifestando-se contrariamente à concessão da proposta de transação penal, estará prejudicada a realização da audiência preliminar, devendo o juiz determinar o prosseguimento do feito de acordo com o procedimento de maior amplitude.

> **Art. 61.** Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

6. CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.[14].

Por força da própria Constituição Federal, a competência dos Juizados Especiais Criminais está

12. Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 432.

13. Aliás, no concurso de infrações de menor potencial ofensivo, também se afasta a competência dos Juizados Especiais quando a soma das penas ultrapassar dois anos. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, RHC 071.928/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/09/2016, DJe 30/09/2016; STJ, 6ª Turma, RHC 060.883/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 09/08/2016, DJe 19/08/2016.

14. O conceito de *infração de menor potencial ofensivo*, constante do art. 61 da Lei nº 9.099/95, não se confunde com o conceito de *instrumentos de*

circunscrita ao processo, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo.

Quando a Lei nº 9.099/95 entrou em vigor, o conceito de infração de menor potencial ofensivo constava da redação original do art. 61: "contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial".

Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 10.259/01, dispondo sobre a regulamentação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Da redação original do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, constava o seguinte conceito de infração de menor potencial ofensivo, a saber: "consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, *para os efeitos desta Lei*, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".

Como se pode perceber, havia flagrante disparidade entre os conceitos de infração de menor potencial ofensivo constantes da Lei 9.099/95 e da Lei nº 10.259/01. A par da pena máxima diferenciada (um ano na Lei nº 9.099/95, dois anos na Lei nº 10.259/01), a Lei dos Juizados Especiais Federais não fazia qualquer ressalva em relação aos casos sujeitos a procedimento especial, do que podia se depreender que o procedimento dos juizados também seria aplicável a tais infrações. Diante dessa diferença, questionou-se à época se haveria um conceito único de infração de menor potencial ofensivo no sistema jurídico brasileiro (sistema unitário) ou se haveria um conceito de infração de menor potencial ofensivo diferente, a depender da competência de Justiça (sistema bipartido).

Como decorrência do princípio constitucional da igualdade (ou do tratamento isonômico), do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, e também porque se tratava de lei nova com conteúdo penal favorável (CP, art. 2º, parágrafo único), acabou prevalecendo a primeira corrente, no sentido de que o conceito de infração de menor potencial ofensivo trazido pela Lei nº 10.259/01 seria extensivo aos Juizados Estaduais, com a consequente derrogação do art. 61 da Lei nº 9.099/95.[15]

Com o advento da Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, o art. 61 da Lei nº 9.099/95 foi alterado, passando a prever expressamente que se consideram infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais (qualquer que seja a pena prevista em abstrato) e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Perceba-se que, à semelhança do que já ocorrera com o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, e diversamente do que constava da redação original do art. 61, *caput*, da Lei nº 9.099/95, não foi feita qualquer ressalva quanto à sujeição do crime a procedimento especial, razão pela qual se pode atestar que são consideradas infrações de menor potencial ofensivo toda e qualquer contravenção penal, bem como os crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não, os crimes, a procedimento especial.[16]

Como a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos é possível ainda que haja previsão de procedimento especial, sempre prevaleceu o entendimento jurisprudencial no sentido de que o crime de abuso de autoridade deveria ser processado e julgado perante os Juizados Especiais Criminais, porquanto lhe era cominada uma pena de detenção de 10 dias a 6 meses.[17] Nesses casos de abuso de autoridade, todavia, especial atenção deve ser dispensada aos institutos despenalizadores de natureza consensual, que jamais poderão abranger a perda de cargo e a inabilitação para o exercício de função pública. Com a entrada em vigor da nova Lei n. 13.869/19, o tema não deve apresentar mais qualquer controvérsia. Isso porque seu art. 39 é expresso no sentido de aplicação da Lei n. 9.099/95 ao processo e julgamento dos crimes de abuso de autoridade, desde que, logicamente, se enquadrem no conceito de infração de menor potencial ofensivo (pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa). É o que ocorre com os crimes previstos nos arts. 12, 16, 18, 20, 27, 29, 31, 32, 33, 37 e 38, todos da Lei n. 13.869/19.

Como o conceito de infração de menor potencial ofensivo leva em consideração a pena máxima prevista para o crime, caso haja causas de aumento ou de diminuição de pena, deve-se sempre buscar o máximo de pena possível. Portanto, em se tratando de causas de aumento, aplica-se o *quantum* que mais aumente a pena; causas de diminuição, o

menor potencial ofensivo, definidos no art. 4º da Lei nº 13.060/14 como os instrumentos projetados especificamente para, com baixa probabilidade de causar mortes ou lesões permanentes, conter, debilitar ou incapacitar temporariamente pessoas. Para mais detalhes acerca desses instrumentos não letais, remetemos o leitor ao capítulo referente à prisão temporária – item 11.1.3. "Instrumentos de menor potencial ofensivo (ou não letais)".

15. Com esse entendimento: GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 21. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, RHC 12.033/MS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 09/09/2002 p. 234.

16. Relembre-se que, de acordo com o art. 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95.

17. STJ, 5ª Turma, REsp 744.951/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 06/12/2005, DJ 01/02/2006 p. 600. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 163.282/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/05/2010, DJe 21/06/2010.

quantum que menos diminua a pena. Em sentido semelhante, porém em relação à suspensão condicional do processo, que leva em conta a pena mínima, atente-se para o teor das súmulas 723 do STF ("não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 [um] sexto for superior a 1 [um] ano") e 243 do STJ ("o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 [um] ano").[18]

Por sua vez, para fins de determinação da competência dos Juizados nas hipóteses de concurso de crimes, não se afigura viável a aplicação do art. 119 do CP, segundo o qual, para fins de prescrição, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada delito, isoladamente. Se a soma das penas máximas atribuídas aos delitos não superar o limite máximo de 2 (dois) anos, é evidente que subsiste a competência do Juizado. No entanto, se, somadas as penas máximas, o resultado for superior a 2 (dois) anos, a competência passa a ser do Juízo comum, o que, no entanto, não impede a aplicação da composição dos danos civis e da transação penal em relação à infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.[19]

6.1. Princípio da insignificância e infração de médio potencial ofensivo.

Infração de menor potencial ofensivo não se confunde com infração de ofensividade insignificante, nem tampouco com infração de médio potencial ofensivo.

Diversamente das infrações de menor potencial ofensivo, que devem entrar no sistema penal, porém a elas se aplicando a busca do consenso, as infrações de ofensividade insignificante devem ficar fora, porque não há ofensividade que justifique a intervenção penal. A insignificância não deve ser aferida considerando-se única e exclusivamente o valor da coisa subtraída. Na verdade, o princípio da insignificância ("*de minimis, non curat praetor*"), que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, depende da presença de 4 (quatro) requisitos, a serem demonstrados no caso concreto: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.[20]

Por sua vez, são de médio potencial ofensivo os crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidos ou não pela Lei dos Juizados, que admitem a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95.[21]

6.2. Excesso de acusação.

Outro ponto pertinente à definição da competência dos Juizados que demanda especial atenção diz respeito à possibilidade de excesso por parte da acusação quando do momento da classificação da conduta imputada ao acusado, privando-o, indevidamente, dos benefícios da Lei nº 9.099/95.

Como se sabe, um dos requisitos da peça acusatória é a classificação jurídica do fato punível (CPP, art. 41, *caput*). Não se trata, todavia, de requisito obrigatório, pois vigora no processo penal a regra segundo a qual o réu defende-se dos fatos que lhe são imputados. Exatamente por isso, por ocasião do recebimento da peça acusatória, não deve o juiz alterar a definição jurídica do fato, pois há momentos e formas específicos para se corrigir a classificação legal incorreta (arts. 383, 384, 419 e 569 do CPP).[22]

Com efeito, pode o juiz, na fase de sentença, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de

18. No sentido de que as causas de aumento de pena devem ser levadas em conta na pena abstrata, para o efeito de se conceder, ou não, a suspensão condicional do processo: STF, 2ª Turma, HC 90.869/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 20/04/2010, DJe 105 10/06/2010.

19. Portanto, praticados dois delitos de menor potencial ofensivo em concurso material, se o somatório das penas máximas abstratas previstas para os tipos penais ultrapassar 2 (dois) anos, afastada estará a competência do juizado especial, devendo o feito ser instruído e julgado por juízo comum: STJ, 3ª Seção, CC 79.022/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 08/05/2008. Para mais detalhes acerca das hipóteses de conexão e continência, vide abaixo tópico pertinente ao assunto.

20. Nesse sentido: STF, 2ª Turma, HC 101.074/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 076 29/04/2010. Para mais detalhes acerca do princípio da insignificância: SILVA, Ivan Luiz. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

21. Para o Supremo, a Lei dos Juizados Especiais Federais não ampliou o limite para o sursis processual previsto no art. 89, da Lei nº 9.099/95: STF, 2ª Turma, HC 83.104/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 21/11/2003 p. 27. Voltaremos a tratar da suspensão condicional do processo mais adiante.

22. Com o entendimento de não ser lícito ao juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar: STF, 1ª Turma, HC 87.324/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 18/05/07.

aplicar pena mais grave (*emendatio libelli* – art. 383 do CPP). Se acaso resultar a modificação da competência, em razão da desclassificação, deve o juiz encaminhar os autos ao juízo competente (CPP, art. 383, § 2º). Por sua vez, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente (*mutatio libelli* – art. 384, caput, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08).

Se ainda prevalece na jurisprudência o entendimento de que o juiz não pode, quando do recebimento da peça acusatória, alterar a classificação jurídica do fato, é crescente na doutrina o entendimento de que, para fins de análise quanto à possibilidade de aplicação de normas processuais pertinentes à tutela das liberdades públicas, de que são exemplos a concessão de liberdade provisória e dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95, o juiz não fica vinculado à classificação formulada pela autoridade policial em seu relatório, nem tampouco àquela constante da peça acusatória, afigurando-se possível, por conseguinte, uma desclassificação no limiar do processo.

Caracterizado um excesso da acusação no que tange à classificação do fato delituoso, privando o acusado do gozo de uma liberdade pública, e levando-se em conta que a análise da classificação está inserida no caminho a ser percorrido pelo juiz para resolver tal questão, torna-se impossível impedi-lo de corrigir a adequação do fato feita pelo promotor, embora o faça de maneira incidental e provisória, apenas para decidir quanto ao cabimento da liberdade provisória e dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados, lembrando sempre que a iniciativa para eventual proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo deve partir do titular da ação penal.[23]

6.3. Estatuto do Idoso.

Consoante dispõe o art. 94 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), *aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95.* À primeira vista, pode-se pensar (equivocadamente) que a Lei nº 10.741/03 teria determinado a incidência dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 aos crimes previstos no Estatuto do Idoso cuja pena máxima não fosse superior a 4 (quatro) anos, o que seria absolutamente contraditório, porquanto uma lei criada para dar maior proteção ao idoso, estaria, na verdade, estabelecendo tratamento mais benigno aos autores dos crimes ali previstos. Portanto, deve o dispositivo ser interpretado no sentido de que, aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, somente se aplica o procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados (Lei nº 9.099/95, arts. 77 a 83).[24]

Recentemente, o Supremo concluiu o julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República (ADI 3.096) em face do art. 94 da Lei nº 10.741/03. Para a Suprema Corte, referido dispositivo legal deve ser interpretado em favor do seu específico destinatário – o próprio idoso – e não de quem lhe viole os direitos. Com isso, os infratores não poderão ter acesso a benefícios despenalizadores de direito material, como a transação penal, a composição civil dos danos ou conversão da pena. Somente se aplicam as normas estritamente procedimentais para que o processo termine mais rapidamente, em benefício do idoso.[25]

Por conseguinte, aos crimes previstos no Estatudo do Idoso cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, serão aplicáveis os institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados, nos exatos termos do art. 61 da Lei nº 9.099/95. Todavia, para os crimes previstos no Estatuto do Idoso cuja pena máxima seja superior a 2 (dois) anos e inferior a 4 (quatro) anos, serão aplicáveis apenas as normas procedimentais constantes da Lei dos Juizados, e não seus institutos despenalizadores.

23. Lembre-se que, de acordo com a jurisprudência, a transação penal e a suspensão condicional do processo não podem ser concedidas contra a vontade do titular da ação penal. Nessa linha, aliás, preceitua a súmula nº 696 do STF que *reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se, por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.*

24. Com a mesma posição: CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal.* Vol. 4: legislação penal especial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 544.

25. Ao acompanhar a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, o ministro Ayres Britto procurou resumir numa frase o entendimento da ministra relatora em relação ao equívoco cometido pelos legisladores na confecção do Estatuto do Idoso: "Autores de crimes do mesmo potencial ofensivo serão submetidos a tratamentos diversos, sendo que o tratamento mais benéfico está sendo paradoxalmente conferido ao agente que desrespeitou o bem jurídico mais valioso: a incolumidade e a inviolabilidade do próprio idoso". Por maioria de votos, vencidos os ministros Eros Grau e Marco Aurélio, o Plenário decidiu que os benefícios despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 e também no Código Penal não podem beneficiar os autores de crimes cujas vítimas sejam pessoas idosas. Para a relatora do processo, a interpretação conforme à Constituição do artigo 94 do Estatuto implica apenas na celeridade do processo e não nos benefícios. (STF, Pleno, ADI 3.096, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16/06/2010, DJe 164 02/09/2010).

6.4. Acusados com foro por prerrogativa de função.

Em se tratando de acusados com foro por prerrogativa de função, por mais que a infração penal seja considerada de menor potencial ofensivo, subsiste a competência do respectivo Tribunal para o processo e julgamento do feito, o que, no entanto, não inibe a incidência dos institutos despenalizadores trazidos pela Lei nº 9.099/95, desde que preenchidos os pressupostos legais.

Nessa linha, referindo-se aos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 – composição civil dos danos, transação penal, representação nos crimes de lesões leves e culposas e suspensão condicional do processo –, o Supremo concluiu que o âmbito de incidência dessas normas legais ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, porquanto produzem evidente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado.[26]

6.5. Crimes eleitorais.

Quanto aos crimes eleitorais, prevalece no Tribunal Superior Eleitoral o entendimento de que as infrações penais definidas no Código Eleitoral obedecem ao disposto nos seus arts. 355 e seguintes e o seu processo é especial, não podendo, via de consequência, ser da competência dos Juizados Especiais a sua apuração e julgamento.

A despeito da impossibilidade de julgamento dos crimes eleitorais perante os Juizados Especiais Criminais, haja vista a necessidade de observância da competência da Justiça Eleitoral, tem sido admitida a concessão dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 para as infrações penais eleitorais, *salvo para os crimes que contam com um sistema punitivo especial*, entre eles aqueles à cuja pena privativa de liberdade se cumula a cassação do registro se o responsável for candidato, a exemplo do tipificado no art. 334 do Código Eleitoral.

6.6. Violência doméstica e familiar contra a mulher e aplicação da Lei nº 9.099/95.

Dentre outras modificações, a Lei Maria da Penha alterou a pena do crime de lesão corporal dolosa leve qualificado pela violência doméstica, previsto no art. 129, § 9º, do CP, constando do preceito secundário do referido artigo a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. Destarte, por se tratar de crime cuja pena máxima cominada é superior a 2 (dois) anos, tal delito não é mais considerado uma infração de menor potencial ofensivo, cessando, por conseguinte, a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgá-lo.[27]

Como a pena mínima prevista para o delito é de 3 (três) meses, seria cabível, pelo menos em tese, o instituto da suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95). Todavia, segundo o disposto no art. 41 da Lei nº 11.340/06, "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, *não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*".

Analisando o disposto no art. 41 da Lei Maria da Penha, o Supremo entendeu que o preceito alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. Quanto à (in) constitucionalidade do referido dispositivo, a Suprema Corte também concluiu que, ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.[28]

Na mesma linha, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF, o Supremo julgou procedente o pedido para assentar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006. Considerou-se que, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para fomentar o fim traçado pelo art. 226, § 8º, da Constituição Federal, não sendo possível considerar-se ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Sob o enfoque constitucional, consignou-se que a norma seria corolário da incidência do princípio

26. STF, Pleno, Inq. 1.055 QO/AM, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/04/1996, DJ 24/05/1996.

27. Nessa linha: STJ, 3ª Seção, CC 101.272/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Dje 20/03/2009.

28. STF, Pleno, HC 106.212/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/03/2011, DJe 112 10/06/2011.

da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais. Sublinhou-se que a lei em comento representaria movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça. Discorreu-se que, com o objetivo de proteger direitos fundamentais, à luz do princípio da igualdade, o legislador editara microssistemas próprios, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente.[29]

> **Art. 62.** O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei n. 13.603/18)

7. CRITÉRIOS ORIENTADORES E FINALIDADES DA LEI Nº 9.099/95.

Os critérios orientadores e finalidades precípuas dos Juizados Especiais Criminais foram objeto de análise por ocasião do estudo do art. 2º da Lei nº 9.099/95. Para evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao referido dispositivo.

> **Seção I**
> **Da Competência e dos Atos Processuais**
>
> **Art. 63.** A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.

8. COMPETÊNCIA TERRITORIAL.

A expressão utilizada pelo legislador no art. 63 da Lei nº 9.099/95 – *praticada a infração penal* – acaba produzindo certa controvérsia doutrinária. Sobre o assunto, há, fundamentalmente, três posições distintas na doutrina:

a) **teoria da atividade**: uma primeira corrente prefere interpretar a expressão como o lugar onde ocorreu a ação ou omissão, diferenciando-se, pois, da regra prevista no Código de Processo Penal (art. 70), que adota o local da consumação como o foro competente para o processo e julgamento do feito;[30]

b) **teoria do resultado:** uma segunda corrente afirma que *praticar* é levar a efeito, fazer, realizar, cometer, executar. Logo, infração praticada traduz a idéia de uma infração realizada, executada, ou, em linguagem jurídico-penal, consumada;[31]

c) **teoria mista:** face a expressão dúbia utilizada pelo art. 63 da Lei nº 9.099/95 – "praticada a infração penal" –, que confere a impressão de se referir à "execução", mas também parece trazer em si o significado de "levar a efeito" ou "realizar", que daria o sentido da consumação, prevalece a orientação segundo a qual a Lei nº 9.099/95 adotou uma teoria mista, podendo o foro competente ser tanto o do lugar da ação ou omissão quanto o do lugar do resultado, o que, de certa forma, atende ao critério da celeridade previsto no art. 62 da Lei nº 9.099/95.[32]

> **Art. 64.** Os atos processuais serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

9. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.

A garantia do acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo revela uma clara postura democrática, e tem como objetivo precípuo assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade. Basta lembrar que, em regra, os processos secretos são típicos de estados autoritários.[33]

29. STF, Pleno, ADC 19/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012.

30. Entre outros, é essa a posição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, segundo os quais "a competência de foro será estabelecida pelo lugar em que for praticada a infração penal, ou seja, onde esgotados todos os meios ao alcance do autor do fato, independentemente do lugar em que venha a ocorrer o resultado". (*Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/95, de 26/09/1995*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 90).

31. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 2. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 100.

32. Nessa linha: NUCCI, Guilherme de Souza. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 254.

33. Como aponta Celso Ribeiro Bastos, "a publicidade dos atos processuais insere-se em um campo mais amplo da transparência da atuação dos poderes públicos em geral. É uma decorrência do princípio democrático. Este não pode conviver com o sigilo, o segredo, o confinamento a quatro portas, a falta de divulgação, porque por este caminho, da sonegação de dados à coletividade, impede-se o exercício importante de um direito do cidadão em um Estado governado pelo povo, qual seja: o de controle. Não há dúvida, portanto, de que a publicidade dos atos, e especificamente dos atos jurisdicionais, atende ao interesse das partes e ao interesse público. Protege o magistrado contra insinuações e maledicências; da mesma forma que protege as partes contra um possível arbítrio ou prepotência. E confere à coletividade, de um modo geral, a possibilidade de controle

Traduz-se, portanto, numa exigência política de se afastar a desconfiança da população na administração da Justiça. Com ela "são evitados excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça".[34]

Segundo Luigi Ferrajoli, cuida-se de garantia de segundo grau, ou garantia de garantia. Isso porque, segundo o autor, para que seja possível o controle da observância das garantias primárias da contestação da acusação, do ônus da prova e do contraditório com a defesa, é indispensável que o processo se desenvolva em público. Na dicção de Ferrajoli, a publicidade "assegura o controle tanto externo como interno da atividade judiciária. Com base nela os procedimentos de formulação de hipóteses e de averiguação da responsabilidade penal devem desenvolver-se à luz do sol, sob o controle da opinião pública e sobretudo do imputado e de seu defensor. Trata-se do requisito seguramente mais elementar e evidente do método acusatório".[35]

De acordo com o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Por sua vez, dispõe o art. 5º, XXXIII, da CF, que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Ademais, segundo o art. 5º, LX, da Carta Magna, a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Portanto, o art. 64 da Lei dos Juizados apenas se limita a reiterar o disposto na Constituição Federal, assegurando a publicidade como regra. Apesar de a regra ser a publicidade ampla, deve-se compreender que, como toda e qualquer garantia, esta não tem caráter absoluto, podendo ser objeto de restrição em situações em que o interesse público à informação deva ceder em virtude de outro interesse de caráter preponderante no caso concreto. Daí se falar em publicidade restrita, ou interna, que se caracteriza quando houver alguma limitação à publicidade dos atos do processo. Nesse caso, alguns atos ou todos eles serão realizados somente perante as pessoas diretamente interessadas no feito e seus respectivos procuradores, ou, ainda, somente perante estes. A publicidade restrita ou interna é impropriamente chamada de "segredo de justiça".[36]

Nas hipóteses de sigilo judicial em que for decretado o segredo de justiça nos autos, somente a própria autoridade jurisdicional que o decretou poderá afastá-lo. Como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, comissões parlamentares de inquérito não tem poder jurídico de, mediante requisição, determinar a quebra de sigilo imposto a processo sujeito a segredo de justiça.[37]

9.1. Realização dos atos processuais em horários noturnos e em qualquer dia da semana.

O art. 64 da Lei dos Juizados também deixa claro que, consoante disposto nas normas de organização judiciária de cada Estado, é perfeitamente possível que os atos processuais dos Juizados sejam praticados em horário noturno e em qualquer dia da semana, desde que, obviamente, seja respeitado o princípio da publicidade. Bom exemplo de aplicação desse dispositivo diz respeito ao funcionamento dos Juizados em estádios de futebol. Nesses casos, infrações de menor potencial ofensivo cometidas antes, durante, ou depois das partidas, são solucionadas de imediato pelos Juizados Criminais, o que vem ao encontro do princípio da celeridade.

9.2. (Im) possibilidade de contagem dos prazos levando-se em consideração apenas os dias úteis.

Consoante disposto no art. 219 do novel diploma processual civil, na contagem de prazos processuais em dias, computar-se-ão *somente os dias úteis*. Sem dúvida alguma, se no âmbito processual civil a contagem dos prazos processuais

sobre atos que são praticados com a força própria do Estado". (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. Vol. 2. p. 285).

34. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

35. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 567.

36. Veja-se que a Constituição Federal autoriza a restrição à publicidade, mas desde que assegurada, *no mínimo, a presença dos advogados* (art. 93, IX). Logo, o art. 520 do CPP não foi recepcionado na parte em que, ao tratar da audiência de reconciliação no procedimento dos crimes contra a honra, prevê que a ela estarão presentes apenas o juiz e as partes, sem a presença de seus advogados.

37. STF, Tribunal Pleno, MS 27.483/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 192 09/10/2008.

leva em consideração apenas os dias úteis, o *ideal* seria estender esse mesmo raciocínio ao processo penal, até mesmo para uniformizarmos a contagem de prazos processuais, independentemente da natureza do feito (cível, criminal, trabalhista, eleitoral,. etc). No entanto, o art. 798, *caput,* do CPP, é categórico ao afirmar que *todos os prazos serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.* Logo, como a lei processual não foi omissa em relação ao assunto, parece-nos inviável sustentar a aplicação do art. 219 do CPC ao processo penal, até mesmo porque a analogia pressupõe a omissão do legislador, o que, *in casu,* não teria ocorrido. Pelo contrário. A lei processual penal é expressa no sentido de que os prazos processuais são contínuos e peremptórios, leia-se, são computados dias úteis e não úteis, com a ressalva de que, na hipótese de o prazo terminar em domingo ou feriado, considera-se prorrogado até o dia útil imediato (CPP, art. 798, § 3º). Por ser a analogia recurso de autointegração (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 4º), e não instrumento de derrogação de texto ou de procedimento legal, seu emprego só pode ser admitido quando a lei for omissa. Tendo em conta que o CPP não é omisso em relação ao cômputo dos dias úteis para a contagem de prazos processuais, e considerando que não consta das disposições finais e transitórias do CPC (arts. 1045 a 1072) qualquer referência à revogação do art. 798 do CPP, nem tampouco quanto à aplicação da regra do art. 219 ao processo penal, revela-se inviável estender a referida regra aos feitos criminais.[38]

Esse raciocínio também é válido para os Juizados Especiais Criminais. É bem verdade que, por força da Lei n. 13.728/18, foi acrescentado à Lei n. 9.099/95 o art. 12-A, nos seguintes termos: "Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, *computar-se-ão somente os dias úteis*". Todavia, não se pode perder de vista que o art. 12-A está inserido no *Capítulo II* da Lei n. 9.099/95, que versa sobre os *Juizados Especiais Cíveis,* e não no *Capítulo III,* atinente aos *Juizados Especiais Criminais.* De mais a mais, é fato que o novel dispositivo foi introduzido na Lei n. 9.099/95 porque havia quem entendesse que o art. 219 do CPC não era aplicável aos Juizados Cíveis. No âmbito criminal, como o art. 92 da Lei n. 9.099/95 manda aplicar aos Juizados Especiais Criminais, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal, e como este tem dispositivo expresso (art. 798) em sentido contrário aos arts. 12-A da Lei n. 9.099/95 e 219 do CPC, não se pode admitir a contagem dos prazos levando-se em conta exclusivamente os dias úteis.

> **Art. 65.** Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei.
>
> § 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.
>
> § 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação.
>
> § 3º Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente.

10. PRINCÍPIOS REFERENTES ÀS NULIDADES.

10.1. Princípio da instrumentalidade das formas.

Como ensina a doutrina, são três os sistemas segundo os quais pode ser imposta a sanção de nulidade:[39]

a) **sistema da legalidade das formas, formalista ou da indeclinabilidade das formas**: todo e qualquer vício acarreta o reconhecimento da nulidade do ato processual;

b) **sistema da legalidade das formas mitigado**: o ato será considerado nulo apenas se a lei assim expressamente o declarar, ou seja, ainda que o ato processual seja praticado em desacordo com o modelo típico, caso não seja prescrita a nulidade, o ato será considerado válido;

c) **sistema da instrumentalidade das formas**: as irregularidades devem ser distinguidas conforme sua gravidade, não se declarando a nulidade do ato se sua finalidade foi atingida e se não houve prejuízo para as partes.

Antigamente, trabalhava-se precipuamente com os dois primeiros sistemas acima citados, reconhecendo-se a nulidade sempre que o ato

38. No sentido de que não se aplica ao processo penal a regra do art. 219 do CPC, porquanto há regra expressa em sentido diverso, leia-se, o art. 798 do CPP: STF, 2ª Turma, HC 134.554 Rcon/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 123 14/06/2016. Na mesma linha: STJ, 3ª Seção, AgRg na Rcl 30.714/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 27/04/2016, DJe 04/05/2016.

39. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal.* 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

processual fosse praticado em desacordo com o modelo legal, ou quando a lei assim o declarasse. Esse *primado da legalidade das formas*, no qual o legislador listava expressamente as hipóteses de nulidade, era passível de muitas críticas porquanto privava o magistrado de qualquer discricionariedade na avaliação das consequências do vício, o que, invariavelmente, acarretava o reconhecimento de nulidades por excessivo formalismo, sem que houvesse qualquer prejuízo às partes.

Hoje, no entanto, é dominante a utilização do terceiro sistema – instrumentalidade das formas –, em que se compreende que a existência do modelo típico não é um fim em si mesmo. Na verdade, a forma prescrita em lei visa proteger algum interesse ou atingir determinada finalidade. Por isso, antes de ser decretada a ineficácia do ato processual praticado em desacordo com o modelo típico, há de se verificar se o interesse foi protegido ou se a finalidade do ato processual foi atingida. Em caso afirmativo, não há motivo para se decretar a nulidade do ato processual.

O princípio da instrumentalidade das formas, também conhecido como princípio da finalidade, pode ser extraído de alguns dispositivos legais, a saber: a) as nulidades previstas no art. 564, III, "d" e "e", segunda parte, "g" e "h", e IV, do CPP, considerar-se-ão sanadas se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido seu fim (CPP, art. 572, II); b) quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade (art. 277 do CPC); c) os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (Lei nº 9.099/95, art. 65, *caput*).

10.2. Princípio do prejuízo.

Segundo o art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar nenhum prejuízo para as partes (*pas de nullité sans grief*). Na mesma linha, dispõe o art. 65, § 1º, da Lei nº 9.099/95, que não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

O princípio do prejuízo aí previsto deriva da ideia de que a tipicidade dos atos processuais funciona apenas como um instrumento para a correta aplicação do direito. Logo, eventual desobediência às formas prescritas em lei só deve acarretar a invalidação do ato processual quando a finalidade para a qual foi instituída a forma restar comprometida pelo vício. Em síntese, somente a atipicidade relevante, capaz de produzir prejuízo às partes, autoriza o reconhecimento da nulidade.

Outro dispositivo legal que versa sobre o princípio do prejuízo é o art. 566 do CPP, por força do qual "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa". Ora, se o ato viciado é absolutamente inócuo, incapaz de prejudicar a formação do convencimento judicial, não há motivo para o reconhecimento de sua nulidade. É o que ocorre, a título de exemplo, com a inversão da ordem de oitiva das testemunhas, considerada pela jurisprudência como causa de mera nulidade relativa, daí por que se afigura indispensável a comprovação do prejuízo. Supondo que as testemunhas da defesa sejam meramente abonatórias, é evidente que sua oitiva antes da colheita do depoimento das testemunhas arroladas pela acusação não acarretará qualquer prejuízo à defesa.[40]

Na mesma linha, segundo o art. 572, II, do CPP, as nulidades previstas no art. 564, III, "d" e "e", segunda parte, "g" e "h", e IV, considerar-se-ão sanadas se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim. O dispositivo deixa entrever que, inobstante o vício constante do ato processual, não há motivo para se declarar a nulidade se sua finalidade tiver sido atingida, ou seja, se não tiver acarretado qualquer prejuízo às partes. Nessa linha, de acordo com a súmula nº 366 do STF, "não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia". Ora, o simples fato de não constar do edital de citação a transcrição da denúncia ou o resumo dos fatos em que esta se baseia não autoriza o reconhecimento da nulidade do referido ato de comunicação, porquanto este terá atingido a sua finalidade, visto que o acusado terá sido cientificado acerca da instauração de um processo penal contra sua pessoa, podendo, assim, exercer seu direito de defesa.

O princípio do prejuízo é aplicável tanto às nulidades absolutas quanto às relativas. Segundo a doutrina, enquanto o prejuízo é presumido na nulidade absoluta, deve ser comprovado na nulidade relativa. Essa distinção é evidenciada na súmula nº 523 do Supremo: "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o

40. STF, 2ª Turma, HC 75.345/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/09/1997.

réu". De se lembrar que, na hipótese de nulidade absoluta, a despeito de o prejuízo ser presumido, nada impede que a parte contrária demonstre a inocorrência do prejuízo que foi estabelecido em virtude da presunção legal que decorre do caráter absoluto da nulidade invocada.[41]

Por ocasião da verificação do prejuízo causado pelo ato viciado, há de se ficar atento às hipóteses em que o dano fica adstrito ao próprio ato maculado (**nulidade originária**) e àquelas em que os atos subsequentes do processo são contaminados (**nulidade derivada**). Por exemplo, supondo que a citação do acusado tenha sido feita em desacordo com o modelo legal (nulidade originária), é evidente que esta nulidade contaminará todos os demais atos do processo (nulidade derivada), porquanto maculada *ab initio* a autodefesa do acusado e o direito de constituir advogado de sua confiança.

11. COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS POR QUALQUER MEIO HÁBIL DE COMUNICAÇÃO.

Em fiel observância aos critérios da informalidade, da economia processual e da celeridade, o art. 65, § 2º, da Lei dos Juizados, determina que a prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação. Para além de confirmar a possibilidade da prática de atos processuais em outras comarcas, o dispositivo também deixa claro que, para tanto, não mais se faz necessária a expedição de carta precatória.

Aliás, por força do art. 1º da Lei nº 11.419/06, o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais pode ocorrer no âmbito processual civil, *penal* e trabalhista, inclusive nos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. A única ressalva à aplicação da referida lei no âmbito processual penal diz respeito à citação. De fato, de acordo com o art. 6º da Lei nº 11.419/06, não é possível a citação por meio eletrônico em processos criminais, assim como nos feitos envolvendo a prática de atos infracionais por adolescentes.

12. REGISTRO DA AUDIÊNCIA.

Por força da própria Constituição Federal, que faz menção expressa ao princípio da oralidade em seu art. 98, inciso I, deve haver um predomínio da palavra oral sobre a palavra escrita. Daí dispor o art. 65, § 3º, da Lei nº 9.099/95, que serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente. Destarte, do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nele ocorridos, sem que haja necessidade de utilização do tradicional *ditado* feito pelo juiz ao escrevente.

Às partes interessa sobremaneira registrar todos os incidentes ocorridos no curso da audiência como, por exemplo, perguntas indeferidas pelo magistrado (CPP, art. 212), assim como o indeferimento de reperguntas formuladas ao acusado durante seu interrogatório (CPP, art. 188), o que será muito importante para fins de se suscitar cerceamento da acusação ou da defesa em preliminar de apelação.

Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações, aplicando-se, subsidiariamente, o quanto disposto no art. 405, § 1º, do CPP. No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição (CPP, art. 405, § 2º). Portanto, os depoimentos documentados por meio audiovisual não precisam de transcrição, sendo que, quando for de sua preferência pessoal, o magistrado poderá determinar que os servidores que estão afetos a seu gabinete ou secretaria procedam à degravação, observando-se, nesse caso, as recomendações médicas quanto à prestação desse serviço. (Resolução nº 105 do CNJ, art. 2º). Sobre o assunto, assim já se pronunciou o STJ: "(...) A conversão do julgamento de apelação em diligência para que a primeira instância providencie a degravação de conteúdo registrado em meio audiovisual contraria frontalmente o art. 405, § 2º, do CPP, assim como o princípio da razoável duração do processo".[42]

> **Art. 66.** A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.
>
> Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

41. A despeito do entendimento doutrinário, vimos anteriormente no tópico referente à nulidade absoluta que, em julgados recentes, o Supremo Tribunal Federal vem exigindo a comprovação do prejuízo tanto nas hipóteses de nulidade absoluta quanto relativa.

42. STJ, 5ª Turma, HC 172.840/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/10/2010, DJe 03/11/2010.

13. CITAÇÃO DO ACUSADO.

Sem dúvida alguma, a citação é um dos mais importantes atos de comunicação processual, porquanto dá ciência ao acusado do recebimento de uma denúncia ou queixa em face de sua pessoa, chamando-o para se defender. Considerando-se que a instrução criminal deve ser conduzida sob o crivo do contraditório, a parte contrária deve ser ouvida (*audiatur et altera pars*). Para que ela seja ouvida, faz-se necessário o chamamento a juízo, que é feito por meio da citação.

Funciona a citação, portanto, como misto de contraditório e de ampla defesa, já que, ao mesmo tempo em que dá ciência ao acusado da instauração de demanda penal contra ele, também o chama para exercer seu direito de defesa. Portanto, além de assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), a citação também dá concretude ao quanto previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura que toda pessoa acusada de delito tem direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2, "b").

Tamanha a importância da citação que o próprio CPP estabelece que sua falta configura nulidade absoluta (CPP, art. 564, III, "e"). Logo, se a citação não existiu ou, tendo existido, estava eivada de nulidade, o processo estará nulo *ab initio*. Denomina-se *circunducção* o ato pelo qual se julga nula ou de nenhuma eficácia a citação; quando anulada diz-se que há citação circunduta.[43]

Se a citação válida é providência essencial à validade do processo, a nulidade absoluta decorrente da inobservância da forma prescrita em lei poderá ser arguida mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria, na medida em que, nessa hipótese, há instrumentos processuais aptos a fazê-lo, como a revisão criminal e o *habeas corpus*, que somente podem ser ajuizados em favor do condenado. A propósito, em habeas corpus apreciado pelo Supremo, do qual resultou a anulação do processo a partir da citação, restou consignado que a nulidade absoluta que vicia a citação pessoal do acusado, impedindo-lhe o exercício da autodefesa e de constituir defensor de sua livre escolha causa prejuízo evidente, daí por que pode ser arguida a qualquer tempo.[44]

A despeito da importância da citação, sua falta ou nulidade estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumar-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. Afinal, o fim da citação terá sido alcançado. Nesse caso, a lei permite que o juiz ordene a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte (CPP, art. 570).[45]

Nos mesmos moldes do que ocorre no âmbito do Código de Processo Penal, a citação nos Juizados também deve ser feita pessoalmente, pelo menos em regra. O art. 66, *caput*, da Lei nº 9.099/95, dispõe que a citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado. Há uma impropriedade técnica nesse dispositivo, porque a citação feita por mandado também é espécie de citação pessoal, conquanto seja levada a efeito por oficial de justiça. Não se admite citação pelo correio, nem tampouco citação por e-mail ou telefone. Além disso, segundo disposição expressa da Lei nº 11.419/06 (art. 6º), que dispõe sobre a informatização do processo judicial, não se admite citação eletrônica no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

13.1. Citação por edital, por carta precatória, por carta rogatória ou por hora certa nos Juizados.

Caso o acusado não seja encontrado para ser citado, o juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum (Lei nº 9.099/95, art. 66, parágrafo único). Como a Lei nº 9.099/95 não admite a citação por edital, não sendo encontrado o acusado, o juiz deve remeter as peças existentes para o juízo comum, no qual deverá ser observado o procedimento sumário do Código de Processo Penal (CPP, art. 538, com redação dada pela Lei nº 11.719/08).[46]

Neste caso, o processo só deve ser remetido ao Juízo comum após o oferecimento da peça acusatória e tentativa de citação pessoal no Juizado

43. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 10ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 514.

44. STF, 1ª Turma, HC 92.569/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11/03/2008, Dje 074 24/04/2008. Em sentido semelhante, reconhecendo que a violação à ampla defesa pode ser reconhecida mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória: STJ, 6ª Turma, HC 88.934/PB, Relatora Ministra Jane Silva, DJe 10/03/2008.

45. No sentido de que eventual nulidade da citação do acusado é sanada com a constituição de defesa técnica que passa a atuar desde o início do processo, com oferecimento de alegações preliminares, requerimentos e alegações finais: STF, 2ª Turma, HC 94.619/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02/09/2008, DJe 182 25/09/2008. Em sentido semelhante: STF, 1ª Turma, HC 96.465/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/12/2010, DJe 084 05/05/2011. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 85.950/PE, Rel. Min. Eros Grau, DJ 11/11/2005.

46. No sentido de que a remessa dos autos do juizado especial criminal para o juízo comum com fundamento no art. 66 da Lei nº 9.099/95 não constitui ilegalidade ou ofensa aos postulados do juiz natural e do devido processo legal: STF, 2ª Turma, HC 100.459/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/02/2012, DJe 102 24/05/2012.

Especial. Com efeito, não comparecendo o acusado à audiência preliminar designada para oferecimento de transação penal e não havendo a necessidade de diligências imprescindíveis, o MP deve oferecer de imediato a denúncia oral nos termos do art. 77 da Lei nº 9.099/1995 e, somente após a apresentação dessa exordial acusatória, é que podem ser remetidos os autos ao juízo comum para proceder à citação editalícia, conforme dispõe expressamente o art. 78, § 1º, da referida lei.[47]

Uma vez remetidos os autos ao juízo comum em virtude da impossibilidade de citação pessoal nos Juizados, ainda que o acusado seja posteriormente encontrado, não haverá o restabelecimento da competência dos Juizados, que é exaurida no momento em que os autos são encaminhados ao juízo comum.

Considera-se que a expedição de carta rogatória (art. 368 do CPP) não se coaduna com o sistema dos Juizados Especiais Criminais, de sorte que, no caso de o acusado estar no estrangeiro, os autos deverão ser encaminhados ao Juízo comum, nos moldes do que ocorre na hipótese de o acusado não ser encontrado para citação pessoal, eis que o procedimento da citação por carta rogatória não apresenta compatibilidade com os princípios adotados pela Lei 9.099/95.[48]

Conquanto não seja cabível a carta rogatória, tem-se admitido a citação por carta precatória (acusado que mora em outra comarca) e por hora certa (quando o acusado se oculta para não ser citado) no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Nesse sentido, eis o teor do enunciado nº 110 do XXV FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais, realizado em São Luís, de 27 a 29 de maio de 2009): "No Juizado Especial Criminal é cabível a citação com hora certa".

> **Art. 67.** A intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação.
>
> Parágrafo único. Dos atos praticados em audiência considerar-se-ão desde logo cientes as partes, os interessados e defensores.

14. INTIMAÇÕES E NOTIFICAÇÕES NOS JUIZADOS.

Na prática, não há qualquer relevância na distinção entre intimação e notificação. Na verdade, pelo que se percebe da própria redação do CPP e da Lei nº 9.099/95, é comum a utilização equivocada de tais expressões. De todo modo, pelo menos sob um ponto de vista doutrinário, é possível trabalhar com a seguinte distinção:

a) **intimação**: é a comunicação feita a alguém no tocante a ato já realizado. A título de exemplo, podemos citar a intimação da degravação de audiência, a intimação de sentença prolatada pelo magistrado, etc.

b) **notificação**: diz respeito à ciência dada a alguém quanto à determinação judicial impondo o cumprimento de certa providência. Exemplos: notificação para que a testemunha compareça em juízo para prestar seu depoimento; notificação do acusado para que compareça à audiência una de instrução e julgamento para fins de reconhecimento pessoal.

No âmbito dos Juizados, as intimações e notificações poderão ser feitas: a) **por correspondência**: com aviso de recebimento pessoal ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado; b) **por oficial de justiça**: sendo necessário, as intimações e notificações poderão ser feitas por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória; c) **por qualquer meio de comunicação**: a título de exemplo, é perfeitamente possível a utilização dos meios eletrônicos, *ex vi* do art. 1º da Lei nº 11.419/06. À evidência, desde que as partes, os interessados e defensores estejam presentes à audiência, dos atos aí praticados considerar-se-ão desde logo cientes, sendo desnecessária a intimação por correspondência, por oficial de justiça ou por qualquer outro meio de comunicação.

> **Art. 68.** Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público.

47. STJ, 3ª Seção, CC 104.225/PR, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, j. 25/05/2011.

48. No sentido de que é inviável a utilização da rogatória nos juizados, pois essa providência não se amolda aos princípios da economia e celeridade processuais, ínsitos ao procedimento sumaríssimo: STJ, 6ª Turma, RHC 10.476/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 05/03/2001.

15. INDISPENSABILIDADE DA DEFESA TÉCNICA.

Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa (art. 5º, LV), entende-se que a proteção deve abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica), havendo entre elas relação de complementariedade.

Defesa técnica é aquela exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público. Para ser ampla, como impõe a Constituição Federal, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor. Logo, mesmo que o acusado, desprovido de capacidade postulatória, queira ser processado sem defesa técnica, e ainda que seja revel, deve o juiz providenciar a nomeação de defensor. Exatamente em virtude disso, dispõe o art. 261 do CPP que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".[49]

Não se admite, assim, processo penal sem que a defesa técnica seja exercida por profissional da advocacia. Caso o processo tenha curso sem a nomeação de defensor, seja porque o acusado não constituiu advogado, seja porque o juiz não lhe nomeou advogado dativo ou defensor público, o processo estará eivado de nulidade absoluta, por afronta à garantia da ampla defesa (CPP, art. 564, III, "c"). Nessa linha, segundo a súmula nº 708 do Supremo, "é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro".[50]

Considerando que, a fim de se assegurar a paridade de armas, a presença de defensor técnico é obrigatória no processo penal, especial atenção deve ser dispensada à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Isso porque, de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica, toda pessoa acusada de delito tem direito de se defender pessoalmente *ou* de ser assistido por um defensor de sua escolha (CADH, art. 8, nº 2, "d"). Como se vê, da interpretação da CADH depreende-se que o acusado pode optar por exercer sua defesa pessoalmente *ou* ser assistido por um defensor de sua escolha.

Logicamente, se o acusado é profissional da advocacia, poderá exercer sua própria defesa técnica. Todavia, se o acusado não é dotado de capacidade postulatória, sua defesa técnica deverá ser exercida por profissional da advocacia legalmente habilitado nos quadros da OAB. Portanto, se o acusado não é profissional da advocacia, não tem o direito de redigir pessoalmente sua defesa técnica, salvo em situações excepcionais expressamente previstas na Constituição Federal ou no Código de Processo Penal (v.g., interposição de *habeas corpus*, recursos e incidentes da execução penal). Como já entendeu o Supremo, ao acusado é assegurado o exercício da autodefesa consistente em ser interrogado pelo juízo ou em invocar direito ao silêncio (direito de audiência), bem como de poder acompanhar os atos da instrução criminal, além de apresentar ao respectivo advogado a sua versão dos fatos para que este elabore as teses defensivas (direito de presença). No entanto, a ele não é dado apresentar sua própria defesa, quando não possuir capacidade postulatória.[51]

Para que o próprio acusado possa exercer sua defesa técnica, não basta que seja dotado de capacitação técnica. O acusado deve ser advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Por isso, a despeito do evidente conhecimento jurídico de que são dotados, se acusados criminalmente, juízes e/ou promotores não podem exercer sua defesa técnica. Nesse sentido, como já se pronunciou o Supremo, "nas ações penais originárias, a defesa preliminar (L. 8.038/90, art. 4º), é atividade privativa dos advogados. Os membros do Ministério Público estão impedidos de exercer advocacia, mesmo em causa própria. São atividades incompatíveis (L. 8.906/94, art. 28)".[52]

Se a defesa técnica deve ser exercida por profissional da advocacia, é evidente que não é possível a nomeação de estagiários para patrocinar causas criminais, já que tal providência é proibida pelo Estatuto da OAB, notadamente quando

49. Essa defesa técnica deve ser assegurada inclusive durante a execução penal. Nesse sentido, basta atentar para as importantes modificações introduzidas pela Lei nº 12.313/10 na Lei de Execução Penal, que passou a prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública.

50. No sentido da nulidade absoluta de sessão de julgamento de apelação criminal realizada sem a presença de defensor constituído, porquanto, após a apresentação das razões de apelação, o advogado constituído teria renunciado aos poderes que lhe foram conferidos, sem que o juiz tivesse notificado o acusado para a constituição de novo defensor, como demanda a súmula nº 708 do STF: STF, 2ª Turma, HC 94.282/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/03/2009, DJe 75 23/04/2009.

51. STF, 1ª Turma, HC 102.019/PB, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/08/2010, DJe 200 21/10/2010. Ainda no sentido de que o exercício da autodefesa pelo acusado deve se dar de forma complementar à defesa técnica, e não de forma exclusiva, salvo em hipóteses excepcionais, como no caso da impetração de *habeas corpus:* STJ, 5ª Turma, HC 100.810/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29/04/2009, DJe 25/05/2009.

52. STF, 2ª Turma, HC 76.671/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 09/06/1998, DJ 10/08/2000.

desacompanhado de advogado (Lei nº 8.906/94, art. 3º, § 2º).[53]

Com raciocínio semelhante, também não se admite que a defesa técnica seja exercida por advogado suspenso por ato disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil. Considerada a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça (CF, art. 133) e a necessidade de o mesmo atender as qualificações profissionais que a lei estabelecer (CF, art. 5º, XIII), se os atos processuais foram praticados por advogado que não estava legalmente habilitado a tanto, deve se reputar violado o direito à defesa plena, efetiva e real, que a Constituição Federal assegura a todos os acusados.[54]

Em julgado mais recente, todavia, a 1ª Turma do Supremo entendeu não haver nulidade em processo criminal no qual a defesa técnica foi exercida por advogado licenciado da OAB. Para a Min. Cármen Lúcia, além de não ter sido demonstrado qualquer prejuízo advindo do exercício da defesa por advogado licenciado da Ordem dos Advogados do Brasil, o princípio da falta de interesse, tal como estabelecido no art. 565, primeira parte, do Código de Processo Penal, não admite a arguição da nulidade por quem tenha dado causa ou concorrido para a existência do vício – no caso concreto, os poderes de representação judicial outorgados ao advogado licenciado foram ampla e livremente conferidos pelo acusado por instrumento de procuração, do que se poderia extrair que tinha conhecimento da condição do patrono, tendo, assim, concorrido para o vício.[55]

A presença de advogado é imprescindível no processo criminal, mesmo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Da análise da Lei 9.099/95 é fácil perceber que a presença de defensor é obrigatória em todos os momentos, seja na audiência preliminar (art. 72), na análise da proposta da transação penal (art. 76, § 3º), no curso do procedimento comum sumaríssimo (art. 81), seja no momento da proposta de suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º). Por isso, o art. 68 da Lei nº 9.099/95 dispõe que "do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á nomeado defensor público".

Nesse ponto, especial atenção deve ser dispensada ao art. 10 da Lei nº 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. De acordo com o referido dispositivo, as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado *ou não*. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Contudo, quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Este o motivo pelo qual o Supremo, no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, fez interpretação conforme para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal.[56]

Seção II
Da Fase Preliminar

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (Redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.5.2002)

16. TERMO CIRCUNSTANCIADO.

Se o processo perante o Juizado Especial se orienta pelos critérios da informalidade, economia processual e celeridade, nada mais lógico do que se prever a substituição do auto de prisão em flagrante e do inquérito policial pela inicial lavratura

53. STF, 1ª Turma, HC 89.222/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/09/2007, DJe 206 30/10/2008.

54. STF, 2ª Turma, HC 85.717/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 09/10/2007. Informativo nº 483 do STF.

55. STF, 1ª Turma, HC 99.457/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13/10/2009, DJe 100 02/06/2010.

56. STF, Pleno, ADI 3.168/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08/06/2006, DJe 72 02/08/2007.

de termo circunstanciado a respeito da ocorrência de infração de menor potencial ofensivo, a cargo da autoridade policial. Portanto, no âmbito do Juizado Especial Criminal, não há necessidade de instauração de inquéritos policiais, pelo menos em regra.

Prevê o art. 69, da Lei nº 9.099/95, que a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando as requisições dos exames periciais necessários. O inquérito policial, portanto, se vê substituído pela elaboração do termo circunstanciado. Apesar de não definido pela Lei nº 9.099/95, trata-se de um relatório sumário da infração de menor potencial ofensivo, contendo a identificação das partes envolvidas, a menção à infração praticada, bem como todos os dados básicos e fundamentais que possibilitem a perfeita individualização dos fatos, a indicação das provas, com o rol de testemunhas, quando houver, e, se possível, um croqui, na hipótese de acidente de trânsito, visando à formação da *opinio delicti* pelo titular da ação penal.

Apesar de se assemelhar a um *boletim de ocorrência* em virtude da simplicidade de sua elaboração e pelo fato de não ser necessária a observância de formalidades sacramentais, o termo circunstanciado dele se diferencia porque, com os elementos que o instruem, constitui a própria *informatio delicti,* ou seja, o instrumento necessário destinado a fornecer elementos de informação para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Por força da simplicidade que norteia sua elaboração, pensamos ser inviável o indiciamento em sede de termo circunstanciado. Considerando a possibilidade de incidência das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95 (composição civil dos danos, transação penal, suspensão condicional do processo e representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa), e tendo em conta que a imposição de pena restritiva de direitos ou multa nas hipóteses de transação penal não constará de certidão de antecedentes criminais (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 6º), apresenta-se inviável o indiciamento, já que tal ato acarretaria o registro da imputação nos assentamentos pessoais do indivíduo.

Apesar de ter sido lavrado termo circunstanciado, nada impede que, posteriormente, seja determinada a instauração de inquérito policial para apuração da mesma conduta delituosa. Basta supor hipótese em que a transação penal não tenha sido celebrada, cuidando-se de caso complexo que demande a realização de várias diligências complementares. Além dessa hipótese, caso haja conexão ou continência de infração de menor potencial ofensivo com infração que não o seja, deve ser determinada a instauração de inquérito policial para apurar ambos os delitos, aplicando-se, por analogia, o quanto disposto no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

Quanto à atribuição para a lavratura dessa peça de informação, é evidente que o particular não pode elaborar um termo circunstanciado, já que o art. 69, *caput,* da Lei nº 9.099/95, faz expressa menção à *autoridade policial.* Porém, muito se discute acerca da *autoridade policial* que teria legitimidade para tanto. Na doutrina, ainda prevalece o entendimento de que, cuidando-se de procedimento de caráter investigatório, sua realização só pode ficar a cargo da autoridade de polícia investigativa (ou polícia judiciária, como prefere a maioria da doutrina) – Polícia Federal e Polícias Civis –, nos termos do art. 144, § 1º, I, e § 4º, da Constituição Federal. Afinal, somente o Delegado de Polícia possui, em tese, formação técnica profissional para classificar infrações penais, requisito indispensável para que o ilícito seja incluído (ou não) como infração de menor potencial ofensivo. Logo, a Polícia Militar não pode lavrar termo circunstanciado, pois tal função não está inserida dentre aquelas inerentes ao policiamento ostensivo e à preservação da ordem pública.[57]

A despeito da posição majoritária da doutrina, preferimos entender que, em razão da baixa complexidade da peça, nada impede que sua lavratura fique a cargo da Polícia Militar. Na expressão *autoridade policial* constante do *caput* do art. 69 da Lei nº 9.099/95 estão compreendidos todos os órgãos encarregados da segurança pública, na forma do art. 144 da Constituição Federal, aí incluídos não apenas as polícias federal e civil, com função institucional de polícia investigativa da União e dos Estados, respectivamente, como também a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal e as polícias militares. O art. 69, *caput,* da Lei nº 9.099/95, refere-se, portanto, a todos os órgãos encarregados pela Constituição Federal da defesa da segurança pública, para que exerçam plenamente sua função de restabelecer a ordem e garantir a boa execução da administração, bem como do mandamento constitucional de preservação da ordem pública.

57. É nesse sentido a posição de Julio Fabbrini Mirabete: *Juizados especiais criminais – comentários, jurisprudência, legislação.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 89.

Somente essa interpretação está de acordo com os princípios da celeridade e da informalidade. Afinal, não faz sentido que o policial militar se veja obrigado a se deslocar até o distrito policial para que o delegado de polícia subscreva o termo ou lavre outro idêntico, até porque se trata de peça meramente informativa, cujos eventuais vícios em nada anulam o procedimento judicial.[58]

Nessa linha, o Provimento nº 758, de 14/07/2001, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, permite que o juiz de direito, responsável pelas atividades do Juizado, possa tomar conhecimento dos *termos circunstanciados elaborados por policiais militares*, desde que assinados concomitantemente por Oficial da Polícia Militar. De seu turno, o Provimento nº 806/2003 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo dispõe em seu art. 41.1: "Considera-se autoridade policial apta a tomar conhecimento da ocorrência e a lavrar termo circunstanciado, o agente do Poder Público, investido legalmente para intervir na vida da pessoa natural, que atue no policiamento ostensivo ou investigatório". Nos mesmos moldes, a Resolução SSP 403/2001 do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo estabelece que o termo circunstanciado será elaborado pelo policial civil ou militar que primeiro tomar conhecimento da ocorrência, sendo que os termos circunstanciados feitos pela Polícia Militar devem ser assinados também por oficial da Corporação.

Esses atos normativos estaduais que atribuem à Polícia Militar a possibilidade de elaborar termos circunstanciados foram questionados perante o Supremo em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Por entender que os atos normativos impugnados seriam secundários, prestando-se apenas a interpretar a norma contida no art. 69 da Lei nº 9.099/95, a ação não foi conhecida pela Suprema Corte. Porém, em *obter dictum*, o Min. Cezar Peluso manifestou-se no sentido de que se trata de atividade típica própria das Autoridades de polícia ostensiva, não havendo ilegalidade em conferi-la à Polícia Militar. Na mesma linha, o Min. Carlos Britto observou que o Termo Circunstanciado apenas documenta uma ocorrência, noticiando o que ocorreu. Ademais, "essa documentação pura e simples não significa nenhum ato de investigação, porque, na investigação, primeiro se investiga e, depois, documenta-se o que foi investigado".[59]

Não obstante, por ocasião do julgamento da ADI 3.614, concluiu a Suprema Corte que a lavratura de termos circunstanciados pela Polícia Militar caracteriza hipótese de usurpação de atribuições exclusivas da Polícia Judiciária, seja ela a Polícia Civil, seja ela a Polícia Federal.[60]

Recentemente, foi editada pelo Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo a Resolução SSP 233/2009, que proibiu que a Polícia Militar procedesse à lavratura de termos circunstanciados. Ocorre que tal Resolução foi anulada nos autos do processo nº 053.09.035111-0, que tramitaram perante a 5ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central, cuja decisão pende de recurso no Tribunal de Justiça.

16.1. Situação de flagrância nas infrações de menor potencial ofensivo.

Em relação àquele surpreendido em situação de flagrância de infração de menor potencial ofensivo, diz o art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, que ao autor do fato que, após a lavratura do termo circunstanciado, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

Conquanto a lei use a expressão *não se imporá prisão em flagrante*, deve-se entender que é perfeitamente possível a captura e a condução coercitiva do agente, estando vedada somente a lavratura do auto de prisão em flagrante e o subsequente recolhimento ao cárcere. Em tais hipóteses, caso o capturado assuma o compromisso de comparecer ao Juizado ou a ele compareça imediatamente, não será lavrado o auto de prisão em flagrante, mas tão somente o termo circunstanciado, com sua imediata liberação.[61]

Portanto, independentemente de o agente fazer jus (ou não) a uma possível transação penal – perceba-se que o art. 69, parágrafo único, não elenca qualquer requisito de natureza subjetiva

58. Com esse mesmo entendimento: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/95*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 117. Na mesma linha: MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 1278. Reconhecendo não haver ilegalidade na lavratura de termo circunstanciado pela Polícia Militar em face da deficiência dos quadros da Polícia Civil: STJ, 6ª Turma, HC 7.199/PR, Rel. Min. Vicente Leal, j. 01/07/1998, DJ 28/09/1998 p. 115.

59. STF, Pleno, ADI 2.862/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26/03/2008, DJe 083 08/05/2008.

60. STF, Pleno, ADI 3.614/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20/09/2007, DJe 147 22/11/2007. Com entendimento semelhante: STF, 1ª Turma, RE 702.617 AgR/AM, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26/02/2013, DJe 54 20/03/2013.

61. Na visão do STJ: "Em se tratando de crimes de menor potencial ofensivo cometidos na esfera federal, nos termos da Lei 10.259/2001, mostra-se descabida, em princípio, a ameaça de prisão contra o autor do delito, tendo em vista que o flagrante não é possível caso o agente seja encaminhado de imediato ao juizado ou assuma compromisso de fazê-lo". (STJ, 5ª Turma, HC 19.071, Rel. Felix Fischer, j. 19.02.2002, JSTJ e TRF-LEX 156/354).

–, tratando-se de flagrante de infração de menor potencial ofensivo, não será efetuada a lavratura do auto de prisão em flagrante se o agente comparecer imediatamente ao juizado, o que raramente acontece, ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Esse compromisso de comparecimento ao Juizado deve ser documentado mediante termo, assinado pelo interessado, e dele deve constar a possibilidade de se fazer acompanhar de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á nomeado defensor Público (Lei nº 9.099/95, art. 68).

Se, todavia, o agente se recusar a comparecer imediatamente ao Juizado ou a assumir o compromisso de a ele comparecer, ou quando não tiver condições de assumir o compromisso por se encontrar totalmente embriagado, deve a autoridade policial proceder à lavratura do auto de prisão em flagrante, o que também não significa que o agente permanecerá preso, porquanto é possível que lhe seja concedida liberdade provisória com fiança pelo próprio delegado de polícia, caso a infração seja punida com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos (CPP, art. 322, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11).

O Código de Trânsito Brasileiro possui dispositivo semelhante a este. Segundo o art. 301, *caput*, da Lei nº 9.503/97, ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, *não se imporá a prisão em flagrante*, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela. Por sua vez, o art. 48, § 2º, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), estabelece que, no caso de porte de drogas para consumo pessoal, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente, ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

16.2. Afastamento do lar nos casos de violência doméstica.

Especial atenção deve ser dispensada à parte final do art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, acrescentado à Lei dos Juizados pela Lei nº 10.455/02: "em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima".

Essa parte final do parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95 deixou de ser aplicada aos crimes de lesão corporal leve qualificada pela violência doméstica em face do advento da Lei nº 11.340/06 (art. 44), haja vista que esta lei alterou o limite máximo da pena do referido delito, que deixou de ser infração de menor potencial ofensivo. De fato, consoante disposto no art. 129, § 9º, que cuida da *violência doméstica*, "se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade", a pena cominada será de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. Portanto, como o crime de lesão corporal leve cometido com violência doméstica deixou de ser considerado infração de menor potencial ofensivo, pode-se concluir que a parte final do art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, foi tacitamente revogada pela Lei nº 11.340/06.

Isso, no entanto, não significa dizer que não será possível a determinação do afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. Afinal, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, houve a inserção no CPP de medidas cautelares diversas da prisão, dentre elas a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações (art. 319, II) e a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (art. 319, III). Destarte, presentes o *fumus comissi deliciti* e o *periculum libertatis*, afigura-se plenamente possível a imposição de tais medidas cautelares.

Ademais, demonstrada a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, o próprio CPP autoriza a decretação da prisão preventiva quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (CPP, art. 313, III, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11).

Art. 70. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

17. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO IMEDIATA DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR.

Como visto anteriormente, é possível que, após a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência,

o autor da infração de menor potencial ofensivo e a vítima sejam encaminhados imediatamente ao Juizado Especial Criminal para fins de possível composição civil dos danos ou aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Todavia, como nem sempre haverá Juizados Criminais de plantão em qualquer hora do dia ou da noite, caso não seja possível a realização imediata da audiência preliminar, dispõe o art. 70 que deve ser designada uma data próxima para o ato, sendo as partes desde já cientificadas acerca do dia e hora em que deverão retornar aos Juizados.

Art. 71. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma dos arts. 67 e 68 desta Lei.

18. FALTA DE COMPARECIMENTO DOS ENVOLVIDOS.

É perfeitamente possível que o autor da infração de menor potencial ofensivo ou a vítima não compareçam de imediato aos Juizados. Nesse caso, incumbe à Secretaria providenciar sua intimação para a data designada para a audiência preliminar na forma dos arts. 67 e 68 da Lei nº 9.099/95.

O comparecimento do responsável civil à audiência preliminar também é extremamente importante, sobretudo por ser ele peça chave na tentativa de composição civil dos danos provocados à vítima. De fato, por mais que a *responsabilidade penal* seja sempre pessoal, não se pode perder de vista que, a depender do caso concreto (v.g., o autor do fato estava prestando serviços para determinada empresa à época do fato), é possível que a *responsabilidade civil* recaia sobre pessoa diversa. Por isso, sempre que possível, também é recomendável a intimação do responsável civil.

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

19. FASE PRELIMINAR DOS JUIZADOS.

Esta audiência preliminar precede à instauração do processo criminal propriamente dito, cujo início depende do que nela for decidido. Cuida-se, pois, de fase pré-processual, já que ainda não houve sequer o oferecimento da peça acusatória. Tem como objetivo a conciliação tanto cível como penal, a ela estando presentes o órgão do Ministério Público, o autor do fato, a vítima, o juiz e, se possível, o responsável civil, sempre acompanhados por seus advogados.

A conciliação é gênero, do qual são espécies a composição e a transação. A composição refere-se aos danos de natureza civil e faz parte da primeira fase do procedimento; a segunda fase compreende a transação penal, isto é, o acordo entre o titular da ação penal e o suposto autor do fato delituoso, por meio do qual é proposta a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, ficando o agente dispensado dos riscos de uma eventual pena de reclusão ou detenção, que poderia ser aplicada ao final do processo, evitando, ademais, os dissabores de se submeter a um processo penal.

Como o objetivo precípuo dessa audiência preliminar é a conciliação, a presença do autor da infração de menor potencial ofensivo e da vítima é facultativa, sendo desnecessária a condução coercitiva de uma das partes se alguma delas não comparecer. Na verdade, se as partes foram devidamente intimadas, subentende-se que não pretendem buscar a solução consensual da controvérsia: o ofendido não tem interesse na composição civil dos danos, ao passo que o autor do fato não pretende receber o benefício da transação penal.

O art. 74 da Lei nº 9.099/95 deixa evidente que a realização da audiência preliminar está condicionada à presença dos advogados. Se, por razões diversas, um dos envolvidos comparecer à audiência preliminar desacompanhado de advogado, incumbe ao juiz providenciar a nomeação de defensor dativo ou defensor público. A nomeação desse defensor dativo deve ser feita não apenas em prol do autor do fato, mas também em favor da vítima, que deve ser esclarecida acerca das consequências de eventual composição civil dos danos, capaz de acarretar a renúncia ao direito de queixa ou de representação.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

20. CONCILIADOR.

O conciliador é uma pessoa investida da função de mediador, com natureza jurídica de auxiliar da justiça. Seu recrutamento deve ser feito nos termos da lei de organização do Juizado Especial Criminal em cada Estado da Federação, preferencialmente entre bacharéis em Direito, excluídos aqueles que exerçam funções na administração da Justiça Criminal. A propósito, o art. 3º da Seção III do Provimento nº 806/2003 do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo prevê que os conciliadores serão recrutados mediante portaria pelo juiz diretor, preferencialmente entre os bacharéis ou estudantes de direito, com reputação ilibada, após a verificação dos antecedentes e a expedição de edital para eventual impugnação, com o prazo de 10 (dez) dias, a ser afixado na sede do Juizado.

> **Art. 74.** A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.
>
> **Parágrafo único.** Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

21. COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS.

Como visto anteriormente, um dos objetivos declarados da Lei nº 9.099/95 é a reparação dos danos sofridos pela vítima, sempre que possível. Daí a importância da composição civil dos danos, que pode ser feita nas infrações que acarretem prejuízos materiais, morais ou estéticos à vítima.

A título de exemplo, suponha-se que determinado agente resolva destruir coisa alheia, incidindo no crime de dano tipificado no art. 163, *caput*, do CP, cuja pena é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Sem dúvida alguma, à vítima interessa muito mais a reparação patrimonial do que a própria persecução penal. Na audiência preliminar, presente o autor do fato delituoso e a vítima, haverá uma tentativa de acordo civil objetivando a reparação do dano patrimonial. Esse acordo vem ao encontro dos interesses da vítima, porquanto a decisão homologatória funciona como título executivo. De seu turno, sua celebração também atende aos interesses do autor do delito, já que sua homologação acarretará a renúncia ao direito de queixa, e consequente extinção da punibilidade, na medida em que o delito de dano simples é crime de ação penal de iniciativa privada (CP, art. 167).

Na conciliação, a composição dos danos pode ocorrer entre o autor do fato e a vítima, entre o representante legal do autor do fato e o ofendido, entre o responsável civil e a vítima, entre o responsável civil e o representante legal do ofendido. Na composição civil dos danos, estão em jogo interesses patrimoniais e, portanto, de natureza individual disponível. Por conseguinte, não há necessidade de intervenção do Ministério Público, a não ser que se trate de causa em que haja interesse de incapazes (art. 178, II, do CPC).

Obtida a composição dos danos civis, o acordo será reduzido a escrito e homologado pelo juiz mediante sentença irrecorrível, que terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Caso o montante seja de até 40 (quarenta) vezes o valor do salário mínimo, a execução deve ser feita no próprio Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/95, art. 3º, § 1º, II), valendo lembrar que, no âmbito do Juizado Especial Federal Cível, a competência se estende até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos (Lei nº 10.259/01, art. 3º, *caput*).

A composição dos danos civis pode ser feita em crimes de ação penal de iniciativa privada, de ação penal pública condicionada à representação e de ação penal pública incondicionada. Os efeitos, porém, são distintos, a saber:

a) **ação penal privada**: de acordo com o art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, tratando-se de ação penal de iniciativa privada (v.g., dano simples), o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa, com a consequente extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, V, do CP. Portanto, se a regra prevista no Código Penal é que o fato de o ofendido receber a indenização do dano causado pelo crime não implica em renúncia ao direito de queixa (CP, art. 104, parágrafo único), pode-se dizer que a composição dos danos civis funciona como uma exceção, já que o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa, por força da norma especial do art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95. Por força do princípio da indivisibilidade (CPP, arts. 48 e 49), a renúncia ao direito de queixa decorrente da composição dos danos civis estende-se a coautores e partícipes do fato delituoso, ainda que eles não estejam presentes à audiência preliminar;[62]

62. No sentido de que o oferecimento pelo querelante, na própria queixa-crime, de proposta de composição civil de danos para parte dos querelados, e a consequente aceitação, que implica a renúncia ao direito de queixa, estende-se a todos os demais querelados em virtude do princípio

b) **ação penal pública condicionada à representação**: o acordo homologado também acarreta a renúncia ao direito de representação (Lei nº 9.099/95, art. 74, parágrafo único). Ao contrário da renúncia ao direito de queixa, listada no art. 107, V, do CP, como causa extintiva da punibilidade, a renúncia ao direito de representação não consta expressamente do art. 107 do CP. A despeito do silêncio do Código Penal, pensamos que o inciso V do art. 107 do CP deve ser objeto de interpretação extensiva para abranger a renúncia ao direito de representação como causa extintiva da punibilidade. A partir do momento em que o art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, aponta que a composição civil dos danos acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, é intuitivo que ambas as renúncias devem ter a mesma consequência jurídica, qual seja, a extinção da punibilidade.

Em ambas as situações – ação penal privada e pública condicionada à representação –, o não cumprimento do acordo não restitui à vítima o direito de queixa ou de representação. De fato, extinta a punibilidade, resta ao ofendido apenas a possibilidade de executar o título executivo judicial obtido com a homologação transitada em julgado.

c) **ação penal pública incondicionada**: a celebração do acordo não acarretará a extinção da punibilidade, servindo apenas para antecipar a certeza acerca do valor da indenização, o que permite, em tese, imediata execução no juízo civil competente. Portanto, em crimes de ação penal pública incondicionada, a celebração da composição civil não irá produzir a extinção da punibilidade, sendo possível, assim, o oferecimento de proposta de transação penal e, em último caso, até mesmo de denúncia. De todo modo, como a composição civil dos danos é feita de maneira voluntária pelo acusado, caso haja a reparação do dano até o recebimento da denúncia, pode ser considerada como causa de arrependimento posterior (CP, art. 16), com a consequente diminuição da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços) nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

22. OFERECIMENTO DE REPRESENTAÇÃO.

O art. 75 da Lei dos Juizados deixa transparecer que, não obtida a composição dos danos civis, a representação só possa ser oferecida na audiência preliminar. Por isso, grande parte da doutrina sustenta que a representação feita na delegacia de polícia não é suficiente para a deflagração do processo, uma vez que a lei demarcou o exato momento para o seu oferecimento – na audiência preliminar.

A nosso ver, a representação pode ser oferecida perante a autoridade policial, o Ministério Público ou o juízo, tal qual previsto expressamente no art. 39 do CPP – lembre-se que o art. 92 da Lei nº 9.099/95 admite a aplicação subsidiária aos Juizados das disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. Se, no âmbito processual penal comum, tem-se como válida a representação oferecida à autoridade policial, em coerência com os princípios da informalidade, economia processual e celeridade, não há razão para se concluir que, nos Juizados, a representação somente seja considerada válida quando apresentada em juízo. Em síntese, em sede de Juizados Especiais Criminais, há de se considerar válida a representação da vítima realizada perante a autoridade policial por ocasião da lavratura do termo circunstanciado, já que não há necessidade de formalismo quanto ao implemento dessa condição específica da ação, bastando que fique evidenciado o interesse da vítima na persecução penal do fato delituoso.

De mais a mais, fosse considerada válida apenas a representação oferecida em juízo, durante a audiência preliminar, fatalmente já teria havido decadência, porquanto é notório que, devido ao acúmulo de processos, dificilmente as audiências preliminares são realizadas nos Juizados dentro do lapso temporal de 6 (seis) meses contados a partir do conhecimento da autoria.

Caso a representação não seja oferecida na audiência preliminar, e desde que ela não tenha sido apresentada anteriormente (v.g., no termo circunstanciado), não há falar em renúncia tácita ao direito de representação, nem tampouco em decadência do direito, o qual poderá ser exercido

da indivisibilidade: STJ, Corte Especial, AP 724/DF, Rel. Min. Og Fernandes, j. 20/8/2014. Em sentido diverso, Luiz Flávio Gomes entende que, no tocante à renúncia compositiva, prevista no art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, não se aplica o princípio da indivisibilidade: GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 375.

no prazo previsto em lei (Lei nº 9.099/95, art. 75, parágrafo único).

Esse prazo previsto em lei para o exercício do direito de representação a que se refere o art. 75, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, não é aquele constante do art. 91 da Lei nº 9.099/95 – 30 (trinta) dias –, porquanto referido dispositivo cuida do prazo para o oferecimento da representação em relação aos processos penais de lesão corporal leve e lesão culposa que estavam em andamento à época da entrada em vigor da Lei dos Juizados. Na verdade, o direito de representação poderá ser exercido pelo ofendido ou por seu representante legal dentro do prazo de 6 (seis) meses contados do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, nos termos do art. 38 do CPP.

Nesse caso de não oferecimento da representação, os autos deverão permanecer em cartório, aguardando-se o comparecimento da vítima para exercer seu direito dentro do prazo decadencial. Se, dentro desse lapso temporal, ocorrer manifestação da vítima no sentido de possuir interesse na persecução penal do fato, a audiência preliminar deve ser retomada, sem prejuízo de tentativa de nova conciliação. Caso não haja o oferecimento da representação dentro do prazo decadencial, deve o juiz declarar extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do CP.

O art. 75 da Lei nº 9.099/95 faz menção apenas ao oferecimento da representação, deixando de fazer referência às hipóteses em que se deva proceder mediante ação penal privada. A despeito do silêncio da Lei, é certo que, não obtida a composição dos danos civis, do que decorreria a renúncia ao direito de queixa, pode o ofendido ou seu representante legal, por intermédio de profissional da advocacia, oferecer a queixa-crime oral na própria audiência preliminar, quando já dispuser dos elementos de informação necessários à instauração do processo, nos termos do art. 77, § 3º, da Lei dos Juizados. Nesse caso de ação penal privada, a ausência do ofendido ou de seu representante também implica a suspensão da audiência, devendo os autos permanecer em cartório aguardando o decurso do prazo decadencial.

23. TRANSAÇÃO PENAL.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

23.1. Conceito.

A transação penal consiste em um acordo celebrado entre o Ministério Público (ou querelante, nos crimes de ação penal privada) e o autor do fato delituoso, por meio do qual é proposta a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, evitando-se, assim, a instauração do processo.

O fundamento constitucional da transação está em dois dispositivos da Carta Magna: art. 98, inciso I, que a autoriza, nas hipóteses previstas em lei; e, ainda, no art. 129, inciso I, que diz que são funções institucionais do Ministério Público promover a ação penal, *na forma da lei*. O exercício da ação penal pública deve, portanto, ser feito de acordo com os contornos da lei. E é exatamente a Lei nº 9.099/95 que traz o delineamento do cabimento da transação penal.

No processo penal comum, vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, segundo o qual aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Se a regra, em sede de ação penal pública, é o princípio da obrigatoriedade, é certo que, em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja lastro probatório suficiente para o oferecimento de denúncia, desde que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos do art. 76 da Lei dos Juizados, ao invés de o Ministério Público oferecer denúncia, deve propor a transação penal, com a aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multa.

Nessa hipótese, há uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade, denominada de princípio da discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada. Amparado pelo princípio da discricionariedade regrada, a transação penal consiste, então, na faculdade de o órgão acusatório dispor da ação penal, isto é, não promovê-la sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade, que, assim, deixa de ter valor absoluto. Diz-se discricionariedade regrada porque o órgão ministerial não tem discricionariedade absoluta, mas limitada, uma vez que a proposta de pena alternativa somente poderá ser formulada se satisfeitas as exigências legais delimitadas no art. 76 da Lei nº 9.099/95.

A transação penal exerce preferência sobre a celebração do acordo de não persecução penal. Com efeito, de acordo com o art. 28-A, §2º, inciso I, do CPP, introduzido pelo Pacote Anticrime, não se aplica o acordo de não persecução penal se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais. Destarte, se o agente fizer jus à transação penal, não será cabível a celebração do acordo de não persecução penal.

23.2. Pressupostos de admissibilidade da transação penal.

Os pressupostos para a celebração do acordo penal são:

1) **Infração de menor potencial ofensivo**: para que seja cabível a transação penal, a infração penal deve ser tida como de menor potencial ofensivo, assim compreendidas as contravenções penais e crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não a procedimento especial, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. A propósito, eis o teor da **súmula n. 536 do STJ:** "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha". Portanto, se o crime tiver pena máxima superior a 2 (dois) anos, não será cabível a transação penal, sendo de todo irrelevante que a pena de multa seja cominada de maneira alternativa à pena privativa de liberdade. Era o que ocorria, por exemplo, com o crime do art. 4º da Lei nº 8.137/90, cujo preceito secundário estabelecia a pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, *ou* multa.[63] Como visto anteriormente, se uma infração de menor potencial ofensivo for praticada em conexão e/ou continência com outro crime, e se as penas máximas somadas ultrapassarem o limite de 2 (dois) anos, devem ser observadas as regras do art. 78 para se saber qual será o juízo competente, nos exatos termos do art. 60, *caput*, da Lei nº 9.099/95, com redação determinada pela Lei nº 11.313/06. Caso, em virtude da aplicação das regras do art. 78 do CPP, venha a ser estabelecida a competência do juízo comum ou do tribunal do júri para julgar também a infração de menor potencial ofensivo, afastando, portanto, o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, isso não impedirá a aplicação dos institutos da transação penal e da composição dos danos civis em relação à infração de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/95, art. 60, parágrafo único). Portanto, com as modificações introduzidas na Lei dos Juizados pela Lei nº 11.313/06, pode-se dizer que, para efeito de incidência da composição dos danos civis e da transação penal, a pena da infração de menor potencial ofensivo não deve ser somada com a do delito conexo (e/ou continente). Em outras palavras, ainda que haja conexão e/ou continência, os crimes devem ser analisados isoladamente para efeito da incidência de tais institutos despenalizadores, nos mesmos moldes do que ocorre com a prescrição (CP, art. 119);

2) **Não ser caso de arquivamento do termo circunstanciado:** infelizmente, devido à grande quantidade de processos criminais que tramitam perante os Juizados, é sabido que esse requisito não é

63. Com esse entendimento: STF, HC 84.719/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05/10/2004, DJ 11/02/2005. Com o advento da Lei nº 12.529/11, o art. 4º da Lei nº 8.137/90 passou a prever pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, *e* multa. Há, todavia, precedentes do STJ no sentido de que é cabível a suspensão condicional do processo e a transação penal aos delitos que preveem a pena de multa alternativamente à privativa de liberdade, ainda que o preceito secundário da norma legal ultrapasse os parâmetros mínimo e máximo exigidos em lei para a incidência dos institutos em comento. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, RHC 54.429/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23/03/2015, DJe 29/04/2015; STJ, 5ª Turma, HC 126.085/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/10/2009, DJe 16/11/2009; STJ, 5ª Turma, HC 109.980/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04/12/2008, DJe 02/03/2009.

analisado detidamente por ocasião do oferecimento da proposta de transação penal. Porém, é o próprio art. 76 da Lei nº 9.099/95 que diz expressamente que a proposta só deve ser oferecida quando não for caso de arquivamento do termo circunstanciado. O CPP e a Lei dos Juizados silenciam acerca das hipóteses que autorizam o arquivamento do termo circunstanciado, ou, *a contrario sensu*, em relação às situações em que o Ministério Público deva oferecer denúncia. Não obstante, é possível a aplicação, por analogia, das hipóteses de rejeição da peça acusatória e de absolvição sumária, previstas nos arts. 395 e 397 do CPP, respectivamente. Destarte, as hipóteses que autorizam o arquivamento são as seguintes: a) ausência de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal; b) falta de justa causa para o exercício da ação penal; c) atipicidade da conduta; d) existência manifesta de causa excludente da ilicitude; e) existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo a inimputabilidade; f) existência de causa extintiva da punibilidade;

3) **Não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva**: o dispositivo refere-se apenas àquele que tem contra si sentença condenatória com trânsito em julgado à pena privativa de liberdade pela prática de crime. Portanto, anterior condenação à pena restritiva de diretos ou multa pela prática de crime, ou prévia condenação pela prática de contravenção, não são óbices à concessão da transação penal. Caso o trânsito em julgado da sentença condenatória à pena privativa de liberdade tenha ocorrido após a prática da infração de menor potencial ofensivo, mas antes da audiência preliminar, há quem entenda que é possível a transação, já que o juiz deve levar em conta as circunstâncias objetivas e subjetivas no momento em que o fato delituoso foi praticado, e não na data designada para a audiência preliminar. Prevalece, porém, o entendimento de que a lei não se utilizou do termo reincidência exatamente para impedir a transação em tais situações, vez que, apesar de não reincidente, fica evidente que a proposta de transação é incompatível com as finalidades da intervenção penal em sujeito com condenação definitiva à pena privativa de liberdade. Portanto, a condenação definitiva pela prática de crime à pena privativa de liberdade, ainda que posterior ao fato delituoso, impede a transação;

4) **Não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela transação penal:** se o agente tiver sido beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, por outra transação penal, a ele não se defere a possibilidade de obter nova proposta do Ministério Público;

5) **Antecedentes, conduta social, personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do delito favoráveis ao agente**: de acordo com o art. 76, § 2º, inciso III, não se admitirá a proposta se ficar comprovado não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida;

6) **Crimes de ação penal pública condicionada à representação, de ação penal pública incondicionada e de ação penal privada:** interpretação literal do art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95, pode levar à conclusão equivocada de que a proposta de transação penal só pode ser oferecida em relação aos crimes de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação, já que o dispositivo refere-se apenas a tais delitos. Assim, pelo menos de acordo com o texto da lei, a transação penal não seria cabível em crimes de ação penal de iniciativa privada. Não é essa, todavia, a orientação que prevalece. Doutrina e jurisprudência entendem que não há fundamento razoável para não se admitir a transação penal em crimes de ação penal privada.[64] Admitida a possibilidade de transação penal e de suspensão condicional do processo em crimes de ação penal de iniciativa privada, há necessidade de se analisar a legitimidade para a formulação da proposta. Há entendimento segundo o qual a proposta de transação penal deve ser feita pelo Ministério Público, desde que não haja discordância da vítima ou de seu representante legal. Aliás, é exatamente nesse sentido o teor do enunciado nº 112, aprovado no XXVII FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais –, realizado em Palmas/TO: "Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público".[65] Sem embargo desse entendimento, tendo em conta que a titularidade da ação penal privada é do ofendido ou de seu representante legal, parece-nos que a proposta de transação penal – e de suspensão condicional do processo – só pode ser oferecida pela vítima (querelante), sob pena de verdadeira usurpação de seu direito de queixa, do qual o Ministério Público não é o titular. Assim, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo, é dever do Juiz

64. Admitindo a aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo aos crimes de ação penal exclusivamente privada: STJ, 5ª Turma, HC 34.085/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02/08/2004, p. 457.

65. STJ, 6ª Turma, RHC 8.123/AP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16/04/1999, DJ 21/06/1999 p. 202.

suscitar a manifestação do querelante, porquanto a legitimidade para o oferecimento da proposta é exclusivamente dele;[66]

7) **No caso de crimes ambientais, prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade:** de acordo com o art. 27 da Lei nº 9.605/98, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa por meio da transação penal somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental de que trata o art. 74 da Lei nº 9.099/95, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

23.3. Procedimento para o oferecimento da proposta de transação penal.

Presentes os pressupostos acima referidos, a proposta de transação penal deve ser formulada pelo titular da ação penal: Ministério Público, nos casos de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação, e ofendido, nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada.

Tratando-se de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal de iniciativa privada, convém lembrar que anterior composição dos danos civis impede o oferecimento da proposta de transação, porquanto a homologação da conciliação civil acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, com a consequente extinção da punibilidade, nos termos do art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95. Em se tratando de ação penal pública incondicionada, já foi dito que anterior composição civil não é causa extintiva da punibilidade.

Na ação penal privada, a legitimidade para a proposta de transação penal é do ofendido. Porém, à exceção de tais crimes, e ressalvada a hipótese de prévia composição dos danos civis em crimes de ação penal pública condicionada à representação, em que a homologação do acordo acarreta a renúncia ao direito de representação, é certo que o ofendido não participa da proposta de transação penal em crimes de ação penal pública. Não há falar em assistente de acusação, já que ainda não há processo penal, cujo início ocorre apenas com o oferecimento (ou recebimento, para parte da doutrina) da peça acusatória. Portanto, em crimes de ação penal pública, a proposta deve ser formulada exclusivamente pelo Ministério Público, sendo incabível qualquer interferência da vítima ou de seu representante legal.

A transação penal pode ser oferecida oralmente ou por escrito, e deve consistir na imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multas, as quais serão devidamente especificadas na proposta formulada. Na hipótese de concurso de agentes, é plenamente possível que a proposta de transação penal seja oferecida apenas em relação a um dos coautores (ou partícipes). Se aceita, seus efeitos não se estendem aos demais acusados.

Na sequência, a proposta será submetida à apreciação do autor do fato delituoso e de seu defensor. De acordo com o art. 76, § 3º, da Lei nº 9.099/95, há necessidade de aceitação da proposta pelo autor da infração e seu defensor, com subsequente apreciação do juiz competente. Como se pode perceber, a presença de defesa técnica na audiência preliminar é indispensável à transação penal. Portanto, se o autor do fato delituoso não for amparado por defesa técnica na audiência preliminar em que proposta e aceita a transação penal, há de se declarar a nulidade absoluta da decisão homologatória do acordo, pois não se pode admitir que princípios norteadores dos juizados especiais como a oralidade, a informalidade e a celeridade afastem o devido processo legal, do qual o direito à ampla defesa é corolário.[67]

Havendo divergência entre o autor do delito e seu defensor, deve prevalecer a vontade daquele, aplicando-se subsidiariamente o quanto disposto na Lei dos Juizados em relação à suspensão condicional do processo, que prevê expressamente que *se o acusado não aceitar a proposta*, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos (art. 89, § 7º). Afinal, o único destinatário da transação é o autor do fato, que, aliás, deverá cumprir de imediato a pena não privativa de liberdade. Tanto é verdade que o próprio art. 76, § 4º, da Lei nº 9.099/95, faz menção apenas à aceitação do autor da infração, sem ressalvar a manifestação do defensor. Nesse caso, não se aplica a orientação adotada pelos Tribunais Superiores quanto ao oferecimento de recurso de apelação pelo advogado quando o acusado manifesta seu desinteresse em

66. Tratando-se de delito que se apura mediante ação penal privada, a proposta deve ser feita pelo querelante: STJ, 5ª Turma, EDcl no HC 33.929/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/10/2004, DJ 29/11/2004 p. 357. Na mesma linha: STJ, Corte Especial, APn 566/BA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12/11/2009, DJe 26/11/2009; STJ, Corte Especial, Apn 390/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/03/2006, DJ 10/04/2006 p. 106. No sentido de que a legitimidade para formular a proposta de transação penal é do ofendido, já que a ação penal privada está assentada nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa dizer que o implemento desse benefício requer o mútuo consentimento das partes: STJ, Corte Especial, APn 634/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21/03/2012, DJ 03/04/2012.

67. Nessa linha: STF, 2ª Turma, HC 88.797/RJ, Rel. Min. Eros Grau, j. 22/08/2006, DJ 15/09/2006.

recorrer – lembre-se que, de acordo com a súmula nº 705 do Supremo, "a renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta".

Aceita a proposta, esta será submetida à apreciação do juiz. O magistrado não está obrigado a homologar o acordo penal, devendo analisar a legalidade da proposta e da aceitação. De fato, verificando o magistrado, por exemplo, que não se trata de infração de menor potencial ofensivo, ou que o autor do fato delituoso não preenche os pressupostos para a concessão da transação penal, deve o magistrado recusar-se a homologar o acordo de transação penal.

Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, e verificando o magistrado sua legalidade, haverá aplicação de pena restritiva de direitos ou multa. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 1º).

Essa decisão que homologa a transação penal não gera reincidência, reconhecimento de culpabilidade, nem tampouco efeitos civis ou administrativos, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos (art. 76, § 6º). Aliás, como já decidiu o próprio STJ, eventual anotação de transação penal, isoladamente considerada, não pode ser usada contra o autor do fato nem mesmo para fins de valoração negativa em concursos públicos. Confira-se: "(...) Em decorrência da independência entre as instâncias, é possível a apuração administrativa do fato objeto da transação penal e, por conseqüência, a aplicação da sanções correspondentes. *In casu*, porém, a não recomendação do candidato em concurso público ocorreu exclusivamente com base na existência de termo circunstanciado e da respectiva transação penal, contrariando os efeitos reconhecidos pela lei ao instituto e ferindo direito líquido e certo do recorrente".[68]

Para além de impedir novo benefício de transação penal no prazo de 5 (cinco) anos, também terá o condão de obstar a celebração de acordo de não persecução penal. É nesse sentido, aliás, o teor do art. 28-A, §2º, inciso III, do CPP, introduzido pelo Pacote Anticrime, segundo o qual o acordo de não persecução penal não se aplica na hipótese de ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Não há consenso na doutrina acerca da natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal. Há quem entenda que se trata de decisão constitutiva, ou mesmo condenatória imprópria, uma vez que impõe obrigação ao autor do fato de cumprir uma sanção penal, embora não reconheça sua culpabilidade, nem produza os efeitos secundários de uma sentença condenatória.[69] Prevalece, todavia, o entendimento de que tal decisão tem natureza declaratória.

Logo, como a imposição da sanção por meio de transação penal não gera efeitos civis (art. 76, § 6º), e tal decisão não tem natureza condenatória, a decisão homologatória não funciona como título executivo para ser utilizado no cível, o que significa dizer que incumbe ao ofendido ingressar com ação de conhecimento caso tenha interesse na reparação dos danos causados pelo delito.

As consequências jurídicas extrapenais, previstas no art. 91 do CP, são *decorrentes de sentença penal condenatória*. Isso não ocorre, portanto, quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória (corrente majoritária), sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo. O único efeito acessório gerado pela homologação do ato estaria previsto no § 4º do art. 76 da Lei 9.099/1995 – impedir novo benefício no prazo de cinco anos. Os demais efeitos penais e civis decorrentes das condenações penais não seriam constituídos (art. 76, § 6º). As consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do CP, dentre as quais a do confisco de instrumentos do crime (art. 91, II, a) e de seu produto ou de bens adquiridos com o seu proveito (art. 91, II, b), só podem ocorrer como efeito acessório, reflexo ou indireto de uma *condenação penal*. Ou seja, as medidas acessórias previstas no art. 91 do CP, embora sejam dotadas de incidência "ex lege", pressupõem juízo prévio a respeito da culpa do investigado, sob pena de transgressão ao devido processo legal.[70]

68. STJ, 5ª Turma, RMS 28.851/AC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 29/04/2009, DJe 25/05/2009.

69. No sentido de que se trata de condenação imprópria, porque o autor do fato aceita a proposta por mera conveniência pessoal, sem que seu ato implique em admissão de culpa, fazendo coisa julgada formal e material: MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 1278.

70. STF, Pleno, RE 795.567/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 28/05/2015, DJe 177 08/09/2015.

Caso a proposta de transação penal não seja aceita pelo acusado e por seu defensor, deve o Promotor de Justiça ou o ofendido oferecer a peça acusatória oralmente, com o consequente prosseguimento do feito.

23.4. Recusa injustificada de oferecimento da proposta de transação penal.

Sob o argumento de se tratar de direito público subjetivo do autor do fato delituoso, não se defere ao juiz a possibilidade de conceder de ofício a transação penal contra a vontade do Ministério Público ou do querelante. Não cabe ao juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao órgão ministerial ou ao querelante para formular de ofício a proposta de transação penal, sob pena de evidente violação ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal.

Diante da recusa injustificada do órgão do Ministério Público em oferecer a proposta de transação penal, ou se o juiz discordar de seu conteúdo, o caminho a ser seguido pelo juiz passa pela aplicação subsidiária do art. 28 do CPP, com a consequente remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça (ou, na esfera federal, às Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF), que terá como opções designar outro Promotor de Justiça para formular a proposta, alterar o conteúdo daquela que tiver sido formulada ou ratificar a postura do órgão ministerial de primeiro grau, caso em que a autoridade judiciária está obrigada a homologar a transação.

Apesar de dispor sobre a suspensão condicional do processo, o verbete da súmula 696 do Supremo também pode ser aplicado à transação penal: "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal".[71]

A nosso juízo, subsiste a possibilidade de aplicação do art. 28, *caput*, do CPP,[72] com redação alterada pela Lei n. 13.964/19, mesmo após o advento do Pacote Anticrime. Como é sabido, na vigência da redação original do art. 28 do CPP, seu comando normativo era utilizado não apenas para eventual discordância do magistrado quanto à promoção de arquivamento, mas também para toda e qualquer hipótese em que juiz e Ministério Público divergissem quanto à determinada matéria, tal como ocorre, por exemplo, no caso da recusa injustificada do Ministério Público em oferecer a proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo (Súmula n. 696 do STF). Eis que surge, então, a nova redação do art. 28 do CPP e retira do magistrado o controle judicial sobre o arquivamento. O que fazer, então, nessas hipóteses de divergência entre o juiz e o Ministério Público? Será que ainda se defere ao magistrado a possibilidade de aplicar o art. 28 do CPP, agora em sua nova redação? A resposta é afirmativa. Ora, a não ser que se queira imaginar que, doravante, possa o juiz obrigar o Promotor de Justiça a oferecer, contra a sua consciência, por exemplo, uma proposta de transação penal, o que, a nosso juízo, implicaria patente violação a sua independência funcional (CF, art. 127, §1º),[73] outra solução não há senão o reconhecimento da subsistência de aplicação do art. 28 do CPP pelo magistrado, com a consequente remessa dos autos à respectiva instância de revisão do órgão ministerial. Prova disso, aliás, numa interpretação sistemática do conjunto normativo introduzido pela Lei n. 13.964/19, é o próprio art. 28-A, §14, do CPP, também incluído pelo Pacote Anticrime, que passou a prever expressamente que, no caso de recusa do órgão ministerial em oferecer a proposta de acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer – logicamente ao juiz – a remessa dos autos ao órgão superior, *na forma do art. 28 do CPP.*

Noutro giro, nas hipóteses de ação penal privada, recai sobre o querelante a legitimidade para o oferecimento da proposta de transação penal. Assim, na fase preliminar, deve o magistrado questionar o ofendido ou seu representante legal acerca do oferecimento da proposta de transação. Como o juiz não pode conceder o benefício de ofício, nem tampouco se admite a formulação de proposta pelo MP, a recusa do querelante em oferecer a proposta inviabiliza por completo a concessão do referido benefício.[74]

71. Declarando a nulidade de processo referente a crime de ação penal pública em que proposta e ratificada pelo Juiz a transação penal sem a participação do MP: STF, 2ª Turma, RE 296.185/RS, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 20/11/2001, DJ 22/02/2002.

72. De se lembrar que, na condição de Relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020), o Min. Fux concedeu a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial introduzido no *caput* do art. 28 do CPP pela Lei n. 13.964/19.

73. Como destaca Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil.* Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 690), a independência funcional consiste na possibilidade de o órgão do Ministério Público oficiar livre e fundamentadamente, de acordo com sua consciência, com a Constituição e com a lei, não estando subordinado ou restrito a obedecer a orientação de quem quer que seja, imunizando-o de injunções internas e externas.

74. No sentido de que a legitimação para propor a suspensão em processos instaurados mediante ação penal privada é do querelante, e não do Ministério Público: STF, 1ª Turma, HC 81.720/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/04/2002 p. 49. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 187.090/MG, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ, j. 01/03/2011, DJe 21/03/2011; STJ, 5ª Turma, HC 40.156/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06/12/2005, DJ 03/04/2006 p. 373.

23.5. Momento para o oferecimento da proposta de transação penal.

O momento procedimental correto para o oferecimento da proposta de transação penal é antes do recebimento da peça acusatória. De fato, como visto anteriormente, inviabilizada a composição civil dos danos nos crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada – do que decorreria a extinção da punibilidade em virtude da renúncia ao direito de queixa ou de representação –, ou ainda que haja a composição em crimes de ação penal pública incondicionada, surge a possibilidade de oferecimento da transação penal, cuja proposta deve ser oferecida ao acusado por ocasião da audiência preliminar.

No entanto, durante o curso do processo, é possível que, em função da alteração da classificação do fato delituoso, a nova capitulação seja tida como infração de menor potencial ofensivo, passando a admitir a concessão da transação penal. A título de exemplo, suponha-se que o Ministério Público ofereça denúncia perante o juízo comum em face de determinado indivíduo pela prática do crime de lesão corporal gravíssima (CP, art. 129, § 2º, IV), cuja pena é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos. A peça acusatória é, então, regularmente recebida pelo juiz, com a consequente instrução do processo. Ocorre que, por ocasião da prolação da sentença, o magistrado chega à conclusão de que não restara comprovada quaisquer das circunstâncias previstas no § 2º do art. 129 – incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente e aborto. Diante da inevitável desclassificação para o crime de lesão corporal leve, tido como infração de menor potencial ofensivo, indaga-se: ainda seria cabível o oferecimento da proposta de transação penal?

Até bem pouco tempo atrás, era possível encontrar quem sustentasse que, nesse caso, não seria viável o oferecimento da proposta de transação penal, já que, considerando que o objetivo da transação é evitar o processo, referido instituto despenalizador mostrar-se-ia incompatível com o momento da sentença e, com mais razão ainda, por ocasião do julgamento de eventual recurso.

Com as mudanças produzidas pela reforma processual de 2008, pode-se dizer que tal entendimento encontra-se ultrapassado, já que tais situações passaram a ser regulamentadas pelos §§ 1º e 2º do art. 383: " § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos".

A nova redação do CPP deixa evidente que o magistrado não poderá sentenciar o processo de imediato, seja nos casos em que visualizar o cabimento da suspensão condicional do processo, seja na hipótese em que reconhecer sua incompetência para o processo e julgamento do feito. De fato, ao tratar da *emendatio libelli*, que ocorre quando o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na peça acusatória, atribui-lhe definição jurídica diversa, o art. 383, § 2º, do CPP, preceitua que, tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Portanto, utilizando o exemplo acima citado, se, por conta da *emendatio libelli*, o juiz (ou o Tribunal) concluir que se trata de lesão corporal leve, e, portanto, infração de menor potencial ofensivo, não deve condenar o acusado, mas se limitar a proferir uma decisão interlocutória na qual reconhece sua incompetência, determinando a remessa do feito ao Juizado Especial Criminal. Nos Juizados, deve ser designada audiência para que o Ministério Público ou o querelante formulem proposta de transação penal, dando-se ao acusado a oportunidade de aceitar o cumprimento imediato de pena restritiva de direitos ou multa. Não sendo aceita a proposta de transação penal, o feito irá prosseguir perante o Juizado, cabendo ao magistrado proferir a sentença.

Como dito acima, compartilhamos do entendimento de que a competência dos Juizados não tem natureza absoluta. Trata-se, na verdade, de competência de natureza relativa, porquanto é a própria Lei nº 9.099/95 que prevê diversas hipóteses em que pode haver a alteração da competência dos Juizados: impossibilidade de citação por edital (art. 66, parágrafo único), conexão e/ou continência com outra infração penal (art. 60, parágrafo único) e complexidade da causa (art. 77, § 2º). Enfim, o que realmente importa não é a tramitação do processo perante o juízo comum ou perante os Juizados, mas sim a concessão dos institutos despenalizadores criados pela Lei nº 9.099/95 (composição civil dos danos, transação penal, representação nos crimes de lesão leve e suspensão condicional do processo).

Portanto, a despeito da nova redação do art. 383, § 2º, que determina a remessa dos autos ao Juizado diante do reconhecimento da existência de infração de menor potencial ofensivo, pensamos não haver qualquer prejuízo se a negociação quanto

à transação penal for feita perante o próprio Juízo Comum. Aliás, é inclusive isso que ocorre no âmbito do procedimento do júri, em que, objetivando imprimir maior celeridade ao feito, o art. 492, § 1º, do CPP, autoriza que o próprio juiz presidente aplique o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099/95 na hipótese de o Conselho de Sentença desclassificar a imputação de crime doloso contra a vida para infração de menor potencial ofensivo.

Para tanto, há, pelo menos em tese, um óbice, a saber, a necessidade de que tenha havido preclusão da decisão do juiz que reconheceu a *emendatio libelli*. Então, haveria necessidade de se aguardar o término do prazo para eventual recurso e, somente no caso de sua não interposição, seria oferecida, posteriormente, a proposta de transação penal. No entanto, é possível que o Ministério Público e a defesa renunciem ao direito de recorrer contra tal decisão, com o que irá se operar sua preclusão, sendo possível a formulação da proposta. De mais a mais, pode ocorrer de, na própria audiência una de instrução e julgamento, o Ministério Público propor a transação penal e a defesa a aceitar, do que decorreria preclusão lógica do direito de recorrer contra a decisão de desclassificação do juízo singular comum, em razão da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer por ambas as partes.

Destarte, diante da nova redação do CPP, fica claro que a circunstância de o processo já estar em andamento não se apresenta como óbice à efetivação dos institutos consensuais do processo. Nessa linha, como destaca Badaró, "embora a transação penal seja, normalmente, realizada antes do início do processo, não há óbice à sua realização com o processo em curso. No próprio procedimento sumaríssimo há expressa previsão de possibilidade de transação penal após o oferecimento da denúncia (Lei nº 9.099/95, art. 79)".[75]

23.6. Descumprimento injustificado da transação penal.

Antes de analisarmos as consequências oriundas do descumprimento injustificado da transação penal, convém ressaltar que a transação penal é negociada antes do recebimento da peça acusatória. Logo, homologada a proposta de transação penal, enquanto não houver o cumprimento da pena de multa ou restritiva de direitos, o lapso prescricional da pretensão punitiva abstrata terá permanecido em curso desde a data do fato delituoso.[76] Na verdade, o prazo prescricional somente será obstado quando houver o cumprimento da sanção ou, no caso de descumprimento da transação penal, com o oferecimento e subsequente recebimento da peça acusatória, já que o art. 117, inciso I, do CP, prevê a interrupção da prescrição apenas com o recebimento da denúncia ou da queixa.

Tema que sempre provocou controvérsia na doutrina e na jurisprudência diz respeito às consequências decorrentes do descumprimento injustificado da transação penal. Vejamos as 3 (três) correntes acerca da controvérsia, hoje pacificada em virtude da edição da súmula vinculante nº 35 do STF.

Quanto ao não cumprimento da pena restritiva de direitos acordada em sede de transação penal, uma primeira corrente entendia que deveria ocorrer a conversão da pena restritiva em privativa de liberdade, pelo tempo da pena originalmente aplicada, tal qual disposto no art. 181, § 1º, alínea "c", da Lei de Execução Penal, já que se trata de sanção penal imposta em sentença definitiva de condenação imprópria. Tal entendimento sempre foi rechaçado pela doutrina majoritária, que entendia que não seria possível a conversão da pena restritiva de direitos acordada em transação penal em pena privativa de liberdade. Isso porque, se isso ocorresse, haveria ofensa ao princípio segundo o qual *ninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV). De fato, a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, sem o devido processo legal e sem defesa, caracteriza situação não permitida em nosso ordenamento constitucional, que assegura a qualquer cidadão a defesa em juízo, ou de não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia da tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei.[77]

No caso específico da multa, o art. 84 da Lei nº 9.099/95 autoriza que seu pagamento seja feito na Secretaria do Juizado. Não efetuado o pagamento da pena de multa, diz o art. 85 que será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei. A

75. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 147. Segundo o autor, quando a nova definição jurídica ocorrer em segundo grau, também é possível a incidência da transação penal, bastando que o julgamento seja convertido em diligência para que, em primeiro grau, seja realizada a audiência para efetivação da transação penal ou da suspensão condicional do processo.

76. Existindo sentença homologatória de transação penal e evidenciado o não recebimento de denúncia, inexiste marco interruptivo do curso prescricional: STJ, 5ª Turma, REsp 564.063/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17/06/2004, DJ 02/08/2004.

77. STF, 1ª Turma, RE 268.319/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 27/10/2000 p. 87. E ainda: STF, 1ª Turma, RE 268.320/PR, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 15/08/2000, DJ 10/11/2000; STF, 1ª Turma, HC 80.802/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24/04/2001, DJ 18/05/2001.

despeito da redação do art. 85 da Lei nº 9.099/95, sempre prevaleceu o entendimento de que referido dispositivo legal fora revogado tacitamente pela Lei nº 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, passando a proibir a conversão da pena de multa em prisão na hipótese de o condenado solvente deixar de pagá-la. Portanto, se o réu não pagar a multa aplicada em virtude da transação penal, esta deve ser cobrada em execução penal, nos moldes do art. 51 do Código Penal, não sendo admissível o oferecimento de denúncia.[78]

Uma segunda corrente, também minoritária, outrora sustentada pelo STJ, entendia que a *sentença homologatória* da transação penal tinha natureza condenatória, gerando eficácia de coisa julgada formal e material. Logo, se a transação penal fora homologada pelo juiz, não tendo havido o condicionamento da homologação ao prévio cumprimento da pena, não seria possível a instauração do processo penal, muito menos a responsabilização criminal do agente pelo delito de desobediência, ainda que houvesse o descumprimento injustificado do acordo. Como o STJ entendia ser inviável a propositura da peça acusatória, a solução seria que o titular da ação penal buscasse a execução do título judicial nas vias cíveis, com a execução da pena de multa ou da obrigação de fazer comprometida. Afinal, se a transação foi homologada, significa dizer que há um título judicial. Caso não houvesse o adimplemento, o caminho inevitável seria uma futura execução civil.[79]

Na medida em que o STJ entendia, até bem pouco tempo atrás, que a sentença que homologa a aplicação de pena restritiva de direitos decorrente de transação penal faz coisa julgada formal e material, inviabilizando a propositura da peça acusatória, o que vinha ocorrendo no dia-a-dia dos Juizados é o condicionamento da homologação do acordo ao cumprimento da pena. Afinal, se não houvesse a homologação da transação penal, seria cabível a instauração de processo penal contra o autor do fato, pois não se poderia cogitar de eventual execução, ante a falta de título judicial a ser executado. A decisão que ajustava condição não tinha caráter homologatório, eis que evidenciado o intuito, unicamente, de fixar os termos em que a proposta de transação se consolidaria, afastando a possibilidade de eventual execução civil futura.[80]

Nessa linha, de modo a afastar os efeitos extintivos da homologação do acordo, os Tribunais Superiores vinham admitindo que o magistrado condicionasse a homologação da proposta a seu cumprimento, ou seja, o acordo somente seria considerado válido quando devidamente cumprido. Em tal hipótese, como o acordo não fora homologado, e como a homologação estava condicionada ao cumprimento da pena, caso houvesse seu descumprimento, seria plenamente possível o oferecimento de denúncia ou de queixa.[81]

A terceira corrente acerca do assunto entende que, diante do descumprimento injustificado da transação penal, pouco importando se o acordo foi homologado (ou não), e pouco importando se a pena acordada é de multa ou restritiva de direitos, a solução é a remessa dos autos ao Ministério Público (ou ao querelante), para que requeira a instauração de inquérito policial ou para que ofereça a peça acusatória em face do suposto autor do delito, na medida em que a decisão que homologa o acordo deixa de produzir efeitos quando descumprida, permitindo, assim, o início do processo. Como a decisão que aplica a pena em virtude da transação penal não é condenatória, nem absolutória, mas meramente homologatória, não faz coisa julgada material. Logo, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao *status quo ante*, viabilizando-se ao Ministério Público ou ao querelante a deflagração da persecução penal *in iudicio*.

Nessa linha, o Supremo já teve a oportunidade de concluir que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória, sendo inviável se cogitar de propositura de nova denúncia por suposta prática do crime de desobediência (CP, art. 330).[82]

78. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp 612.411/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 30/08/2004 p. 328. E também: STJ, 5ª Turma, HC 176.181/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 04/08/2011, DJe 17/08/2011; STJ, 6ª Turma, HC 97.642/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/08/2010, DJe 23/08/2010. Quanto à legitimidade para a execução da pena de multa, o Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento da **ADI 3.150** (Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso) que, por ter natureza de *sanção penal*, o *Ministério Público* é o principal legitimado para executar a cobrança das multas pecuniárias fixadas em sentenças penais condenatórias perante o *Juízo das Execuções Penais*, limitando-se a atribuição da Fazenda Pública para executar essas multas tão somente aos casos de inércia ministerial.

79. STJ, 6ª Turma, HC 90.126/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/06/2010, DJe 01/07/2010.

80. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, RHC 20.627/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 18/06/2007 p. 277.

81. No sentido de que é possível o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento de multa avençada: STJ, 5ª Turma, RHC 11.392/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 26/08/2002 p. 249. E ainda: STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/05/2010, DJe 31/05/2010.

82. STF, 2ª Turma, HC 79.572/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/02/2000, DJ 22/02/2002. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 84.976/SP, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 23/03/2007 p. 105. Em sentido semelhante, concluindo que não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal: STF, RE 602.072 QO-RG/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 19/11/2009, DJe 035 25/02/2010.

Diante da consolidação desse entendimento junto ao Supremo no julgamento do RE 602.072 QO-RG/RS (Rel. Min. Cezar Peluso, j. 19/11/2009, DJe 35 25/02/2010), o STJ se viu obrigado a alterar sua posição acerca do assunto. Hoje, portanto, pode-se dizer que tanto o STJ quanto o Supremo comungam do entendimento segundo o qual o descumprimento das condições impostas em transação penal acarreta o oferecimento da denúncia (ou queixa) e seguimento do processo penal, uma vez que a decisão homologatória do acordo, submetida à condição resolutiva – descumprimento do pactuado – não faz coisa julgada material.[83]

Enfim, com o objetivo de evitar novos questionamentos acerca do assunto, o Supremo Tribunal Federal se valeu do permissivo constante do art. 103-A da Constituição Federal para editar o enunciado da Súmula vinculante nº 35: "A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial".

23.7. Recurso.

De acordo com o art. 76, § 5º, da Lei nº 9.099/95, da decisão homologatória da transação penal caberá apelação. Também caberá apelação contra a decisão que não homologar o acordo, aplicando-se, subsidiariamente, o art. 593, II, do CPP, por se tratar de decisão interlocutória mista não terminativa. Esta apelação poderá ser julgada por turma composta de três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado, e deve ser interposta no prazo de 10 (dez) dias por meio de petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.[84]

Na medida em que o titular do *jus puniendi* é o Estado, e não a vítima do delito, há certa controvérsia quanto à legitimidade recursal do assistente de acusação para se insurgir contra a decisão homologatória da transação penal, por meio da qual fica acordado o cumprimento imediato de pena restritiva de direitos ou multas. Sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que o assistente tem sim interesse em impugnar eventual decisão homologatória da transação penal se acaso presente algum motivo que impeça a celebração do acordo. Ora, se o autor do fato delituoso não faz jus à transação penal, é evidente o prejuízo causado à vitima diante de um acordo indevidamente homologado pelo juiz, já que a transação penal não produz efeitos civis, do que sobressai a necessidade de o interessado propor a ação adequada no juízo cível (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 6º). Em outras palavras, se o autor do fato delituoso não faz jus à transação penal, devia ter havido o oferecimento da peça acusatória, com a possibilidade de prolação de um decreto condenatório, e consequente formação de título executivo judicial capaz de satisfazer os interesses da vítima. No entanto, se o benefício foi indevidamente concedido ao autor do fato delituoso, ver-se-á o acusado obrigado a dar início a um processo no cível, objetivando a reparação do dano causado pelo delito.

24. PROCEDIMENTO COMUM SUMARÍSSIMO.

Seção III
Do Procedimento Sumariíssimo

Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§ 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

§ 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.

§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei.

83. STJ, 5ª Turma, HC 188.959/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/10/2011. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 217.659/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 1º/03/2012.

84. Para Nucci (op. cit. p. 457), se o acordo é viável, porquanto observadas as regras legais, mas mesmo assim é rejeitado pelo juiz por meio de decisão interlocutória que desencadeia o momento para o oferecimento da peça acusatória, será cabível correição parcial, vez o magistrado estaria tumultuando indevidamente o feito.

24.1. Providências a serem adotadas pelo titular da ação penal se frustrada a transação penal.

Caso não tenham sido alcançadas a composição dos danos civis e a transação penal, seja pela ausência do autor do fato delituoso, não preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos, seja pela não aceitação da proposta, terá início a fase judicial da persecução criminal. Nesse momento, o Ministério Público (ou o querelante) tem as seguintes opções:

a) **requisição de diligências imprescindíveis à formação da *opinio delicti*, com a consequente devolução dos autos à Polícia:** O ideal é que essas diligências sejam requisitadas apenas depois de frustradas as tentativas de solução consensual da demanda;

b) **encaminhamento dos autos ao juízo comum:** se a complexidade ou circunstâncias do caso concreto não permitirem a formulação imediata da denúncia (ou da queixa), o acusador poderá requerer ao juiz o encaminhamento dos autos ao juízo comum, nos termos do art. 77, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.099/95. Se o órgão do Ministério Público requerer ao juiz a remessa dos autos ao juízo comum, recusando-se a oferecer denúncia em virtude da complexidade da causa, na hipótese de o magistrado não concordar, a solução é a aplicação subsidiária do art. 28 do CPP;[85]

c) **arquivamento dos autos**: deve ser promovido pelo Ministério Público nas seguintes hipóteses: 1) ausência de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal; 2) falta de justa causa para o exercício da ação penal; 3) atipicidade da conduta; 4) existência manifesta de causa excludente da ilicitude; 5) existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo a inimputabilidade; 6) existência de causa extintiva da punibilidade;

d) **pedido de declinação da competência**: caso o Promotor de Justiça entenda que os Juizados não têm competência para o julgamento do feito, por não se tratar de infração de menor potencial ofensivo, deve requerer a remessa dos autos ao juízo competente. A título de exemplo, verificando o órgão ministerial tratar-se de crime de lesão corporal grave, porquanto a vítima ficou incapacitada para suas ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, deve requerer a remessa dos autos ao juízo comum;

e) **suscitar conflito de competência**: essa hipótese não se confunde com a anterior. Na hipótese anterior, nenhum outro órgão jurisdicional havia se manifestado quanto à competência. Quando se fala em conflito de competência, significa dizer que já houve prévia manifestação de outro órgão jurisdicional, razão pela qual não se pode requerer o retorno dos autos àquele juízo – deve-se, sim, suscitar conflito de competência. Usando o mesmo exemplo anterior, suponha-se que autos de inquérito policial, que estavam tramitando perante uma vara criminal comum, tenham sido remetidos ao Juizados, porquanto o magistrado concluiu que se tratava de infração de menor potencial ofensivo. Ora, supondo que o Promotor de Justiça e o magistrado que atuam perante os Juizados discordem dessa conclusão, entendendo que o fato delituoso não pode ser considerado uma infração de menor potencial ofensivo, não poderão declinar da competência em favor do Juízo comum, já que este já se manifestou no sentido de sua incompetência. Deve-se, pois, suscitar conflito negativo de competência, a ser dirimido pelo respectivo Tribunal de Justiça.

f) **Oferecimento de denúncia (ou queixa), inclusive oralmente**: nos demais procedimentos, tanto a denúncia quanto a queixa são aduzidas através de petição, que deve ser escrita na língua pátria. Contudo, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, há previsão legal de oferecimento de denúncia ou queixa oral, as quais, logicamente, serão reduzidas a termo, a fim de que o acusado possa ter ciência da imputação formulada (Lei nº 9.099/95, art. 77, *caput*, e § 3º). Nesse caso, a assinatura do acusador será tomada no termo da audiência, que será equivalente àquela que seria lançada no ato processual, se escrito. Não obstante o disposto na Lei nº 9.099/95, é plenamente possível que a peça acusatória seja oferecida por meio de petição. A peça acusatória deve ser oferecida com fiel observância dos requisitos elencados no art. 41 do CPP. Para além dos requisitos inseridos no referido dispositivo – exposição do fato criminoso, qualificação do acusado, classificação do crime e rol de testemunhas, quando necessário –, a doutrina acrescenta outros, tais como o endereçamento da peça acusatória, sua redação em vernáculo, a citação das razões de convicção ou presunção da delinquência, assim como a subscrição da peça pelo Ministério Público ou pelo advogado do querelante, sem olvidar da procuração com poderes especiais, e do recolhimento de custas, no caso de queixa-crime. Quanto ao limite máximo de testemunhas que podem ser arroladas no procedimento sumaríssimo, há quem entenda que podem ser arroladas até 5 (cinco) testemunhas. A nosso ver, até mesmo por uma questão de simetria, já que no procedimento comum ordinário são 8 (oito), e no sumário 5 (cinco), o número máximo de testemunhas que

85. Para mais detalhes acerca da subsistência da possibilidade de aplicação do art. 28 do CPP, com redação dada pelo Pacote Anticrime, remetemos o leitor ao item 23.4.

podem ser arroladas no âmbito dos Juizados é de 3 (três), aplicando-se, subsidiariamente, o quanto previsto para o procedimento do Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/95, art. 34).

24.2. Dispensa do exame de corpo de delito.

Em relação à comprovação da materialidade, o art. 77, § 1º, da Lei nº 9.099/95, prevê que, para o oferecimento da denúncia, a ser elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

Interpretação literal do referido dispositivo nos leva à conclusão de que a dispensa do exame de corpo de delito só pode ocorrer *para o oferecimento da peça acusatória*. Logo, na sentença, a materialidade teria que ser comprovada pelo exame de corpo de delito. Sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que o referido dispositivo deve ser objeto de interpretação extensiva, já que disse menos do que queria dizer. Há necessidade, pois, de se ampliar o sentido ou alcance de seu preceito, a não ser que se queira concluir que o dispositivo limitou-se a repetir regra já inserida no bojo do CPP.

Ora, se o processo perante o Juizado Especial Criminal se orienta pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, não faz sentido que o exame de corpo de delito seja dispensável apenas para o oferecimento da peça acusatória. Isso porque a dispensa do exame de corpo de delito para o oferecimento da denúncia já ocorre nos demais procedimentos do CPP. Neles, o exame de corpo de delito também não é condição *sine qua non* para o oferecimento da denúncia, à exceção de algumas hipóteses excepcionais (v.g., drogas, crimes materiais contra a propriedade imaterial). Então, se o exame de corpo de delito não é necessário para o oferecimento da peça acusatória nos demais procedimentos, é evidente que o art. 77, § 1º, da Lei nº 9.099/95, disse menos do que queria dizer. Na verdade, não há necessidade do exame de corpo de delito para o oferecimento da denúncia, nem tampouco para a prolação de eventual sentença condenatória, desde que a materialidade possa ser comprovada por boletim médico ou prova equivalente (v.g., cópias de ficha clínica ou de prontuário de hospital ou pronto-socorro, relatório médico, etc.).[86]

86. No sentido de que não há necessidade de exame de corpo de delito para a formação de juízo condenatório em processo relativo a lesões corporais: STF, 1ª Turma, HC 80.419/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 07/12/2000 p. 6.

24.3. Complexidade da causa.

De acordo com o art. 77, § 2º, da Lei nº 9.099/95, se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei. Remetidos os autos ao juízo comum, deve ser observado o procedimento sumário (CPP, art. 538, com redação dada pela Lei nº 11.719/08). Essa remessa dos autos ao juízo comum em virtude da complexidade ou das circunstâncias do caso concreto também é possível nos casos de ação penal de iniciativa privada (Lei nº 9.099/95, art. 77, § 3º).

Essa complexidade a que se refere o dispositivo em análise pode estar relacionada à forma de execução do delito, à quantidade de pessoas envolvidas, à dificuldade probatória, quando demandar maiores investigações, etc. A verificação dessa complexidade recai, inicialmente, sobre o órgão do Ministério Público. Na sequência, deve o juiz se pronunciar quanto à remessa dos autos ao Juízo comum. De todo modo, uma vez remetidos os autos ao juízo comum, o posterior afastamento da complexidade da causa não implica no restabelecimento da competência dos Juizados.

> **Art. 78.** Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.
>
> § 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização.
>
> § 2º Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 desta Lei para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.
>
> § 3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista no art. 67 desta Lei.

24.4. Notificação do acusado para apresentação da defesa preliminar.

De acordo com o art. 78 da Lei dos Juizados, na hipótese de a peça acusatória ser oferecida

oralmente, esta deve ser reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, *que com ela ficará citado* e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento. Por sua vez, o art. 81 estabelece que, aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, proceder-se-á à instrução do feito.

Em que pese o art. 78 fazer menção à *citação do acusado* logo após o oferecimento da denúncia ou da queixa, e o art. 81 prever que, uma vez recebida a peça acusatória, será dado início à instrução do processo, é certo que a citação do acusado só pode ser realizada após o recebimento da peça acusatória. Afinal, só se pode falar em citação após o recebimento da peça acusatória.

Tecnicamente, portanto, o art. 78 deve ser interpretado no sentido de que, oferecida a peça acusatória, o acusado será notificado acerca da data designada para a audiência, oportunidade em que poderá apresentar defesa preliminar, objetivando a rejeição da peça acusatória. Se, no entanto, o juiz deliberar pelo recebimento da inicial acusatória, aí sim deverá proceder à imediata citação do acusado, a qual pode ser feita na própria audiência.

Caso o acusado não esteja presente na audiência preliminar, será notificado na forma dos arts. 66 e 68 e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização (Lei nº 9.099/95, art. 78, § 1º).

Caso a testemunha resida em outra comarca, é perfeitamente possível a expedição de carta precatória para sua oitiva. Na dicção da 6ª Turma do STJ, mesmo nos procedimentos afetos aos Juizados Especiais Criminais, é possível a produção de provas mediante carta precatória, pois os princípios que os norteiam (simplicidade, oralidade, informalidade, celeridade e economia processual) não podem se sobrepor à garantia constitucional da ampla defesa.[87]

O art. 78, § 1º, da Lei nº 9.099/95, deixa entrever que o acusado pode apresentar o rol de depoentes com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, ou simplesmente comparecer à audiência acompanhado de suas testemunhas. Quando as testemunhas são apresentadas diretamente na audiência, a parte contrária fica privada da possibilidade de conhecimento prévio da pessoa que irá prestar o depoimento, o que, em tese, representa um obstáculo ao direito da parte à contradita, restrição esta que, aos olhos da doutrina, é justificada pelo princípio da celeridade processual.[88]

Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 para comparecerem à audiência de instrução e julgamento (Lei nº 9.099/95, art. 78, §§ 1º e 2º). As testemunhas arroladas também serão intimadas na forma prevista no art. 67.

> **Art. 79.** No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

24.5. Nova oportunidade para a conciliação.

O art. 62 da Lei nº 9.099/95 afirma que o processo perante o Juizado Especial Criminal tem como objetivo precípuo a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Logo, na hipótese de não ter havido a possibilidade de composição civil dos danos e de transação penal na fase preliminar, o art. 79 deixa claro que a conciliação deve anteceder à realização da audiência una de instrução e julgamento.

Pelo menos em tese, essa busca pelo consenso somente será viável caso não tenha sido possível, anteriormente, a tentativa de conciliação. Na prática, todavia, mesmo para as hipóteses em que já houve prévia tentativa de conciliação na audiência preliminar, é muito comum que o juiz incentive novamente a realização de tratativas entre as partes, seja para fins de composição civil dos danos, seja para imediato cumprimento de pena não privativa de liberdade.

> **Art. 80.** Nenhum ato será adiado, determinando o Juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.

24.6. Condução coercitiva.

Em fiel observância aos critérios orientadores da economia processual e da celeridade, assim

87. STJ, 6ª Turma, HC 112.074/PR, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 06/02/2009, DJe 02/03/2009.

88. Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 462.

como da garantia da razoável duração do processo, o ideal é que não haja o adiamento dos atos processuais, sobretudo quando for possível a condução coercitiva de quem deva comparecer.

Como o art. 80 não contempla qualquer exceção, fica a impressão inicial de que seria possível que o juiz determinasse a condução coercitiva de toda e qualquer pessoa, o que não é verdade. De fato, como a autodefesa é renunciável, tendo o acusado o direito de permanecer em silêncio, é dominante na doutrina o entendimento de que não é possível que o juiz determine sua condução coercitiva, salvo se necessária para eventual reconhecimento de pessoas, meio de prova que não está protegido pelo princípio que veda a autoincriminação.

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

24.7. Defesa Preliminar.

O art. 81 da Lei dos Juizados confere à defesa a oportunidade de se manifestar oralmente antes de haver o recebimento da peça acusatória. Há previsão legal, portanto, de defesa preliminar oral no procedimento sumaríssimo dos Juizados.

Espécie de contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da peça acusatória, a defesa preliminar é uma oportunidade que o acusado tem de ser ouvido pelo juiz antes do recebimento da denúncia (ou queixa), objetivando impedir a instauração de processo temerário. O momento processual para a apresentação da defesa preliminar é entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória. Não se confunde, portanto, com a resposta à acusação, introduzida pela Lei nº 11.719/08 no art. 396-A do CPP, que deve ser apresentada depois do recebimento da peça acusatória.

Se a defesa preliminar e a resposta à acusação são apresentadas em momentos processuais distintos, seus objetivos também não se confundem. Como a defesa preliminar é apresentada antes de o juiz receber a peça acusatória, infere-se que seu escopo principal é o de convencer o magistrado da presença de uma das hipóteses que autorizam a rejeição da peça acusatória: inépcia da inicial, ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação; falta de justa causa para o exercício da ação penal (CPP, art. 395). Na resposta à acusação, como a peça acusatória já foi recebida pela autoridade judiciária, seu escopo principal é uma eventual absolvição sumária, nas hipóteses de atipicidade, excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, salvo inimputabilidade, ou causa extintiva da punibilidade (CPP, art. 397). Caso não seja possível a absolvição sumária, deve o defensor arguir, desde já, preliminares, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas, e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário (CPP, art. 396-A).[89]

Para o Supremo Tribunal Federal, a inobservância do art. 81 da Lei nº 9.099/95, que assegura ao acusado a oportunidade de apresentação da defesa preliminar, é causa de nulidade relativa, daí por que deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão, além de ser indispensável a comprovação do prejuízo.[90]

24.8. Juízo de admissibilidade: rejeição ou recebimento da peça acusatória.

Apresentada a defesa preliminar oral a que se refere o art. 81, *caput*, da Lei nº 9.099/95, abrem-se duas possibilidades ao juiz: rejeição ou recebimento da peça acusatória.

As hipóteses de rejeição da peça acusatória estão previstas no art. 395 do CPP: inépcia da denúncia ou da queixa; falta de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal; falta de justa causa para o exercício da ação penal.[91] Por expressa previsão legal, o art. 395 do

89. Para mais detalhes acerca das diferenças entre a defesa preliminar e a resposta à acusação, remetemos o leitor aos comentários feitos ao art. 55 da Lei nº 11.343/06.

90. STF, 2ª Turma, HC 85.271/MS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14/06/2005, DJ 01/07/2005, p. 87.

91. No sentido de que a presença da *justa causa*, leia-se, de um suporte probatório mínimo necessário para a instauração de um processo penal, também deve ser aferida por ocasião do juízo de admissibilidade da peça acusatória no âmbito dos Juizados: STJ, 5ª Turma, RHC 61.822/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/12/2015, DJe 25/02/2016.

CPP também é aplicável no âmbito dos Juizados (CPP, art. 394, § 4º).

Rejeitada a peça acusatória, diversamente do que se dá no procedimento comum, no qual o recurso adequado é o RESE (CPP, art. 581, I), no âmbito dos Juizados a impugnação correta é a apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado (Lei nº 9.099/95, art. 82, *caput*). Esta apelação deve ser interposta no prazo de 10 dias por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente, valendo lembrar que, de acordo com o art. 82, § 2º, da Lei dos Juizados, o recorrido deve ser intimado para oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias. Na mesma linha, aliás, eis o teor da súmula nº 707 do Supremo: "Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo".

Se o juiz entender que não é caso de rejeição da peça acusatória, porquanto ausentes quaisquer das causas elencadas no art. 395, deve receber a peça acusatória. O recebimento da peça acusatória é causa interruptiva da prescrição, nos termos do art. 117, I, do CP, aplicável subsidiariamente nos Juizados em virtude do art. 92 da Lei nº 9.099/95. Recebida a peça acusatória, deve o juiz determinar a citação do acusado.

Para a jurisprudência, o magistrado não está obrigado a fundamentar a decisão de recebimento da peça acusatória, até mesmo para se evitar que eventual excesso na motivação acarrete indevida antecipação da análise do mérito. Na dicção do Supremo, o ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia pelo Ministério Público não se qualifica, nem se equipara, para os fins a que se refere o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, a ato de caráter decisório, daí por que não se exige que seja fundamentado.[92] Todavia, nos procedimentos em que há previsão legal de defesa preliminar, como ocorre, por exemplo, no âmbito dos Juizados, os próprios Tribunais reconhecem a necessidade de fundamentação do recebimento da peça acusatória. Afinal, não faria sentido permitir a apresentação de defesa preliminar pelo acusado antes do juízo de admissibilidade da peça acusatória e, na sequência, admitir-se que, ao receber a denúncia (ou queixa), não estivesse o juiz obrigado a fundamentar sua decisão, rechaçando os argumentos da defesa.[93]

92. STF, 2ª Turma, HC 95.354/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/06/2010, DJe 159 26/08/2010. No mesmo sentido: STF, 2ª Turma, HC 93.056/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/12/2008, DJe 89 14/05/2009). E também: STF, 2ª Turma, RHC 87.005/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18/08/2000.

24.9. (Des)necessidade de resposta à acusação no procedimento comum sumaríssimo.

Uma vez recebida a peça acusatória, o acusado deverá ser citado, tendo início a instrução do processo, oportunidade em que serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

Ocorre que, por força da Lei nº 11.719/08, passou a constar do CPP o seguinte dispositivo legal: "As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código" (art. 394, § 4º).

Por força do novel dispositivo, ainda que determinado crime esteja sujeito a procedimento especial previsto no CPP ou na legislação extravagante, o art. 394, § 4º, do CPP, estabelece que serão aplicáveis as disposições dos arts. 395 (causas de rejeição da peça acusatória), 396 (recebimento da peça acusatória e citação do acusado), 396-A (resposta à acusação) e 397 (absolvição sumária), desde que se trate de procedimento penal de primeiro grau. Deixamos de fazer menção ao art. 398, citado no art. 394, § 4º, porquanto referido artigo foi revogado pela Lei nº 11.719/08.

Conjugando-se o quanto disposto no art. 81, *caput*, da Lei nº 9.099/95, com o teor do art. 394, § 4º, do CPP, pode-se chegar à conclusão de que, pelo menos em tese, o procedimento comum sumaríssimo dos Juizados passaria a contar com duas manifestações da defesa: defesa preliminar e resposta à acusação.

A defesa preliminar, constante do art. 81, *caput*, da Lei nº 9.099/95, dá à defesa a oportunidade de se manifestar antes do recebimento da peça acusatória; de outro lado, a resposta à acusação, introduzida em todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados pelo CPP (art. 394, § 4º), tem como objetivo precípuo uma eventual absolvição sumária, sendo também o momento para especificar as provas pretendidas.

93. No sentido de necessidade de fundamentação do recebimento da peça acusatória em relação ao procedimento pertinente aos crimes funcionais afiançáveis, que também prevê defesa preliminar: STF, 2ª Turma, HC 84.919/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2010, DJe 55 25/03/2010. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 76.319/SC, Rel. Min. Nilson Naves, j. 11/12/2008, DJe 23/03/2009.

Na resposta à acusação, como a peça acusatória já foi recebida pela autoridade judiciária, seu escopo principal é uma eventual absolvição sumária, nas hipóteses de atipicidade, excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, salvo inimputabilidade, ou causa extintiva da punibilidade (CPP, art. 397). Caso não seja possível a absolvição sumária, deve o defensor arguir, desde já, preliminares, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas, e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que a apresentação de duas defesas de conteúdo, prazo e amplitude semelhantes, uma *antes* e outra *depois* do recebimento da peça acusatória no procedimento comum sumaríssimo seria (e será) um equívoco procedimental, em patente violação aos preceitos que norteiam o processo perante o Juizado – informalidade, economia processual e celeridade. Portanto, a nosso ver, há necessidade de apresentação de apenas uma defesa, a saber, a defesa preliminar, oportunidade em que deve haver a concentração de todas as teses da defesa, principais e subsidiárias, buscando-se a rejeição da peça acusatória, assim como eventual absolvição sumária, sem se olvidar da necessária especificação de provas, para o caso de eventual prosseguimento do processo.

Os fundamentos que confirmam a desnecessidade de apresentação da resposta à acusação quando o procedimento especial contar com previsão legal de anterior defesa preliminar constam do próprio CPP. De acordo com o art. 394, § 2º, do CPP, "aplica-se a todos os processos o procedimento comum, *salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial*". Por sua vez, eis o teor do art. 394, § 5º, do CPP: "Aplicam-se *subsidiariamente* aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário". Os dois dispositivos legais deixam evidente que as alterações introduzidas no bojo do procedimento comum ordinário só devem ser aplicadas *subsidiariamente*. Ora, por mais que o CPP fale em apresentação da resposta à acusação após o recebimento da denúncia, há de se ter em mente que a Lei dos Juizados traz em seu procedimento a previsão de defesa preliminar, cujo momento procedimental é inclusive mais vantajoso pois apresentada antes do recebimento da peça acusatória.

Destarte, com base no princípio da especialidade, não há lógica em se exigir a apresentação de duas defesas, sob pena, inclusive, de se transformar o procedimento comum sumaríssimo em um procedimento mais moroso e complexo que o próprio procedimento comum ordinário, que prevê apenas a apresentação da resposta à acusação após o recebimento da peça acusatória.

24.10. Possibilidade de absolvição sumária.

Apesar de nos parecer absolutamente equivocada a necessidade de apresentação de duas peças da defesa no âmbito do procedimento comum sumaríssimo – defesa preliminar e resposta à acusação –, uma *antes* e outra *depois* do recebimento da peça acusatória, é perfeitamente possível o julgamento antecipado do processo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, por meio da denominada *absolvição sumária*.

Afinal, por força do art. 394, § 4º, do CPP, as disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código. Assim, em sede de procedimento comum sumaríssimo, também se afigura possível a absolvição sumária do acusado, caso presente uma das hipóteses previstas no art. 397 do CPP.

O recurso cabível contra a absolvição sumária será o de apelação. Afinal, trata-se de sentença definitiva de absolvição proferida por juiz singular (CPP, art. 593, inciso I). Especificamente quanto à absolvição sumária com base em causa extintiva da punibilidade, como tal decisão não tem natureza absolutória, mas sim declaratória, pensamos que o recurso correto seja o RESE, com fundamento no art. 581, VIII, do CPP, aplicável subsidiariamente ao procedimento dos Juizados com base no art. 92 da Lei nº 9.099/95.

Caso o magistrado refute os argumentos expendidos pela defesa na resposta à acusação e não absolva sumariamente o acusado com fundamento no art. 397, determinando o prosseguimento do feito, exsurge para a defesa a possibilidade de buscar o trancamento do processo, seja por meio de *habeas corpus*, quando houver risco à liberdade de locomoção, seja por meio de mandado de segurança, nas demais hipóteses.

24.11. Audiência de instrução e julgamento.

De acordo com o art. 81, *caput*, da Lei nº 9.099/95, após a apresentação da defesa preliminar, se o juiz deliberar pelo recebimento da peça acusatória, e desde que não tenha havido a absolvição sumária do acusado, nem tampouco a composição dos danos civis e a transação penal, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e de defesa,

interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

Objetivando assegurar essa hiperconcentração dos atos probatórios, o art. 81, § 1º, da Lei nº 9.099/95, dispõe que as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as seguintes provas: a) prova excessiva: é aquela que, apesar de tratar do objeto da causa, não possui aptidão de influir no julgamento da causa (v.g., acareação por precatória); b) prova impertinente: é aquela que não diz respeito à questão objeto de discussão no processo; c) prova protelatória: é aquela que visa apenas ao retardamento do processo.

Os debates serão sucessivos, acusação e defesa, por 20 (vinte) minutos cada uma, nada se diferenciando dos debates previstos nos demais procedimentos comuns.

Os princípios da economia processual e da celeridade que orientam o processo perante os Juizados não podem prejudicar o direito à prova. Portanto, a concentração dos atos processuais em audiência única, prevista no art. 81, § 1º, da Lei nº 9.099/95, não configura regra absoluta e intangível, e não pode servir de obstáculo à busca da verdade, causando prejuízo ao exercício da ampla defesa. Como visto anteriormente, tem sido admitida, no Juizado, a expedição de carta precatória para a oitiva de testemunha que more fora da competência territorial do juiz processante, conforme previsto no art. 222 do CPP, aplicável subsidiariamente no âmbito dos Juizados em face do art. 92 da Lei nº 9.099/95.[94]

Nenhum ato será adiado, determinando o juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer. Evidentemente, essa condução coercitiva somente é cabível na audiência de instrução e julgamento, já que a ausência do autor, da vítima ou do responsável civil à audiência preliminar implica apenas a inviabilidade de realizar a conciliação.

Na hipótese de crime de ação penal exclusivamente privada ou personalíssima, é oportuno lembrar que o não comparecimento do advogado do querelante à audiência de instrução e julgamento é causa de perempção, e consequente extinção da punibilidade, nos exatos termos do art. 60, inciso III, do CPP.

De todo ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença. A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do juiz (Lei nº 9.099/95, art. 81, § 3º).

94. STJ, 5ª Turma, RHC 9.740/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 19/02/2001 p. 185.

25. SISTEMA RECURSAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS.

Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 1º A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 2º O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.

§ 3º As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 65 desta Lei.

§ 4º As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa.

§ 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

25.1. Julgamento pelas turmas recursais.

Ao se referir à criação dos Juizados Especiais, com competência para o processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, a própria Constituição Federal autoriza que o julgamento de recursos seja feito por turmas de juízes de primeiro grau (art. 98, I, *in fine*).

Portanto, desde que criadas, o juízo *ad quem* no âmbito dos Juizados Especiais será uma Turma Recursal, composta por três juízes togados em exercício no primeiro grau de jurisdição, sendo vedada a participação no julgamento do magistrado prolator da decisão em exame, porquanto configurada situação de impedimento ao exercício da sua jurisdição, nos termos do art. 252, inciso III, do CPP. Caso não tenha se dado a instalação das turmas recursais, o juízo *ad quem* continua sendo o Tribunal de Justiça (ou TRF) competente.

A Turma Recursal somente conhecerá dos recursos interpostos contra decisões referentes a processos que tramitaram perante os Juizados. Destarte, se a decisão impugnada foi proferida por

magistrado do Juizado Especial Criminal, compete à Turma Recursal a apreciação de eventuais recursos contra ela interpostos, mesmo que tais vias impugnativas tenham o objetivo de reconhecer a própria incompetência do Juizado.[95]

Logo, ainda que se trate de infração de menor potencial ofensivo, se o feito tiver tramitado perante o juízo comum (v.g., por conta da impossibilidade de citação por edital nos juizados), o juízo *ad quem* competente para o julgamento dos recursos será o respectivo Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal), e não a Turma Recursal do Juizado Especial Criminal, sob pena de violação ao princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF).[96]

O órgão do Ministério Público que atua como *custos legis* perante as turmas recursais não é um Procurador de Justiça, mas sim o Promotor de Justiça que atua no primeiro grau.

Em relação aos julgamentos perante as turmas recursais, o art. 82, § 4º, da Lei nº 9.099/95, estabelece que as partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa. Como se percebe, em sede de Juizados, não há necessidade de notificação pessoal do MP e do defensor, bastando que a comunicação da sessão de julgamento da turma seja feita pela imprensa oficial. Em outras palavras, o art. 82, § 4º, funciona como norma especial e, portanto, deve prevalecer em relação àquela constante do art. 370, § 4º, do CPP, e do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 (Lei da Assistência Judiciária Gratuita), que determina a intimação pessoal do Defensor Público ou de quem exerça função equivalente. Nesse contexto, confira-se: "Defensor público: intimação pela imprensa (L. 9.099/95, art. 82, § 4º): inaplicabilidade, nos Juizados Especiais, do art. 128, I, da LC 80/94, que prescreve a sua intimação pessoal. Firme a jurisprudência do STF em que, nos Juizados Especiais, prevalece o critério da especialidade e, por isso, basta a intimação pela imprensa, nos termos do art. 82, § 4º, da L. 9.099/95: precedentes: improcede a alegação de que, prescrita a intimação pessoal do Defensor Público em lei complementar, subsistiria a regra à superveniência da lei ordinária dos Juizados Especiais, pois o tema não se inclui no âmbito material reservado à lei complementar pelo art. 134 e parágrafos da Constituição, mas disciplina questão processual e, por isso, tem natureza de lei ordinária".[97]

Seguindo a mesma linha, a Lei nº 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, possui dispositivo expresso no sentido de que não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

Ainda em relação aos julgamentos perante as turmas recursais, o art. 82, § 5º, da Lei nº 9.099/95, preceitua que se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão (v.g., "confirma-se a r. sentença por seus próprios fundamentos, negando-se provimento à apelação"). Destarte, não há necessidade de acórdão formal e nos moldes em que é proferido pelos Tribunais. Para o Supremo, a possibilidade de o colégio recursal fazer remissão aos fundamentos adotados na sentença de 1º grau não ofende o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, que exige a motivação das decisões judiciais.[98]

A Lei nº 9.099/95 só faz menção expressa ao cabimento de dois recursos: apelação e embargos de declaração. Isso, todavia, não significa dizer que não sejam cabíveis outros recursos no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Afinal, por força do art. 92 da Lei nº 9.099/95, desde que não haja incompatibilidade, as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal são aplicáveis subsidiariamente nos processos de competência dos Juizados.

Portanto, se, por exemplo, o juiz do Juizado declarar extinta a punibilidade, o recurso cabível será o RESE, aplicando-se, subsidiariamente, o disposto no art. 581, VIII, do CPP. Da mesma forma, se o Ministério Público interpor apelação contra sentença absolutória, nos termos do art. 82, *caput*, da Lei nº 9.099/95, mas esta apelação não for conhecida pelo juiz do Juizado, o recurso cabível será o RESE, aplicável, por analogia, o art.

95. Nesse contexto, como já se pronunciou a 3ª Seção do STJ, "proferida sentença absolutória por magistrado do Juizado Especial Criminal, compete ao Órgão Jurisdicional hierarquicamente superior o julgamento de eventual recurso, ainda que para reconhecer a incompetência do juízo, por força da perpetuatio jurisdicionis". (STJ, 3ª Seção, CC 72.838/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28/03/2008, DJe 22/04/2008).

96. Na dicção do Supremo, "compete ao Tribunal estadual de 2º grau e não à Turma Recursal o julgamento de processo referente a crime de menor potencial ofensivo julgado pela Justiça comum". (STF – RHC 85.312/SC – 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 29/04/2005).

97. STF, 1ª Turma, HC 86.007/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/06/2005, DJ 01/09/2006. No sentido de que o julgamento dos recursos pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais prescinde da intimação pessoal dos defensores públicos, bastando a intimação pela imprensa oficial: STJ, 5ª Turma, HC 105.548/ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27/04/2010, DJe 17/05/2010.

98. STF, RE 635.729 RG/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/06/2011, DJe 162 23/08/2011.

581, XV, do CPP. Em ambas as situações, o RESE deverá ser apreciado pela turma recursal. Se, no entanto, a turma recursal não tiver sido criada, o julgamento desse RESE ficará afeto ao respectivo Tribunal de Justiça (ou TRF).

De acordo com o art. 82, § 3º, da Lei nº 9.099/95, as partes poderão requerer a transcrição da fita magnética na qual foram gravados os atos realizados na audiência de instrução. Este dispositivo é alvo de críticas por parte da doutrina. Afinal, de que adianta a Constituição Federal adotar o princípio da oralidade como critério orientador dos Juizados, se a própria Lei exige a transcrição do conteúdo das fitas magnéticas que foram utilizadas exatamente para evitar a forma escrita e dar preponderância à palavra oral?

Por isso, pensamos que o art. 82, § 3º, da Lei dos Juizados, para além de inconstitucional à luz do princípio da oralidade (CF, art. 98, inciso I), e da garantia da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), também foi revogado tacitamente pelo disposto no art. 405, § 2º, que prevê que, no caso de registro por meio audiovisual, basta que seja encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição (CPP, art. 405, § 2º). Apesar de se referir ao procedimento comum, pensamos que a decisão a seguir transcrita tem inteira aplicação no âmbito dos Juizados: "(...) A conversão do julgamento de apelação em diligência para que a primeira instância providencie a degravação de conteúdo registrado em meio audiovisual contraria frontalmente o art. 405, § 2º, do CPP, assim como o princípio da razoável duração do processo".[99]

25.2. Apelação nos Juizados.

A Lei nº 9.099/95 prevê expressamente o cabimento da apelação nas seguintes hipóteses:

a) **rejeição da peça acusatória**: ao contrário do que ocorre no CPP, em que o recurso cabível contra a rejeição é o RESE (art. 581, I), o art. 82, *caput*, da Lei nº 9.099/95, preceitua que da decisão de rejeição da denúncia ou queixa caberá apelação. Nesse caso, é obrigatória a intimação do acusado para oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 82, § 2º). Na mesma linha, eis o teor da súmula nº 707 do Supremo: "Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo".

b) **sentença condenatória ou absolutória**: nos mesmos moldes do CPP, o recurso cabível contra a sentença também é o de apelação (art. 82);

c) **decisão homologatória da transação penal** (art. 76, § 5º).

Essa apelação nos Juizados tem algumas peculiaridades que a diferenciam daquela prevista no Código de Processo Penal, a saber:

1) no âmbito do CPP, o prazo para a interposição da apelação é de 5 (cinco) dias, ao passo que, nos Juizados, o prazo é de 10 (dez) dias;

2) no Código de Processo Penal, a apelação pode ser interposta por petição escrita ou por termo nos autos (art. 578, *caput*); nos Juizados, a apelação deve ser interposta por petição escrita;

3) na apelação comum do CPP, o recorrente pode optar por apresentar as razões de recurso diretamente no juízo *ad quem* (art. 600, § 4º); no Juizado, isso não é possível, haja vista a necessidade de apresentação conjunta da petição de interposição e das razões de recurso (art. 82, § 1º).

4) no âmbito do CPP, existe a possibilidade de o recorrente apresentar a petição de interposição no prazo de 5 (cinco) dias, protestando pela apresentação das razões recursais em até 8 (oito) dias; nos Juizados, o art. 82, § 1º, da Lei nº 9.099/95, preceitua que a apelação será interposta no prazo de 10 (dez) dias, por petição escrita, *da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.*

Portanto, em sede de Juizados, a apelação deve estar necessariamente acompanhada das razões recursais. Se, porventura, a interposição da apelação for apresentada desacompanhada das razões recursais, estas podem ser oferecidas antes do término do prazo de 10 (dez) dias, independentemente de nova intimação.

Não há consenso na doutrina acerca das consequências decorrentes da não apresentação das razões recursais de apelação nos Juizados, seja quando não apresentadas em conjunto com a petição escrita de interposição, seja quando não apresentada no prazo legal de 10 (dez) dias, independentemente de nova intimação. Há precedentes da 2ª Turma do Supremo considerando que a não apresentação das razões de apelação no prazo legal de 10 (dez) dias impede o conhecimento do recurso.[100]

99. STJ, 5ª Turma, HC 172.840/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/10/2010, DJe 03/11/2010.

100. STF, 2ª Turma, HC 85.210/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 01/07/2005 p. 87; STF, 2ª Turma, HC 79.843/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30/05/2000, DJ 30/06/2000.

Prevalece, todavia, a orientação de que, nos mesmos moldes do que ocorre no CPP, a ausência ou a intempestividade das razões recursais não prejudica o conhecimento da apelação interposta no prazo legal. Logo, ainda que o recorrente não tenha apresentado as razões recursais no prazo de 10 (dez) dias, isso não impede o conhecimento da apelação interposta tempestivamente. Cuida-se, portanto, de mera irregularidade que não compromete o conhecimento do apelo.[101]

25.3. Recurso Extraordinário.

Ao tratar do recurso extraordinário, a Constituição Federal faz menção às *causas decididas em única ou última instância*, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Carta Magna, quando declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, quando julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou quando julgar válida lei local contestada em face de lei federal (CF, art. 102, III, alíneas "a" a "d").

Como a Constituição Federal não impõe a necessidade de que a decisão combatida tenha sido prolatada por um Tribunal – basta que a causa tenha sido *decidida em única ou última instância* –, doutrina e jurisprudência não divergem acerca do cabimento de recurso extraordinário contra decisão de turma recursal, desde que preenchidos os demais requisitos. A respeito do assunto, a súmula nº 640 do STF preceitua que "*é cabível recurso extraordinário* contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, *ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal*".[102]

Somente será cabível recurso extraordinário em face de decisão colegiada da Turma Recursal. Revela-se inadmissível a interposição de recurso extraordinário contra decisão individual do Juiz de Turma Recursal, caso esta decisão não seja submetida mediante agravo ao reexame da Turma, cujo cabimento decorre da colegialidade do órgão, explicitado no art. 98, I, da Constituição.[103]

25.4. Recurso Especial.

Se os acórdãos proferidos pelas Turmas Recursais dos Juizados comportam impugnação por meio de recurso extraordinário, o mesmo não pode ser dito quanto ao recurso especial. Isso porque, ao tratar do assunto, o art. 105, III, da Constituição Federal estabelece como pressuposto para o cabimento do REsp que as causas tenham sido decididas, em única ou última instância, *pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios*. Destarte, como uma turma recursal não é tribunal, não se admite recurso especial contra suas decisões. É nesse sentido o teor da súmula 203 do STJ: "Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais".

25.5. *Habeas corpus*.

Nos feitos regidos pela Lei nº 9.099/95, a competência para o processo e julgamento de *habeas corpus* contra decisão singular de Juiz do Juizado Especial Criminal é da turma recursal e não do Tribunal de Justiça.[104]

Logicamente, para que seja cabível o remédio heroico, há necessidade de risco potencial à liberdade de locomoção. Por isso, se à infração de menor potencial ofensivo for cominada tão somente pena de multa, não se afigura possível a impetração de habeas corpus, visto que a nova redação conferida ao art. 51 do CP pela Lei nº 9.268/96 deixou de admitir que pena de multa não paga seja convertida em pena privativa de liberdade. A respeito do assunto, a súmula 693 do Supremo estabelece que "não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada".

Em relação ao habeas corpus impetrado contra decisão de Turma Recursal, entendia-se, até bem pouco tempo atrás, que a competência seria do próprio Supremo Tribunal Federal. Sobre o assunto, o Supremo chegou a editar o seguinte verbete sumular: "Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de habeas corpus contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais" (súmula 690 do STF).

Esse entendimento, todavia, acabou sendo modificado pelo próprio Supremo a partir do julgamento do HC 86.834/SP, *in verbis*: "Estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de

101. Nessa linha: STF, 1ª Turma, HC 85.344/MS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 31/03/2006 p. 17. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 86.619/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27/09/2005, DJ 14/10/2005; STF, 2ª Turma, HC 85.006/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/02/2005, DJ 11/03/2005; STF, 1ª Turma, HC 80.947/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/09/2001, DJ 19/10/2001.

102. STF, 1ª Turma, RE 352.360 AgR/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 23/08/2005, DJ 05/05/2006.

103. STF, 1ª Turma, RE 311.382/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/09/2001, DJ 11/10/2001.

104. STJ, 5ª Turma, RHC 9.148, Rel. Gilson Dipp, j. 22.02.2000, DJU 20.03.2000, p. 82. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 30.155/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 11/05/2004, DJ 01/07/2004 p. 227.

justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os habeas impetrados contra ato que tenham praticado".[105]

25.6. Mandado de segurança.

A competência para o processo e julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato de juiz de Juizado Especial Criminal é da Turma Recursal. A respeito do assunto, eis o teor da súmula nº 376 do STJ: "Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial".[106]

Considerando que a Lei dos Juizados está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento das demandas, prevalece o entendimento de que não cabe mandado de segurança contra decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei nº 9.099/95. Nesse caso, não há falar em afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, vez que as decisões interlocutórias poderão ser impugnadas quando da interposição de futura e eventual apelação.[107]

Em relação ao mandado de segurança impetrado contra decisão de turma recursal, prevalece o entendimento de que a competência é da própria turma recursal, aplicando-se, por analogia, o quanto disposto no art. 21, inciso VI, da LC nº 35/79, que estabelece que compete aos Tribunais (ou às Turmas Recursais, analogicamente), dentre outras competências, o julgamento originário de mandados de segurança contra seus atos. Portanto, a competência originária para conhecer de mandado de segurança contra coação imputada à Turma Recursal dos Juizados Especiais é da própria Turma, e não do Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.[108]

25.7. Revisão criminal.

Apesar da ausência de expressa previsão legal, mostra-se cabível a revisão criminal no âmbito dos Juizados Especiais, decorrência lógica da garantia constitucional da ampla defesa, notadamente quando a legislação ordinária vedou apenas a ação rescisória, de natureza processual cível (Lei nº 9.099/95, art. 59).

A competência para tomar conhecimento de revisão criminal ajuizada contra *decisum* definitivo dos Juizados (ou das Turmas Recursais) não é do Tribunal de Justiça, mas sim da própria Turma Recursal. Nessa linha, como já se pronunciou o STJ, a falta de previsão legal específica para o processamento da ação revisional perante o Colegiado Recursal não impede seu ajuizamento, cabendo à espécie a utilização subsidiária dos ditames previstos no Código de Processo Penal. Caso a composição da Turma Recursal impossibilite a perfeita obediência aos dispositivos legais atinentes à espécie, mostra-se viável, em tese, a convocação de magistrados suplentes para tomar parte no julgamento, solucionando-se a controvérsia e, principalmente, resguardando-se o direito do agente de ver julgada sua ação revisional.[109]

25.8. Conflito de competência entre Juizado Especial Criminal e Juízo comum.

Em relação ao conflito de competência entre Juiz de direito e Juiz de juizado especial criminal, entre Juiz federal e Juiz de juizado especial federal, ou entre Turmas Recursais e Tribunais de Justiça (ou Tribunais Regionais Federais), prevalecia, inicialmente, o entendimento de que a competência seria do Superior Tribunal de Justiça. Como dispunha a súmula nº 348 do STJ, *compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal, ainda que da mesma seção judiciária.*[110]

A súmula 348 do STJ partia do pressuposto de que os Juizados Especiais vinculam-se apenas administrativamente ao respectivo Tribunal (TJ's ou TRF's), estando os provimentos jurisdicionais proferidos pelos órgãos julgadores do Juizado Especial sujeitos à revisão por parte de Turmas Recursais. Fosse reconhecida a existência de hierarquia jurisdicional dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais em relação às Turmas Recursais dos Juizados, as infrações de menor potencial ofensivo se submeteriam a três graus de jurisdição, antes de serem apreciadas pelo Supremo no julgamento de um Recurso Extraordinário.

105. STF, Pleno, HC 86.834/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/08/2006, DJ 09/03/2007. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 86.009 QO/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29/08/2006, DJe 004 26/04/2007.

106. No sentido de que a competência para julgar recursos, inclusive mandado de segurança, de decisões emanadas dos Juizados Especiais é do órgão colegiado do próprio Juizado Especial, previsto no art. 41, § 1º, da Lei 9.099/95: STJ, 6ª Turma, RMS 10.334/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10/10/2000, DJ 30/10/2000 p. 196.

107. STF, Pleno, RE 576.847/BA, Rel. Min. Eros Grau, j. 20/05/2009, DJe 148 06/08/2009.

108. Nessa linha: STF, Pleno, MS 24.691 QO/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/12/2003, DJ 24/06/2005. E ainda: STF, Pleno, MS 24.615 ED/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 25/09/2003, DJ 30/04/2004; STF, Pleno, MS 25.087 ED/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 21/09/2006, DJe 013 10/05/2007; STJ, 2ª Seção, CC 41.190/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 26/10/2005, DJ 02/03/2006 p. 135; STF, RE 586.789/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 16/11/2011.

109. STJ, 3ª Seção, CC 47.718/RS, Relatora Ministra Jane Silva, Dje 26/08/2008.

110. No sentido da competência do STJ para dirimir conflito entre Turma Recursal de Juizado Especial e Tribunal de Justiça, porquanto as decisões da Turma Recursal não estão sujeitas à jurisdição dos Tribunais Estaduais: STJ, 3ª Seção, CC 85.947/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 20/08/2007.

Tal posicionamento, todavia, começou a ser questionado a partir da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, reconsiderando o quanto constante de sua súmula 690, passou a entender que habeas corpus contra ato de turma recursal deve ser julgado pelo próprio Tribunal de Justiça (ou pelo Tribunal Regional Federal, no caso da Justiça Federal).

Posteriormente, ao apreciar o RE 590.409/RJ (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), decidiu o Supremo que compete ao Tribunal Regional Federal o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juizado Especial Federal e juiz de primeiro grau da Justiça Federal, quando ambos forem vinculados ao mesmo Tribunal. Salientou-se que, nos termos do art. 105, I, d, da CF, a competência do STJ para julgar conflitos de competência está circunscrita aos litígios que envolvam tribunais distintos ou juízes vinculados a tribunais diversos. Considerou-se que a competência para dirimir o conflito em questão seria do Tribunal Regional Federal ao qual o juiz suscitante e o juizado suscitado estariam ligados, haja vista que tanto os juízes de primeiro grau quanto os que integram os Juizados Especiais Federais estão vinculados àquela Corte. Não sendo possível qualificar as Turmas Recursais como tribunais, não seria lícito concluir que os juízes dos Juizados Especiais estariam a elas vinculados, salvo – e exclusivamente – no que concerne ao reexame de seus julgados.[111]

A partir dessa decisão, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça também passou a entender que o STJ não teria competência para julgar conflito de competência estabelecido entre juizado especial federal e juiz de primeiro grau da Justiça Federal subordinados ao mesmo Tribunal. A competência para dirimir o conflito, nesses casos, é do TRF ao qual o juiz suscitante e o juizado suscitado estão vinculados. Daí por que foi cancelada a súmula 348 do STJ.[112]

Com o cancelamento da súmula 348, foi editada a súmula nº 428 do STJ, cujo enunciado estabelece: "Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal *da mesma seção judiciária*". Ao se referir ao juizado especial federal e juízo federal da *mesma seção judiciária*, a súmula nº 428 do STJ incorre em uma impropriedade terminológica. Explica-se: para fins de divisão judiciária da competência territorial da Justiça Federal, o território brasileiro foi dividido em cinco regiões, sendo que há um Tribunal Regional Federal para cada uma delas. Cada uma dessas Regiões é integrada por várias Seções Judiciárias, sendo que cada Estado e o Distrito Federal correspondem a uma Seção Judiciária. Por seu turno, cada Seção Judiciária é subdividida em subseções judiciárias, correspondentes a parcelas do território de um Estado da Federação. Como se percebe, para que o conflito de competência entre juizado especial federal e juízo federal seja apreciado por determinado TRF, não há necessidade de que ambos sejam da mesma *seção judiciária* (v.g. juizado especial federal de São Paulo e juízo federal de São Paulo), como sugere a súmula, mas sim do mesmo Tribunal Regional Federal (v.g., juizado especial federal do Mato Grosso do Sul e juízo federal de São Paulo, que fazem parte do TRF/3ª Região). Por isso, a correta leitura da súmula nº 428 deve ser feita nos seguintes termos: "Compete ao respectivo Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal, quando ambos estiverem dentro da área de sua jurisdição".

Apesar de se referir apenas ao conflito de competência entre juízo federal e juizado especial federal, a lição constante da súmula nº 428 do STJ também é aplicável no âmbito estadual. Por isso, eventual conflito de competência entre um Juiz Estadual de Minas Gerais e um Juiz do Juizado Especial Criminal do Estado de Minas Gerais deve ser dirimido pelo Tribunal de Justiça mineiro. Todavia, se tais magistrados pertencerem a Estados diversos, caberá ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do conflito de competência (CF, art. 105, I, "d").

> **Art. 83.** Cabem embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão. (Redação dada pela Lei n. 13.105, de 2015).
>
> § 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.
>
> § 2º Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso. (Redação dada pela Lei n. 13.105, de 2015).
>
> § 3º Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

25.9. Embargos de declaração nos Juizados.

No âmbito do Código de Processo Penal, dispõe o art. 382 que qualquer das partes poderá, no

111. STF, Pleno, RE 590.409/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/08/2009, DJe 204 28/10/2009.

112. Informativo nº 406 do STJ – EDcl no AgRg no CC 103.085/SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgados em 9/9/2009.

prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão. De modo semelhante, também são cabíveis embargos de declaração contra os acórdãos proferidos pelos Tribunais, câmaras ou turmas, no prazo de 2 (dois) dias, quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (CPP, art. 619).

De seu turno, segundo o art. 83, *caput*, da Lei nº 9.099/95, com redação determinada pelo CPC, cabem embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão. Nos juizados, os embargos devem ser opostos por escrito *ou oralmente*, no *prazo de 5 (cinco) dias*, contados da ciência da decisão.

Em sua redação original, a Lei n. 9.099/95 preceituava que, *quando opostos contra sentença*, os embargos de declaração teriam o condão de suspender o prazo para o recurso (antiga redação do §2º do art. 83 da Lei nº 9.099/95), ou seja, julgados os embargos, o prazo para eventual apelação voltaria a ocorrer pelo tempo que faltava. Como a antiga redação do §2º do art. 83 referia-se apenas aos embargos declaratórios *opostos contra sentença*, a suspensão do prazo recursal não era aplicável aos embargos opostos contra acórdão de Turma Recursal: aqui, o efeito seria a interrupção do prazo para interposição de outro recurso, aplicando-se, por analogia, o quanto disposto no art. 538 do antigo CPC. Por força do art. 1.066 do novo Código de Processo Civil, todavia, foi conferida nova redação ao §2º do art. 83 da Lei n. 9.099/95, para dispor que os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso.

26. EXECUÇÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.

Seção IV
Da Execução

Art. 84. Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.

Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

26.1. Aplicação isolada de pena de multa.

Quando aplicada isoladamente, seja em virtude de transação penal, seja em virtude de condenação definitiva, a pena de multa deve ser cumprida mediante pagamento na Secretaria do próprio Juizado Especial Criminal. Efetuado o pagamento, o juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

26.2. Impossibilidade de conversão de multa não paga em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Caso não seja efetuado o pagamento da multa, prevê o art. 85 da Lei nº 9.099/95 que será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei. Não obstante o teor desse dispositivo, entende-se que o art. 85 da Lei 9.099/95, na parte em que possibilita a conversão da pena de multa em privativa de liberdade, teria sido revogado tacitamente pela Lei nº 9.268 de 1º de abril de 1996, que modificou, à época, a redação do art. 51 do CP, determinando que a pena de multa não paga seja considerada dívida de valor. Por sua vez, a conversão da pena de multa em restritiva de direitos não apresenta qualquer disciplina legal e, por isso, não pode ser efetivada, em face da ausência de critério legal para tanto, pois o art. 85 da Lei 9.099/95 dispõe que a conversão será feita nos termos previstos em lei.[113]

Art. 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

26.3. Execução das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, ou de multa, quando cumulada com as anteriores.

Quanto à competência para a execução na Lei nº 9.099/95, deve-se ficar atento à aparente contradição entre o art. 60, segundo o qual compete ao Juizado

113. Se o paciente foi condenado a pena de multa, não se afigura possível, por ausência de critério legal aplicável, a conversão da pena pecuniária na de restrição de direito. Portanto, deve o juiz se limitar a promover a inserção da dívida para cobrança judicial. Nesse sentido: STF, 1ª Turma, HC 78.200/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 27/08/1999.

Especial Criminal a conciliação, o julgamento e a *execução das infrações de menor potencial ofensivo*, e o preceito constante do art. 86, o qual estabelece que a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada *perante o órgão competente*, nos termos da Lei.

Apesar de o art. 60 da Lei 9.099/95 estabelecer que o Juizado Especial Criminal tem competência para *a execução* das infrações penais de menor potencial ofensivo, entende-se que, no caso de penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa com elas cumulada, incide o disposto no art. 86 do mesmo diploma legal, por se tratar de regra especial em relação àquela. A competência para execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, e mesmo da multa com elas cumulada, deve ser da vara de execuções criminais, afastada a competência dos Juizados e das Turmas Recursais. Resumidamente: se há multa isolada, será executada perante os Juizados Especiais Criminais. Se houver pena restritiva de direitos ou privativa de liberdade, ou mesmo multa cumulada com essas sanções, a competência para execução será do Juízo comum.[114]

Seção V – Das Despesas Processuais

Art. 87. Nos casos de homologação do acordo civil e aplicação de pena restritiva de direitos ou multa (arts. 74 e 76, § 4º), as despesas processuais serão reduzidas, conforme dispuser lei estadual.

27. DESPESAS PROCESSUAIS.

Por se tratar de matéria referente à organização judiciária, compete aos Estados disciplinar os valores das custas e despesas processuais por leis próprias. Na verdade, a única sugestão feita pela Lei nº 9.099/95 ao legislador estadual acerca do assunto diz respeito à redução dos valores quando houver homologação da composição civil dos danos ou transação penal, porquanto o procedimento teria ficado restrito à fase preliminar.

114. Para o STJ, "é do Juízo Comum a competência para a execução das penas restritivas de direito, privativas de liberdade e multa, quando aplicada cumulativamente com aquelas, conforme a exegese do art. 86 da Lei 9.099/95. Reservada a competência do Juizado especial à pena de multa quando aplicada isoladamente. (STJ, 3ª Seção, CC 97.080/MG, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 07/11/2008). E ainda: STJ, 3ª Seção, CC 47.894/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 08/06/2005 p. 147. No sentido de que a competência para a execução das penas privativas de liberdade impostas no âmbito dos juizados especiais criminais pertence aos Juízos das Execuções Criminais, integrantes da Justiça Comum: STJ, 3ª Seção, CC 62.662/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28/03/2008, DJe 22/04/2008.

Seção VI – Disposições Finais

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

28. REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DE LESÕES CORPORAIS LEVES E LESÕES CULPOSAS.

Por força do dispositivo legal em análise, os crimes de lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput)* e de lesão corporal culposa (CP, art. 129, § 6º), que antes eram de ação penal pública incondicionada, passaram a depender de representação.

Quanto à natureza jurídica dessa representação, é sabido que, pelo menos em regra, a representação funciona como condição específica da ação penal. Ou seja, em relação a alguns delitos, a lei impõe o implemento dessa condição para que o órgão do Ministério Público possa promover a ação penal pública. Caso o processo penal ainda não tenha tido início, e a atuação do Ministério Público dependa de representação, temos que esta funciona como condição específica de procedibilidade, sem a qual é inviável a instauração do processo penal, como deixa entrever o art. 24 do CPP e o art. 100, § 1º, do CP. Assim, oferecida denúncia sem o implemento da representação do ofendido, deverá o magistrado rejeitar a peça acusatória, nos exatos termos do art. 395, II, segunda parte, do CPP, pois estaria faltando uma condição para o exercício da ação penal.

Na medida em que a Lei nº 9.099/95 transformou os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa em crimes de ação penal pública condicionada à representação (art. 88), houve quem sustentasse que a contravenção penal de vias de fato (Dec.lei 3.688/41, art. 21), por se tratar de um *minus* em relação àqueles delitos, exigiria, por razões de proporcionalidade, a representação do ofendido como condição de procedibilidade para o oferecimento da denúncia.[115] Acabou prevalecendo, todavia, a orientação de que não houve qualquer alteração da espécie de ação penal quanto ao referido crime-anão, que continua pública incondicionada, nos termos do art. 17 da Lei das Contravenções Penais.

115. Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 473.

28.1. Ação penal nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como visto acima, por força do art. 88 da Lei nº 9.099/95, os crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa, que antes eram de ação penal publica incondicionada, passaram a depender de representação. Se, no entanto, tais delitos forem praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06, arts. 5º e 7º), há certa controvérsia doutrinária acerca da espécie de ação penal – pública condicionada à representação ou pública incondicionada –, haja vista uma aparente antinomia entre os arts. 16 e 41 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

De um lado, o art. 16 da Lei nº 11.340/06 prevê que, nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. Como o dispositivo refere-se à representação, há quem entenda que, mesmo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, continua sendo exigível o implemento da representação em relação aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa.

Lado outro, o art. 41 da Lei nº 11.340/06 dispõe que, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95. Ora, se a Lei dos Juizados não é aplicável às situações de violência doméstica e familiar contra a mulher, e se é a Lei nº 9.099/95 que dispõe que o crime de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa é de ação penal pública condicionada à representação (art. 88), conclui-se que, se acaso praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, tais delitos seriam de ação penal pública incondicionada.

Sempre nos pareceu que, não obstante a aparente contradição entre os dois dispositivos, a lesão corporal leve com violência doméstica e familiar contra a mulher é crime de ação penal pública incondicionada. Primeiro, porque o art. 88 da Lei nº 9.099/95 foi derrogado no tocante à Lei Maria da Penha, já que o art. 41 da Lei nº 11.340/06 expressamente afasta a aplicação da Lei dos Juizados às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo, porque o escopo de cada uma dessas leis é absolutamente distinto: enquanto a Lei nº 9.099/95 busca evitar o início do processo penal, a Lei Maria da Penha busca punir com maior rigor o agressor que age às escondidas nos lares, pondo em risco a saúde de sua família. Nessa linha, aliás, é interessante perceber que a nova redação do art. 129, § 9º, do Código Penal, dada pelo art. 44 da Lei nº 11.340/06, impondo pena máxima de 03 (três) anos à lesão corporal leve qualificada praticada no âmbito familiar, confirma a intenção da Lei Maria da Penha de se proibir a utilização do procedimento dos juizados especiais, afastando, assim, a exigência de representação da vítima.[116]

A controvérsia foi levada ao Superior Tribunal de Justiça. Em um primeiro momento, ora se entendia que se tratava de crime de ação penal pública incondicionada, ora se entendia que a lesão corporal leve com violência doméstica e familiar contra a mulher era crime de ação penal pública condicionada à representação. Após decisões distintas das duas turmas criminais, a 3ª Seção, por maioria, concluiu tratar-se de crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima. Observou-se que, se entendida a ação como pública incondicionada, estar-se-ia subtraindo da mulher ofendida o direito e o anseio de livremente se relacionar com quem quer que seja escolhido como parceiro, o que significaria negar-lhe o direito à liberdade de se relacionar, direito de que é titular, para tratá-la como se fosse submetida à vontade dos agentes do Estado. Argumentou-se que não há como prosseguir uma ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com a definição de alimentos, partilha de bens, guarda e visitas. Assim, a possibilidade de trancamento de inquérito policial em muito facilitaria a composição dos conflitos envolvendo as questões de Direito de Família, mais relevantes do que a imposição de pena criminal ao agressor. O disposto no art. 41 da Lei Maria da Penha, que veda a aplicação da Lei nº 9.099/95, deve ser interpretado apenas no sentido da restrição da aplicação do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados.[117]

116. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, HC 96.992/DF, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), j. 12/08/2008, DJe 23/03/2009.

117. STJ, 3ª Seção, Resp 1.097.042/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24/02/2010, DJe 21/05/2010. No sentido de que o princípio da unicidade impede que se dê larga interpretação ao art. 41 da Lei nº 11.340/06, na medida em que condutas idênticas praticadas por familiar e por terceiro, em concurso, contra a mesma vítima, estariam sujeitas a disciplinas diversas em relação à condição de procedibilidade: STJ, 5ª Turma, HC 157.416/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/04/2010, DJe 10/05/2010. Pelo princípio da unicidade, um mesmo crime não pode estar sujeito a duas espécies distintas de ação penal. É o que ocorreria se se entendesse que a lesão corporal leve cometida com violência doméstica e familiar contra a mulher fosse crime de ação penal pública incondicionada. Afinal, praticado

Ocorre que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, o Supremo deu interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, I, 16 e 41, todos da Lei nº 11.340/06, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em casos de lesão corporal leve e/ou culposa envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.[118]

No julgamento do Supremo, pesou o fato de dados estatísticos revelarem que, na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, esta acaba por não representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada em face de vício de vontade da parte dela. Por isso, o agressor passaria a reiterar seu comportamento ou a agir de forma mais agressiva. Conclui-se, então, que deixar a mulher decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão. Entendeu-se não ser aplicável às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher o disposto na Lei 9.099/95, independentemente da pena prevista, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada. Quanto ao art. 16 da Lei Maria da Penha, concluiu o Supremo que subsiste a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099/95, como o de ameaça (CP, art. 147, parágrafo único), estelionato (CP, art. 171, §5º, incluído pela Lei n. 13.964/19), etc.

29. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

> **Art. 89.** Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).
>
> § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:
>
> I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
>
> II – proibição de freqüentar determinados lugares;
>
> III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
>
> IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.
>
> § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.
>
> § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.
>
> § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.
>
> § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.
>
> § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.
>
> § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

29.1. Conceito e natureza jurídica.

Cuida-se, a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, de importante instituto despenalizador por meio do qual se permite a suspensão do processo por um período de prova que pode variar de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que observado o cumprimento de certas condições.

Segundo a doutrina, o que bem explica a natureza da suspensão condicional do processo é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência.

o crime pelo marido e por um terceiro em coautoria, ter-se-ia, quanto ao marido, crime de ação penal pública incondicionada; quanto ao coautor, que não se enquadra no art. 5º da Lei nº 11.340/06, crime de ação penal pública condicionada à representação.

118. STF, Pleno, ADI 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012. De se notar que, a partir da decisão proferida pelo STF, o Superior Tribunal de Justiça se viu obrigado a alterar seu entendimento: STJ, 6ª Turma, HC 145.577, Rel. Min. Assussete Magalhães, j. 18/09/2012, DJe 11/10/2012.

Por isso, não se confunde com o *guilty plea*, nem tampouco com o *plea bargaining*.

O tradicional instituto anglo-saxônico do *guilty plea* consiste numa forma de defesa perante o juízo em que o imputado admite que cometeu o fato a ele atribuído. Portanto, dessa assunção de culpa derivam efeitos civis, como a obrigação de indenizar.

Diferencia-se da suspensão condicional do processo, porquanto, nela, o acusado não admite nenhuma culpa. Tanto é verdade que, revogada a suspensão, o processo retoma seu curso normal, cabendo à parte acusadora o ônus da prova da culpabilidade do acusado.

No *plea bargaining* norte-americano, o imputado manifesta perante o Ministério Público sua decisão de declarar-se culpado, aceitando as imputações acordadas, assim como a pena pactuada, ao mesmo tempo em que renuncia a certas garantias processuais. Como explica Luiz Flávio Gomes, "uma vez que se dá conhecimento da acusação – qualquer que seja o crime – para o imputado, pede-se o *pleading*, isto é, para se pronunciar sobre a culpabilidade; se se declara culpado (*pleads guilty*) – se confessa – opera-se o *plea*, é dizer, a resposta da defesa e então pode o juiz, uma vez comprovada a voluntariedade da declaração, fixar a data da sentença (*sentencing*), ocasião em que se aplicará a pena (geralmente 'reduzida' – ou porque menos grave ou porque abrangerá menos crimes –, em razão do acordo entre as partes), sem necessidade de processo ou veredito (*trial* ou *veredict*); em caso contrário, abre-se ou continua o processo e entra em ação o jurado".[119]

29.2. Requisitos de admissibilidade da suspensão condicional do processo.

Ao oferecer a denúncia, admite-se que o órgão do Ministério Público ofereça a proposta de suspensão condicional do processo pelo prazo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado preencha os seguintes requisitos:

a) **crimes com pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidos ou não pela Lei nº 9.099/95, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher**: o cabimento da suspensão condicional do processo leva em consideração a pena mínima cominada ao delito. Se a pena mínima cominada não ultrapassar o limite de 1 (um) ano, será cabível, em tese, o oferecimento da suspensão condicional do processo. Qualificadoras, privilégios, causas de aumento e de diminuição de pena são levadas em consideração para se aferir o cabimento da suspensão, com a ressalva de que deve ser sempre analisada a *pena mínima* cominada ao delito. Portanto, em se tratando de causas de aumento de pena com *quantum* variável, deve-se utilizar o patamar que menos aumente a pena do delito, porquanto, assim o fazendo, estar-se-á atingindo a pena mínima cominada à infração penal. Lado outro, na hipótese de causa de diminuição de pena, deve-se utilizar o *quantum* que mais diminua a pena. Nas hipóteses de concursos de crimes, não se aplica o quanto disposto no art. 119 do Código Penal, segundo o qual a prescrição incide sobre a pena de cada delito, isoladamente. Para fins de cabimento de suspensão condicional do processo, são levadas em consideração a somatória das penas ou o *quantum* decorrente da majoração da pena, em seu patamar mínimo. Portanto, o benefício da suspensão condicional do processo não é admitido nos delitos praticados em concurso material ou formal impróprio quando o somatório das penas mínimas cominadas for superior a 01 (um) ano, assim como não é aplicável às infrações penais cometidas em concurso formal próprio ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 (um sexto) ultrapassar o limite de um (01) ano.[120] Sobre o assunto, há duas súmulas dos Tribunais Superiores. De acordo com a súmula nº 723 do Supremo, "não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 (um sexto) for superior a 1 (um) ano". Por sua vez, a súmula 243 do STJ tem o seguinte teor: "o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano". Apesar de o art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, restringir o cabimento da suspensão aos crimes com pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano, há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, quando para o crime for prevista, alternativamente, pena de

119. Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 130.

120. STF, Pleno, HC 83.163/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/04/2009, DJe 113 18/06/2009.

multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, é cabível a suspensão condicional do processo. Portanto, ainda que a pena mínima cominada para o delito seja superior a 1 (um) ano, será cabível a suspensão condicional do processo quando a pena de multa estiver cominada de maneira alternativa (v.g., art. 7º da Lei nº 8.137/90, cuja pena é de detenção, de 2 a 5 anos, *ou* multa).[121] Em que pese a suspensão condicional do processo estar prevista na Lei nº 9.099/95, é importante deixar claro que sua aplicação não está restrita apenas às infrações de menor potencial ofensivo. Perceba-se que o próprio art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, ao se referir ao cabimento da suspensão, faz menção expressa aos crimes com pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano, *abrangidos ou não pela Lei dos Juizados*. É o que ocorre, por exemplo, com o crime de furto simples, previsto no art. 155, *caput*, do CP, cuja pena cominada é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Referido crime não pode ser considerado uma infração de menor potencial ofensivo, vez que sua pena máxima é superior a 2 (dois) anos. Por conseguinte, trata-se de infração da competência do juízo comum, e não dos Juizados. Isso, todavia, não funciona como óbice à concessão da suspensão condicional do processo, haja vista que a pena mínima cominada ao delito é igual a 1 (um) ano. Apesar de o art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, fazer menção apenas aos *crimes* com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, há certo consenso na doutrina em também se admitir a incidência do referido instituto despenalizador no caso de contravenções penais. Afinal, se cabe a suspensão para o mais – crime –, tem que ser admitida para o menos – contravenção penal –, sob pena de evidente violação ao princípio da isonomia. Antes da suspensão, porém, deve ser buscada a transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/95. Frustrada a possibilidade de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a denúncia deve ser oferecida pelo Ministério Público, sem prejuízo do oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo.[122] Por fim, convém lembrar que, segundo o art. 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95. Por isso, como a suspensão condicional do processo está prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, tem sido negada a concessão do referido benefício quando presente situação que caracterize violência doméstica e familiar contra a mulher. Na visão do Supremo, o art. 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. Quanto à (in) constitucionalidade do referido dispositivo, a Suprema Corte também concluiu que, ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher. A propósito, eis o teor da **súmula n. 536 do STJ**: "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha";[123]

b) **não estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime**: para que o acusado faça jus à suspensão condicional do processo, o art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, estabelece que ele não pode estar sendo processado, nem tampouco ter sido condenado *por outro crime*. Doutrina minoritária entende que o simples fato de o acusado estar sendo processado não pode figurar como óbice à suspensão condicional do processo, sob pena de violação à regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência. Prepondera, no entanto, o entendimento de que a exigência de não estar sendo processado por outro crime é plenamente constitucional, sob o argumento de que o legislador pode impor requisitos para benefício de tal porte.[124] Quando o art. 89, *caput*, refere-se ao acusado que *não tenha sido condenado por outro crime*, entende-se haver a necessidade de sentença condenatória com trânsito em julgado. Portanto, o acusado reincidente na prática de crime não faz jus à suspensão condicional do processo. Ao se referir ao acusado condenado por outro crime, o art. 89 nada fala acerca do lapso temporal da reincidência fixado no art. 64, inciso I, do CP. Não obstante, considerando que as normas de Direito Penal hão de ser interpretadas sistematicamente, prepondera o entendimento de que a condenação

121. STF, 2ª Turma, HC 83.926/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 07/08/2007, DJe 101 13/09/2007. O art. 5º da Lei nº 8.137/90 foi revogado pela Lei nº 12.529/11.

122. Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 220.

123. STF, Pleno, HC 106.212/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/03/2011, DJe 112 10/06/2011.

124. STF, Pleno, RHC 79.460/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 27/10/1999, DJ 18/05/2001. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 86.007/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/06/2005, DJ 01/09/2006; STF, 1ª Turma, HC 85.751/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/05/2005, DJ 03/06/2005.

criminal já alcançada pelo período depurador de 5 (cinco) anos previsto no art. 64, I, do CP, não impede a concessão, ao acusado, em novo processo penal, do benefício da suspensão condicional do processo, desde que, obviamente, preenchidos os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.[125] O art. 89 da Lei nº 9.099/95 veda a concessão da suspensão condicional do processo àquele que está sendo processado ou que tenha sido condenado pela prática de outro *crime*, o que não abrange o processo ou condenação por contravenção penal. Logo, ainda que o acusado esteja sendo processado por contravenção penal ou tenha prévia condenação quanto à prática do chamado crime-anão, continua fazendo jus à suspensão condicional do processo;

c) **presença dos demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena.** De acordo com o art. 77 do Código Penal, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, desde que: I – o condenado não seja reincidente em crime doloso; II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III – não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP. Por isso, anterior condenação à pena de multa não impede a concessão da suspensão condicional do processo. Afinal, se tal espécie de condenação não obsta o sursis, a teor do art. 77, § 1º, do Código Penal ("A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício"), não pode, por consequência, afastar a concessão da suspensão condicional do processo, já que o próprio art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, faz menção à presença dos demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. Ao contrário da transação penal, que apresenta impedimento ao oferecimento de nova proposta caso o agente tenha sido beneficiado anteriormente por outra transação no prazo de 5 (cinco) anos (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 2º, II), o legislador não estabeleceu qualquer requisito temporal para a formulação de nova proposta de suspensão condicional do processo. Diante desse silêncio eloquente, não se pode querer estender à suspensão a limitação temporal imposta para a transação penal, sob pena de verdadeira analogia *in malam partem*, em clara e evidente afronta ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX).[126] De todo modo, convém lembrar que, por força do art. 28-A, §2º, inciso III, do CPP, incluído pelo Pacote Anticrime, não será cabível acordo de não persecução penal se o agente tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. Noutro giro, enquanto em curso o período de prova de 2 (dois) a 4 (quatro) anos referente a uma primeira suspensão condicional do processo, é certo dizer que o acusado não poderá ser beneficiado por outra suspensão, visto que, enquanto não houver a extinção da punibilidade pelo decurso do prazo sem revogação (Lei nº 9.099/95, art. 89, § 5º), o acusado estará sendo processado por outro crime, o que figura como óbice à concessão do benefício em análise, nos termos do art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95 (requisito "b" acima mencionado);

d) não descumprimento anterior de acordo de não persecução penal: consoante disposto no art. 28-A, §11, do CPP, introduzido pelo Pacote Anticrime, o descumprimento do acordo de não persecução penal poderá ser utilizado pelo órgão ministerial como justificativa para o eventual não-oferecimento de suspensão condicional do processo, desde que se trate, obviamente, de crime de ação penal pública. A justificativa para esse dispositivo é evidente: se o investigado não demonstrou autodisciplina e senso de responsabilidade para o cumprimento das condições avençadas por ocasião da celebração do acordo de não-persecução penal, é bem provável que terá idêntico comportamento se acaso lhe for oferecida a proposta de suspensão condicional do processo, até mesmo pelo fato de as condições pactuadas serem bastante semelhantes em ambos os institutos.

29.3. Suspensão condicional do processo em crimes de ação penal de iniciativa privada.

Interpretação gramatical do art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95 pode nos levar à conclusão (equivocada) de que a suspensão condicional do processo não seria cabível em crimes de ação penal de iniciativa privada. Isso porque referido dispositivo legal faz menção apenas ao *Ministério Público*, prevendo

125. STF, 1ª Turma, HC 88.157/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 28/11/2006, DJ 30/03/2007. Em sentido semelhante, asseverando que o limite temporal de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, aplica-se, por analogia, aos requisitos da transação penal e da suspensão condicional do processo: STF, 1ª Turma, HC 86.646/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 11/04/2006, DJ 09/06/2006 p. 18.

126. Em sentido diverso, há precedentes de ambas as turmas criminais do STJ no sentido de que o prazo de 5 (cinco) anos para a concessão de nova transação penal, previsto no art. 76, § 2º, inciso II, da Lei n. 9.099/95, também se aplica, *por analogia*, à suspensão condicional do processo: STJ, 5ª Turma, HC 393.693/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 01/06/2017, DJe 09/06/2017; STJ, 6ª Turma, HC 367.376/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 08/11/2016, DJe 17/11/2016.

que a proposta de suspensão seja formulada por ocasião do oferecimento da *denúncia*.

A despeito da redação do referido dispositivo, prevalece o entendimento de que não há nenhum critério razoável que justifique a não aplicação da suspensão condicional do processo em crimes de ação penal de iniciativa privada. Afinal, se ao ofendido se defere a possibilidade de escolher entre *nenhuma punição*, já que pode provocar a extinção da punibilidade pela decadência, renúncia, perdão ou perempção, *ou punição total*, oferecendo queixa-crime e buscando uma sentença condenatória, a ele deve ser reconhecida igualmente a faculdade de oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, por meio da qual irá buscar uma solução consensual para o conflito, consubstanciada no cumprimento de certas condições, destacando-se, dentre elas, a reparação do dano (Lei nº 9.099/95, art. 89, § 1º, I).[127]

Admitida a possibilidade de suspensão condicional do processo em crimes de ação penal privada, há certa controvérsia na doutrina acerca da legitimidade para oferecer a proposta. Uma primeira corrente entende que, diante da recusa injustificada do querelante, defere-se ao juiz a possibilidade de formular a proposta de ofício. Uma segunda corrente entende que, na condição de *custos legis*, e a fim de preservar a legalidade da persecução penal, deve o MP intervir para formular a proposta de suspensão condicional do processo. Aliás, é exatamente nesse sentido o teor do enunciado nº 112, aprovado no XXVII FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais –, realizado em Palmas/TO: "Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público". Prepondera, todavia, o entendimento segundo o qual a iniciativa para o oferecimento da proposta é do querelante, como consectário lógico de sua legitimidade *ad causam* ativa, já que o poder de oferecer a suspensão do processo decorre naturalmente do poder de propor a ação penal.

29.4. Iniciativa da proposta de suspensão condicional do processo.

Em face da necessidade de aceitação da proposta pelo acusado e por seu defensor, fica evidente a natureza consensual da medida. Só há falar em suspensão, portanto, se houver acordo entre as *partes* (acusação e defesa), o qual, na sequência, deve ser submetido à apreciação do julgador que, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo por um período de prova variável de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, durante o qual o acusado ficará submetido ao cumprimento de certas condições.

Ao juiz não é dado participar dessa transação, senão para homologá-la, porque, caso contrário, estaria se evocando a condição de parte, em substituição compulsória do órgão acusador, o que se mostra incompatível com o sistema acusatório (CF, art. 129, I), que repugna qualquer atividade *ex officio* de um juiz que deve pautar sua conduta pela imparcialidade.

Nos crimes de ação penal pública, a iniciativa para oferecer a proposta de suspensão condicional do processo recai sobre o Ministério Público, haja vista o disposto no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, não podendo o juiz querer se substituir ao órgão ministerial para conceder o benefício de ofício. Tendo em vista que a suspensão condicional do processo tem natureza de verdadeira transação processual, não existe direito público subjetivo à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95.

Caso o Promotor de Justiça recuse-se a fazer a proposta, o magistrado, verificando a presença dos requisitos para a suspensão condicional do processo, deve aplicar, por analogia, o art. 28 do CPP, encaminhando os autos ao Procurador-Geral de Justiça, a fim de que este se pronuncie sobre o oferecimento (ou não) da proposta. É nesse sentido, aliás, o teor da súmula 696 do STF: "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal".[128]

Nos processos de competência originária dos Tribunais (v.g., Deputado Federal perante o Supremo), a atribuição originária para oferecer a proposta de suspensão condicional do processo é

127. No sentido de que o benefício processual previsto no art. 89, da Lei nº 9.099/1995, mediante a aplicação da analogia *in bonam partem*, prevista no art. 3º, do Código de Processo Penal, é cabível também nos casos de crimes de ação penal privada: STJ, 5ª Turma, RHC 12.276/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11/03/2003, DJ 07/04/2003. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 60.933/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20/05/2008, DJe 23/06/2008.

128. Na dicção da 6ª Turma do STJ, tendo o Ministério Público reconhecido a concorrência dos requisitos, subjetivos e objetivos, para a proposta de suspensão condicional do processo, sequer é dado ao magistrado a possibilidade de se dissociar dela com fulcro em argumentos próprios de juízo de mérito: STJ, 6ª Turma, RHC 21.445/BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/08/2010, DJe 06/09/2010. Contrariando a jurisprudência consolidada do próprio STJ, a 5ª Turma posicionou-se recentemente no sentido de que o juízo competente deverá, no âmbito de ação penal pública, oferecer o benefício da suspensão condicional do processo ao acusado caso constate, mediante provocação da parte interessada, não só a insubsistência dos fundamentos utilizados pelo Ministério Público para negar o benefício, mas o preenchimento dos requisitos especiais previstos no art. 89 da Lei nº 9.099/1995: STJ, 5ª Turma, HC 131.108/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/12/2012, DJe 04/03/2013.

do Procurador Geral da República (ou do Procurador-Geral de Justiça). Logo, se este se recusar motivadamente a formular a proposta, o tribunal se vê obrigado a acatar a manifestação do chefe do MP.[129]

Nas hipóteses de ação penal privada, recai sobre o querelante a legitimidade para o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo. Assim, ao receber a queixa-crime, deve o magistrado abrir vista dos autos ao querelante para que se manifeste quanto ao oferecimento (ou não) da proposta de suspensão condicional do processo. Como o juiz não pode conceder o benefício de ofício, nem tampouco se admite a formulação de proposta pelo MP, a recusa do querelante em oferecer a proposta inviabiliza por completo a suspensão condicional do processo.[130]

29.5. Momento para a aceitação da proposta.

Antes do advento da Lei nº 11.719/08, como o interrogatório era o primeiro ato da instrução probatória, era nessa oportunidade que se oferecia ao acusado a proposta de suspensão condicional do processo, podendo o acusado aceitar ou rejeitá-la. Entretanto, por força da reforma processual de 2008, o interrogatório foi deslocado para o final da audiência una de instrução e julgamento, sendo que a Lei nº 11.719/08 silenciou acerca do momento para a propositura da suspensão condicional do processo.

Há quem entenda que a proposta de suspensão condicional do processo deva ser feita apenas ao final da audiência una de instrução e julgamento. Em outras palavras, após a colheita de toda a prova oral – depoimento do ofendido, testemunhas, esclarecimentos dos peritos, interrogatório do acusado, etc. –, incumbe ao juiz indagar ao acusado se aceita (ou não) a proposta formulada pelo Ministério Público.

Com a devida vênia, pensamos que não faz muito sentido proceder à instrução de um processo na hipótese de já ter sido oferecida proposta de suspensão condicional do processo. Afinal, se cumpridas as condições, haverá a extinção da punibilidade do agente (Lei nº 9.099/95, art. 89, § 5º), o que demonstra que toda aquela atividade instrutória anteriormente desenvolvida não serviu para nada. Ademais, se a suspensão foi pensada para imprimir maior celeridade aos processos penais relativos às infrações de médio potencial ofensivo, é de todo desarrazoado submeter o agente às cerimônias degradantes do processo se já se sabe, de antemão, que haverá a suspensão condicional do processo.

Por isso, a oportunidade processual correta para o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo é imediatamente antes da designação da audiência una de instrução e julgamento, caso afastada a possibilidade de absolvição sumária do acusado. Em outras palavras, havendo o oferecimento da proposta de suspensão em conjunto com a denúncia, uma vez recebida a peça acusatória, deve o juiz ordenar a citação do acusado para que apresente a resposta à acusação, nos termos dos arts. 396, *caput*, e 396-A, *caput*, ambos do CPP. O acusado terá, então, a possibilidade de apresentar a resposta à acusação, objetivando uma possível absolvição sumária (CPP, art. 397). À evidência, ao acusado é muito mais interessante ser absolvido sumariamente do que se sujeitar ao cumprimento de condições decorrentes da aceitação da proposta de suspensão condicional do processo por um período de prova que pode variar de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Por isso, a negociação em torno da proposta de suspensão só pode ser levada adiante após ser descartada a possibilidade de absolvição sumária.

Com efeito, a despeito do silêncio do legislador, é intuitivo que o acusado só deve aceitar a proposta de suspensão condicional do processo se visualiza que sua conduta é típica, ilícita e culpável, e que não está presente nenhuma causa extintiva da punibilidade, ou seja, que não vai ser absolvido sumariamente. Assim, a fim de não se ver processado criminalmente, pode ter interesse na aceitação da proposta de suspensão condicional do processo. Agora, se o acusado vislumbra a possibilidade de ser absolvido sumariamente, é evidente que se deve deferir a ele a possibilidade de buscar a absolvição sumária do art. 397 do CPP antes de aceitar a proposta de suspensão condicional do processo.

Portanto, a aceitação da proposta de suspensão condicional do processo só deve ocorrer quando não for possível a absolvição sumária do agente. Nesse caso, se o juiz entender que não se afigura possível a absolvição sumária, deve determinar a notificação do acusado para comparecer em juízo

129. Com esse entendimento: STF, 1ª Turma, HC 83.458/BA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18/11/2003, DJ 06/02/2004.

130. No sentido de que a legitimação para propor a suspensão em processos instaurados mediante ação penal privada é do querelante, e não do Ministério Público: STF, 1ª Turma, HC 81.720/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/04/2002 p. 49. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 187.090/MG, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ, j. 01/03/2011, DJe 21/03/2011; STJ, 5ª Turma, HC 40.156/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06/12/2005, DJ 03/04/2006 p. 373.

com o único objetivo de dizer, na presença de seu defensor, se aceita ou não a proposta oferecida pelo órgão ministerial. Esta audiência a ser designada pelo magistrado para fins de aceitação ou rejeição da proposta de suspensão condicional do processo não é a audiência una de instrução e julgamento a que se refere o art. 400 do CPP. Afinal, é absolutamente irracional intimar vítima, testemunhas e eventualmente peritos a comparecer a uma audiência, causando-lhes evidente incômodo e prejuízo financeiro, se já se sabe de antemão que seu deslocamento à sede do juízo será inútil por conta de uma possível aceitação da proposta. Portanto, a audiência una de instrução e julgamento do art. 400, *caput*, do CPP, só deve ser designada na hipótese de o acusado rejeitar a proposta de suspensão em audiência anteriormente realizada para fins específicos de aceitação do benefício.

29.6. Desclassificação e procedência parcial da pretensão punitiva.

Nos casos de desclassificação ou de procedência parcial da pretensão punitiva, se a nova capitulação do fato delituoso disser respeito à infração penal com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, afigura-se plenamente possível o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo.

Isso porque, segundo o art. 383, § 1º, do CPP, com redação determinada pela Lei nº 11.719/08, se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. Aliás, mesmo antes da reforma processual de 2008, o STJ já tinha entendimento sumulado nesse sentido. A propósito, eis o teor da súmula nº 337 do STJ: "É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva".

O art. 383, § 1º, do CPP, deixa evidente que o magistrado não poderá sentenciar o processo de imediato quando visualizar o cabimento da suspensão condicional do processo. A título de exemplo, se, por conta da *emendatio libelli*, o juiz (ou o Tribunal) concluir que se trata de furto simples, e, portanto, infração de médio potencial ofensivo, com pena mínima igual a 1 (um) ano, não deve condenar o acusado, mas se limitar a proferir uma decisão interlocutória na qual abre vista dos autos ao titular da ação penal para que ofereça a proposta de suspensão condicional do processo.

Nesse caso, para que seja cabível a suspensão, há, pelo menos em tese, um óbice: a necessidade de que tenha havido preclusão da decisão do juiz que reconheceu a *emendatio libelli*. Então, haveria necessidade de se aguardar o término do prazo para eventual recurso e, somente no caso de sua não interposição, seria oferecida, posteriormente, a proposta de suspensão condicional do processo. No entanto, é possível que o Ministério Público e a defesa renunciem ao direito de recorrer contra tal decisão, com o que irá se operar sua preclusão, sendo possível a formulação imediata da proposta. De mais a mais, como a Lei nº 11.719/08 passou a prever a realização de uma audiência una de instrução e julgamento, é possível que, na própria audiência una, o Ministério Público ofereça a proposta de suspensão e o acusado a aceite, do que decorreria preclusão lógica do direito de recorrer contra a decisão de desclassificação do juízo singular comum, em razão da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer por ambas as partes.

Destarte, diante da nova redação do CPP (art. 383, § 1º), fica claro que a circunstância de o processo já estar em andamento não se apresenta como óbice à efetivação dos institutos consensuais do processo. Em síntese, desclassificado o crime para outro que se amolde aos requisitos previstos no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, deve ser conferida ao Ministério Público a oportunidade de se manifestar acerca do oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo.[131]

Por outro lado, se a parte acusadora dissentir da definição jurídica dada pelo juiz, poderá recorrer, visando à restauração da tipificação formulada na peça acusatória, hipótese em que se deve aguardar o julgamento da impugnação, haja vista a prejudicialidade da solução dessa questão. De todo modo, o juiz não deve proceder à condenação e à dosimetria da pena antes de dirimida a questão pendente. Acerca do assunto, assim já se posicionou a 6ª Turma do STJ: "Operada, na fase da sentença, a desclassificação do delito de furto qualificado para o de furto qualificado tentado, este punido com pena inferior a um ano de prisão, e reconhecida pelo Juiz a presença dos requisitos previstos no art. 77, do Código Penal, é de rigor a aplicação do art. 89, da Lei nº 9.099/95, que prevê a suspensão condicional do processo, sendo descabida a prévia imposição de pena com base na nova capitulação".[132]

131. STJ, 6ª Turma, HC 110.822/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 31/05/2011, DJe 15/06/2011. E ainda: STF, 1ª Turma, RHC 81.925/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 21/02/2003 p. 45.

132. STJ, 6ª Turma, REsp 237.625/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 16/09/2002 p. 236.

Caso a desclassificação ocorra apenas em grau recursal, no julgamento de eventual apelação, incumbe ao juízo *ad quem* avaliar a possibilidade de suspensão condicional do processo, baixando os autos à 1ª instância para que a proposta de suspensão condicional do processo seja formulada pelo Promotor de Justiça.

De seu turno, caso o acusado seja absolvido em relação a uma infração penal que, em concurso de crimes, estava a inviabilizar a proposta de suspensão condicional do processo (súmula 723 do STF), esta procedência parcial da pretensão punitiva também não servirá como óbice à concessão do referido benefício. Com efeito, uma vez desfeita a conexão que gerava o concurso de crimes e o consequente cúmulo de penas (concurso material e concurso formal impróprio) ou exasperação da pena (concurso formal próprio e crime continuado), deve ser aplicada a solução consensual se a pena mínima cominada à infração penal remanescente for igual ou inferior a 1 (um) ano. A propósito, eis o teor da súmula nº 337 do STJ: "É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e *na procedência parcial da pretensão punitiva*".

29.7. Aceitação da proposta.

A suspensão condicional do processo é ato bilateral, que pressupõe a concordância clara e inequívoca do acusado. A declaração da vontade, em razão de sua natureza transacional, deve ser personalíssima, voluntária, formal, vinculada aos termos propostos, tecnicamente assistida e absoluta – ou seja, não pode ser condicional ou, tampouco, parcial.

Portanto, presentes seus pressupostos, a proposta de suspensão condicional do processo deve ser formulada pelo titular da ação penal: Ministério Público, nos casos de ação penal pública incondicionada e condicionada, e querelante, nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada.

Nos casos de concurso de agentes, que caracteriza hipótese de continência por cumulação subjetiva (CPP, art. 77, I), é plenamente possível que a proposta de suspensão seja oferecida apenas em relação a um dos coautores (ou partícipes). Se aceita, seus efeitos não se estendem aos demais acusados. Caso um dos acusados aceite a proposta e o outro não, haverá a separação dos processos, nos termos do art. 80 do CPP.

Caso a proposta não seja formulada pelo titular da ação penal por ocasião do oferecimento da peça acusatória, deve a defesa técnica protestar por sua apresentação, sob pena de preclusão. Na visão dos Tribunais Superiores, a nulidade decorrente do silêncio, na denúncia, quanto à suspensão condicional do processo é relativa, ficando preclusa se não versada pela defesa no momento próprio.[133]

Apresentada a proposta pelo titular da ação penal, esta será submetida à apreciação do autor do fato delituoso e de seu defensor. De acordo com o art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95, há necessidade de aceitação da proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz. Como se percebe, a presença de defesa técnica é indispensável à suspensão condicional do processo. Portanto, se o acusado não for amparado por defesa técnica na audiência especialmente designada para aceitação da proposta, há de se declarar a nulidade absoluta da decisão homologatória do acordo, pois não se pode admitir que princípios norteadores dos juizados especiais como a oralidade, a informalidade e a celeridade afastem o devido processo legal, do qual o direito à ampla defesa é corolário.

Havendo divergência entre o acusado e seu defensor, deve prevalecer a vontade daquele, já que a própria Lei nº 9.099/95 prevê expressamente que *se o acusado não aceitar a proposta,* o processo prosseguirá em seus ulteriores termos (art. 89, § 7º). Nesse caso, não se aplica a orientação adotada pelos Tribunais Superiores quanto ao oferecimento de recurso de apelação pelo advogado quando o acusado manifesta seu desinteresse em recorrer – lembre-se que, de acordo com a súmula nº 705 do Supremo, "a renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta".

Como a suspensão condicional do processo depende da manifestação da vontade do acusado, a aceitação da proposta não pode ser aperfeiçoada em caso de revelia, que pressupõe o não comparecimento pessoal do acusado. Afinal, a aceitação da proposta é ato personalíssimo, a cargo do próprio acusado, que não pode ser realizado por procurador, ainda que conte com poderes especiais.

A aceitação da proposta de suspensão condicional do processo penal constitui ato irretratável, salvo se comprovado que a manifestação de vontade do acusado acha-se afetada por vício de consentimento, como o erro e a coação. Aceita a proposta, esta será submetida à apreciação do juiz. O magistrado não está obrigado a homologar o acordo

133. STF, 1ª Turma, HC 86.039/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/11/2005, DJ 17/02/2006.

penal, devendo analisar a legalidade da proposta e da aceitação. De fato, verificando o magistrado, por exemplo, que não se trata de infração penal com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, ou que o autor do fato delituoso não preenche os pressupostos para a concessão da suspensão, deve o magistrado recusar-se a homologar o acordo.

Acolhendo a proposta do Ministério Público (ou do querelante) aceita pelo acusado e seu defensor, e verificando o magistrado sua legalidade, deve o magistrado receber a peça acusatória e, na sequência, suspender o processo, submetendo o acusado a um período de prova, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, sob as seguintes condições: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. De acordo com o art. 89, § 2º, o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Durante o prazo de suspensão do processo, não correrá a prescrição (Lei nº 9.099/95, art. 89, § 6º). Trata-se de causa suspensiva da prescrição, assim compreendida como aquela que suspende o curso do prazo prescricional, mas que volta a correr pelo tempo restante após cessadas as causas que a determinaram, vale dizer, o tempo anterior é somado ao tempo posterior à cessação da causa que determinou a suspensão do lapso prescricional. Caso o acusado dê ensejo à revogação da suspensão, a prescrição voltará a correr a partir da data da publicação da decisão determinando a cassação do benefício. Nesse caso, o lapso prescricional deve ser somado ao prazo anterior contado da última causa de interrupção, que, em regra, será a data do recebimento da denúncia.

A aceitação da proposta de suspensão condicional do processo e sujeição ao período de prova não implica renúncia ao interesse de agir para impetração de *habeas corpus* com o fim de questionar a justa causa do processo. É bem verdade que, com a aceitação da proposta, o processo ficará suspenso por um período de prova que pode variar de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Porém, como a Lei dos Juizados prevê várias causas de revogação do benefício, é evidente que subsiste risco à liberdade de locomoção, o que autoriza a impetração do remédio heroico, caso à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade.[134]

Caso a proposta de suspensão condicional do processo não seja aceita pelo acusado e por seu defensor, o processo retomará seu curso normal, devendo o magistrado designar data para a realização da audiência una de instrução e julgamento. Aliás, se o acusado e seu advogado rejeitarem a proposta de suspensão condicional do processo, não se admite que, depois de proferida sentença condenatória, pretendam a retratação de sua recusa, a fim de agora se beneficiar da suspensão anteriormente proposta pelo MP.[135]

29.8. Recurso cabível contra a decisão homologatória da suspensão.

Em relação ao recurso cabível contra a decisão que homologa a suspensão condicional do processo, há certa controvérsia na doutrina. Há quem entenda que o recurso cabível é o de apelação, seja porque se trata de decisão com força de definitiva que encerra um incidente processual, seja porque não se admite interpretação extensiva das hipóteses de admissibilidade do recurso em sentido estrito.[136]

A nosso ver, o recurso cabível é o RESE, aplicando-se subsidiariamente o disposto no art. 581, incisos XI ou XVI, do CPP, que preveem o cabimento do referido recurso contra a decisão *que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena* ou *que ordenar a suspensão do processo*, em virtude de questão prejudicial, respectivamente.

Não há falar em impossibilidade de interpretação extensiva em relação às hipóteses de cabimento do Recurso em Sentido Estrito. Na verdade, o que não se admite é a ampliação para casos em que a lei evidentemente quis excluir.

É exatamente o que ocorre na hipótese da decisão que homologa a suspensão condicional do processo, que não consta do rol art. 581 do CPP por uma razão óbvia: a Lei nº 9.099/95 é posterior à vigência do Código de Processo Penal, cujo título atinente aos recursos não sofreu grandes modificações nos últimos anos. Daí o motivo pelo qual não há qualquer menção às decisões dos Juizados, o que, no entanto, não impede a possibilidade de interpretação extensiva do art. 581, incisos XI ou XVI, do CPP (c/c art. 92 da Lei nº 9.099/95), que fazem menção expressa ao cabimento do RESE

134. STF, 2ª Turma, RHC 82.365/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27/05/2008, DJe 117 26/06/2008. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 85.747/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/06/2005, DJ 14/10/2005; STF, 1ª Turma, HC 89.179/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 21/11/2006, DJ 13/04/2007.

135. STF, 2ª Turma, HC 80.172/AM, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 06/02/2001, DJ 27/04/2001.

136. Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 163.

contra a decisão que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena, ou que ordenar a suspensão do processo – exatamente o que ocorre com a suspensão condicional do processo –, em virtude de questão prejudicial, respectivamente.[137]

De todo modo, ainda que se entenda não haver previsão legal de recurso cabível contra a homologação da suspensão, caso haja ofensa a direito líquido e certo, quando, por exemplo, o juiz conceder *ex officio* o benefício da suspensão condicional do processo, procedendo contra a vontade do titular da ação penal (Ministério Público ou querelante), ou quando houver a imposição de condições em desacordo com o disposto no art. 89, §§ 1º e 2º, nada impede a impetração de mandado de segurança pela acusação, ou habeas corpus em favor do acusado, e, ainda, correição parcial.

29.9. Condições da suspensão condicional do processo.

Como dito anteriormente, acolhida a proposta de suspensão condicional do processo, e verificada sua legalidade, deve o magistrado receber a peça acusatória e, na sequência, suspender o processo, submetendo o acusado a um período de prova, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, sob as seguintes condições:

a) **reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo**: corroborando o objetivo delineado pelo art. 62 da Lei nº 9.099/95 de se buscar, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima, o art. 89, § 1º, I, estabelece como condição obrigatória da suspensão condicional do processo a reparação do dano. Esta reparação deve ser providenciada pelo acusado imediatamente após a homologação da proposta, ou em lapso temporal fixado pelo magistrado, sendo certo que a omissão injustificada em ressarcir o prejuízo até o encerramento do período de prova é causa de revogação obrigatória da suspensão condicional do processo (art. 89, § 3º). Por esse motivo, aliás, é que alguns doutrinadores dizem que a exigência da reparação dos danos não é requisito para a concessão da suspensão, mas sim verdadeira condição para a declaração da extinção da punibilidade. Evidentemente, quando o crime não causar danos à vítima, esta condição não será imposta;

b) **proibição de frequentar determinados lugares**: é sabido que certos locais, por sua natureza, finalidade, localização ou tipo de frequência, acabam por favorecer a prática de infrações penais. Por esse motivo, esta condição deve ser utilizada para os casos em que a vedação se mostrar necessária ou conveniente para prevenir a prática de novos ilícitos. Ao aplicar essa condição, o juiz deve especificar quais lugares não poderão ser frequentados pelo acusado, sendo inadmissível a proibição de frequência a determinados locais em termos genéricos;

c) **proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz**: ao juiz não é dado proibir de maneira peremptória que o acusado se ausente da comarca ou que mude de residência. Na verdade, a condição constante do art. 89, § 1º, III, impõe ao acusado o dever de comunicar ao juízo sua ausência ou a mudança de sua residência, nos mesmos moldes da condição prevista para a suspensão condicional da pena (CP, art. 78, § 2º, "b");

d) **comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades**: apesar de o art. 89, § 1º, inciso IV, da Lei dos Juizados, fazer menção ao comparecimento a juízo com periodicidade mensal, doutrina e jurisprudência entendem que se trata de um limite mínimo, a fim de se evitar condição esdrúxula, como a do comparecimento diário, o que significa dizer que esse prazo pode ser dilatado, de modo a não prejudicar o beneficiário em sua atividade laborativa, notadamente;

e) **não instauração de outro processo em virtude da prática de crime ou de contravenção penal**: conquanto não conste expressamente do art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95, o fato de o acusado não vir a ser processado por outro crime ou contravenção também figura como condição legal implícita da suspensão condicional do processo, já que a Lei dos Juizados prevê a revogação do benefício da suspensão condicional do processo diante da superveniência de tais circunstâncias (art. 89, §§ 3º e 4º).

f) **outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado:** de acordo com o art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Com base no princípio da proporcionalidade, é necessário que essas condições estejam em proporção com o fato praticado pelo agente e suas condições pessoais (culpabilidade, meios de execução, motivação e demais circunstâncias do delito). Alguns exemplos podem ser citados: submeter-se a tratamento de

137. No sentido de que cabe RESE contra decisão que concede, nega ou revoga suspensão condicional do processo: STJ, 5ª Turma, REsp 601.924/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 07/11/05; STJ, 5ª Turma, REsp 296.343/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 16/09/02; STJ, 6ª Turma, REsp 263.544/CE, 6ª Turma, Rel. Hamilton Carvalhido, DJu de 19/12/02; STJ, 5ª Turma, RMS 23.516/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 03/03/2008.

desintoxicação; frequentar cursos de reabilitação de alcoolismo; frequentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar, etc.

Tais condições não podem excluir ou restringir direitos constitucionais, nem tampouco permitir a imposição de condições vexatórias ou que atinjam a integridade física ou a dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, já se reconheceu a ilegalidade das seguintes condições: proibição de frequentar cultos religiosos; doação de sangue a cada seis meses; impor a um médico a obrigação de auxiliar na limpeza de Delegacia de Polícia, etc.

Apesar de não haver consenso, prevalece o entendimento *doutrinário* de que não é possível a aplicação de penas restritivas de direitos como condições da suspensão condicional do processo. As condições a serem cumpridas pelo acusado durante o período de prova funcionam como restrições ao seu comportamento social e não se identificam com as modalidades de sanção disciplinadas no Código Penal. Referidas condições são predispostas não para punir o acusado, mas para demonstrar sua autodisciplina e senso de responsabilidade na busca da extinção da punibilidade, como prova de sua ressocialização, corroborando a desnecessidade de aplicação da sanção penal. Ademais, é o próprio art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, que estabelece a possibilidade de especificação de outras *condições*, e não de outras penas. Inviável, portanto, a fixação de penas restritivas de direitos, como a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana como condições para o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo.

Há precedentes da 6ª Turma do STJ no sentido de que fere o princípio da legalidade a imposição de prestação pecuniária como condição para a suspensão condicional do processo. O § 2º do art. 89 da Lei nº 9.099/1995 traz a possibilidade de o juiz estabelecer outras *condições*, além das elencadas no § 1º, para a concessão do benefício, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Porém, a prestação pecuniária – consistente em *pena restritiva de direito*, autônoma e substitutiva – depende de expressa previsão legal para sua imposição, o que a lei supramencionada não o fez. Assim, não sendo a prestação pecuniária requisito expresso para a suspensão condicional do processo, não pode o magistrado fazer tal imposição ao beneficiário.[138]

Na jurisprudência, porém, prevalece o entendimento de que não há qualquer óbice à aplicação de penas restritivas de direitos como condições da suspensão condicional do processo. A 5ª Turma do STJ, por exemplo, já teve a oportunidade de asseverar que a fixação de condição consubstanciada em prestação de serviços comunitários, desde que observados os princípios da adequação e da proporcionalidade, não configura constrangimento ilegal, não equivalendo à imposição antecipada de pena.[139]

Essas condições devem ser fiscalizadas pelo juízo processante, e não pelo juízo da execução penal. Na hipótese de o acusado morar em outra comarca, é plenamente possível a expedição de carta precatória para a fiscalização do cumprimento das condições, que devem ser fixadas pelo juízo deprecante, após o oferecimento da proposta de suspensão pelo titular da ação penal especificando as respectivas condições. Essa atribuição por carta precatória da incumbência de fiscalizar o cumprimento das condições não permite, porém, que o juízo deprecado declare a extinção da punibilidade, o que deve ser feito pelo deprecante, juízo natural da causa.[140]

29.10. Revogação da suspensão condicional do processo.

Nos exatos termos do art. 89, § 3º, da Lei nº 9.099/95, a suspensão *será revogada* se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. O art. 89, § 4º, da Lei nº 9.099/95, por sua vez, estabelece que a suspensão *poderá ser revogada* se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

138. STJ, 6ª Turma, HC 222.026/BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/03/2012, DJe 09/04/2012.

139. STJ, 5ª Turma, HC 152.209/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04/03/2010, DJe 12/04/2010. Na mesma linha, entendendo que não há incompatibilidade na imposição de prestação de serviços à comunidade ou de prestação pecuniária como condição de suspensão condicional do processo: STJ, 5ª Turma, HC 37.502/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 15/02/2005, DJ 07/03/2005; STJ, 5ª Turma, RHC 31.283/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 11/12/2012. É válida e constitucional a imposição, como pressuposto para a suspensão condicional do processo, de prestação de serviços ou de prestação pecuniária, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado e fixadas em patamares distantes das penas decorrentes de eventual condenação: STF, 1ª Turma, HC 108.914/RS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 29/05/2012. Em recente julgado (REsp 1.498.034/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 25/11/2015, DJe 2/12/2015), a 3ª Seção do STJ concluiu que não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência.

140. Com esse entendimento: STJ, 3ª Seção, CC 32.602/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10/04/2002, DJ 29/04/2002 p. 160. E ainda: STJ, 3ª Seção, CC 83.613/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12/09/2007, DJ 27/09/2007 p. 222.

Em face da redação dos dois dispositivos legais, entende-se que o primeiro dispositivo legal cuida das causas de revogação obrigatória da suspensão, ao passo que o segundo versa sobre as causas de revogação facultativa. Vejamos cada uma delas, separadamente.

29.10.1. Revogação obrigatória.

A suspensão condicional do processo deve ser revogada:

a) **se o acusado vier a ser processado por outro crime**: parte minoritária da doutrina entende que, diante da regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência, não é possível a revogação do benefício em virtude do fato de o agente vir a ser processado pela prática de outro crime durante o período de prova da suspensão. Logo, diante da notícia de novo processo pela prática de crime, a solução passa pela prorrogação automática do período de prova da suspensão condicional do processo, nos exatos termos do art. 81, § 2º, do Código Penal, aplicável subsidiariamente no âmbito dos Juizados com base no art. 92 da Lei nº 9.099/95;

b) **se o acusado não efetuar a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo:** tamanha a preocupação da Lei nº 9.099/95 com a reparação dos danos sofridos pela vítima que o próprio legislador estabeleceu como causa de revogação obrigatória da suspensão condicional do processo o fato de o autor da infração penal não ter efetuado a reparação do dano. O art. 89, § 3º, da Lei nº 9.099/95, ressalva, todavia, a hipótese em que ficar comprovada a existência de motivo justo que impossibilite a reparação do dano. Exemplificando, se restar comprovado que o autor do fato encontra-se desempregado, vivenciando precária situação financeira, não há falar em revogação obrigatória do benefício em virtude de não ter efetuado a reparação do dano.

29.10.2. Revogação facultativa.

A suspensão condicional do processo pode ser revogada:

a) **se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção penal**: enquanto o fato de o acusado vir a ser processado *por outro crime* dá ensejo à revogação obrigatória do benefício, a superveniência de outro processo criminal pela prática de *contravenção penal* figura como causa de revogação facultativa da suspensão condicional do processo;

b) **se o acusado descumprir qualquer outra condição imposta:** como visto anteriormente, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, o art. 89, § 2º, da Lei dos Juizados, permite a especificação de outras condições a que fica subordinada a suspensão condicional do processo. Havendo seu descumprimento, afigura-se possível a revogação do benefício.

29.11. Extinção da punibilidade.

Expirado o prazo da suspensão sem que o benefício tenha sido revogado, o juiz declarará extinta a punibilidade (Lei nº 9.099/95, art. 89, § 5º). Este dispositivo deixa claro que o decurso do período de prova, por si só, não induz necessariamente à decretação da extinção da punibilidade, que só irá ocorrer após certificado que o acusado não veio a ser processado por outro crime no curso do prazo ou não efetuou, injustificadamente, a reparação do dano.

Discute-se na doutrina e na jurisprudência acerca da extinção da punibilidade nas hipóteses em que a causa de revogação do benefício ocorre durante o período de prova, porém é descoberta tão somente após o fim do período de prova. Em outras palavras, na hipótese de o fato ensejador da revogação ocorrer antes do término do período de prova, mas cujo conhecimento só se tornar público após o fim do referido lapso temporal, questiona-se: ainda será possível a revogação do benefício ou o mero decurso do período de prova já daria ensejo à declaração da extinção da punibilidade?

Corrente minoritária da doutrina entende que, findo o período de prova, estará automaticamente extinta a punibilidade, cabendo ao juiz apenas declarar a situação que já existe, ou seja, o decurso do prazo já teria provocado a extinção da punibilidade, independentemente da verificação do cumprimento das condições pactuadas.

Prevalece, entretanto, o entendimento segundo o qual a suspensão condicional do processo pode ser revogada mesmo após o encerramento do período de prova, caso verificado o descumprimento de alguma condição durante o curso do benefício, e *desde que não tenha sido proferida anterior decisão declaratória extintiva da punibilidade,* pois, nesse caso, haveria formação de coisa julgada material, inviabilizando a restauração do processo, sob pena de violação ao quanto disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Entende-se, portanto, que a suspensão condicional do processo é automaticamente revogada se, no período probatório, o acusado vem a descumprir as condições impostas

pelo Juízo. Sendo a decisão revogatória do *sursis* meramente declaratória, não importa que a mesma venha a ser proferida somente depois de expirado o prazo de prova.[141]

Decorrido o período de prova sem que o acusado tenha dado causa à revogação do benefício, deve o juiz declarar a extinção da punibilidade, mediante sentença terminativa de mérito, que pode ser impugnada pela acusação mediante interposição de recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, VIII, aplicável no âmbito dos Juizados com base no art. 92 da Lei nº 9.099/95).

29.12. Suspensão condicional do processo em crimes ambientais.

Preocupado com a reparação do dano ambiental, o art. 28 da Lei nº 9.605/98 estabelece que a suspensão condicional do processo também é aplicável aos crimes de médio potencial ofensivo nela definidos, com as seguintes modificações:

I – a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvados os casos de absoluta e comprovada impossibilidade: assim, ainda que o prazo da suspensão condicional do processo já tenha se expirado, sem qualquer causa de revogação, o juiz só poderá declarar extinta a punibilidade após a juntada aos autos do laudo de constatação evidenciando a completa reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade de fazê-lo.

Em se tratando de crimes ambientais, essa impossibilidade de reparação do dano ambiental pode ocorrer em duas situações: a) quando o dano for incomensurável, atingindo proporções incalculáveis (irreparabilidade do dano ambiental); b) quando o acusado insolvente não tiver condições de proceder à reparação do dano ambiental.[142]

II – na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo de 4 (quatro) anos, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição: como se percebe, caso a reparação do dano ambiental tenha sido incompleta, a Lei nº 9.605/98 impõe a prorrogação da suspensão do processo, limitada ao prazo de 5 (cinco) anos – quatro anos, que representa o máximo previsto no art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, acrescidos de mais 1 (um) ano –, em que se computa, naturalmente, o período de prova inicialmente cumprido (dois ou quatro anos);

III – no período de prorrogação, não se aplicarão as condições de proibição de frequentar determinados lugares, de se ausentar da comarca sem autorização do juiz e de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades: por força da Lei nº 9.099/95, não corre a prescrição durante o prazo de suspensão do processo (art. 89, § 6º). Logo, durante o lapso temporal pertinente à prorrogação do período de prova, o prazo prescricional também permanece suspenso, porém não se aplicam as condições do art. 89, § 1º, incisos II, III e IV, da Lei nº 9.099/95, já que a razão de ser da prorrogação do período de prova não é mais a apreciação do comportamento social do acusado, mas sim a integral reparação do dano ambiental;

IV – findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II do art. 28 da Lei nº 9.605/98, observado o disposto no inciso III. Portanto, caso o laudo de constatação conclua pela integral reparação do dano ambiental, deve o juiz declarar extinta a punibilidade, nos termos do art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95. Lado outro, subsistindo a incompleta reparação do dano ambiental, o prazo de suspensão do processo deve ser novamente prorrogado. Nesse caso, aplica-se o mesmo regime jurídico da prorrogação anterior, vale dizer, observância do limite temporal máximo de 5 (cinco) anos, e dispensa das condições do art. 89, § 1º, incisos II, III e IV, da Lei nº 9.099/95.

V – esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano. O art. 28, inciso V, da Lei nº 9.605/98, prevê que, findo o prazo máximo de prorrogação – 10 (dez) anos –, deve ser elaborado um terceiro e derradeiro laudo de constatação da reparação do dano ambiental: comprovada a integral reparação do dano ambiental, deve o juiz declarar a extinção da punibilidade (Lei nº

141. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, REsp 612.978/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/08/2004, DJ 06/09/2004 p. 301. E ainda: STF, 2ª Turma, HC 97.527/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16/06/2009, DJe 121 30/06/2009. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 84.654/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 31/10/2006, DJ 01/12/2006; STJ, 5ª Turma, REsp 770.646/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/08/2006, DJ 02/10/2006 p. 305; STF, Pleno, AP 512, Rel. Min. Ayres Britto, j. 15/03/2012, DJe 77 19/04/2012; STJ, 6ª Turma, HC 208.497/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 11/12/2012.

142. No sentido de que, para que o réu possa ser dispensado de cumprir tal obrigação, a impossibilidade do adimplemento da reparação do dano deve ser demonstrada mediante prova segura e convincente: STJ, 5ª Turma, HC 30.459/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28/09/2004, DJ 18/10/2004 p. 304.

9.099/95, art. 89, § 5º); se, todavia, restar incompleta a reparação do dano ambiental, incumbe ao juiz avaliar se o acusado adotou todas as medidas necessárias para alcançar a integral reparação do dano, caso em que deve o magistrado reconhecer extinta a punibilidade, ainda que não tenha havido a restauração do meio ambiente lesado. Lado outro, se ficar evidenciado que o acusado não empreendeu esforços suficientes para promover a integral reparação do dano ambiental, deve o juiz revogar a suspensão e retomar o curso normal do processo, já que a Lei nº 9.605/98 não autoriza uma terceira prorrogação do período de prova.

Art. 90. As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.

30. CARÁTER RETROATIVO DA LEI Nº 9.099/95.

De acordo com o art. 90 da Lei nº 9.099/95, as disposições da Lei dos Juizados Especiais Criminais não seriam aplicáveis aos processos penais cuja instrução já estivesse iniciada. À época em que a referida Lei entrou em vigor (26/11/95), muito se discutiu acerca da possibilidade de o art. 90 da Lei nº 9.099/95 restringir a aplicação da referida lei aos processos penais cuja instrução já estivesse em curso.

Sem dúvida alguma, trata-se, a Lei nº 9.099/95, de norma processual híbrida ou mista, porquanto reúne dispositivos de natureza genuinamente processual e de natureza material. De fato, no tocante ao procedimento sumaríssimo ali previsto, fica evidente que se aplica o art. 2º do CPP, já que se trata de norma genuinamente processual.

Não obstante, não se pode perder de vista que a Lei nº 9.099/95 também introduziu no ordenamento jurídico institutos despenalizadores que produzem nítidos reflexos no exercício do *jus puniendi*, tais como a composição civil dos danos, a transação penal, a exigência de representação para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa e a suspensão condicional do processo. A título de exemplo, basta pensar que o cumprimento das condições fixadas na proposta de suspensão condicional do processo acarreta a extinção da punibilidade (Lei nº 9.099/95, art. 89, § 5º). Na mesma linha, a composição civil dos danos é causa de renúncia ao direito de queixa ou representação (Lei nº 9.099/95, art. 74, parágrafo único).

Diante dessa natureza mista da Lei nº 9.099/95, o Supremo Tribunal Federal acabou por concluir que as normas de direito penal nela inseridas que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL, da Constituição federal. Assim, conferiu interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réu contidas na citada lei.[143]

Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. (Artigo incluído pela Lei nº 9.839, de 27.9.1999)

31. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95 NA JUSTIÇA MILITAR.

De acordo com o art. 90-A da Lei nº 9.099/95, acrescentado pela Lei nº 9.839/99, as disposições da Lei dos Juizados não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

Ao suprimir a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados no âmbito da Justiça Militar, fica evidente que a Lei nº 9.839/99 tem natureza processual material, ou seja, cuida-se de norma que, embora disciplinada em diploma processual penal, produz reflexos no *ius libertatis* do agente, pois priva o agente do gozo de institutos despenalizadores como a composição civil dos danos, a transação penal, a representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa e a suspensão condicional do processo.

Como consequência, o critério de direito intertemporal a ser aplicado não é o da aplicação imediata da norma processual (*tempus regit actum*), constante do art. 2º do CPP, mas sim o critério da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Assim, como a lei tem natureza nitidamente gravosa, pois priva o autor de crime militar da incidência dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados, há de se concluir que o art. 90-A só se aplica aos crimes militares cometidos a partir do dia 28 de setembro de 1999, data da vigência da Lei nº 9.839/99.[144]

Na visão dos Tribunais Superiores, o art. 90-A sempre foi considerado válido à luz da Constituição Federal, daí por que não se admitia a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Militar.

143. STF, Pleno, ADI 1.719-9, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18/06/2007, DJe 72 02/08/2007.

144. Com esse entendimento: STF, 1ª Turma, HC 79.390/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19/10/1999, DJ 19/11/1999. E ainda: STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 60.081/SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJe 26/05/2008.

Recentemente, porém, o Supremo Tribunal Federal sinalizou no sentido de uma possível mudança de entendimento. De fato, ao apreciar o HC 99.743/RJ, o Plenário da Suprema Corte considerou constitucional a vedação da aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes militares *cometidos por militares*. Na visão do STF, o art. 90-A da Lei nº 9.099/95 merece o mesmo enfoque que vem sendo aplicado em relação à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), que prevê a não incidência da Lei dos Juizados Especiais quanto aos crimes que envolvem violência doméstica. Concluiu não haver campo para se flexibilizar, seja com a suspensão do processo, seja com a suspensão condicional da pena, a prática de crime militar por militares, sob pena de enfraquecimento da tutela da hierarquia e da disciplina, pilares maiores das instituições militares.[145]

Não obstante, segundo os Ministros Luiz Fux, Ayres Britto e Celso de Mello, caso o crime militar *seja cometido por civil*, afigura-se possível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais. Isso porque, em tempos de paz, os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina militar. Logo, o critério que justifica a não aplicação da Lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar não seria aplicável aos civis. De mais a mais, na medida em que há crimes militares que possuem figuras assemelhadas no âmbito da legislação comum, onde seria possível a aplicação da Lei nº 9.099/95, não haveria qualquer critério razoável a justificar a não incidência da Lei dos Juizados ao crime militar cometido por civil pelo simples fato de se tratar de crime militar.

Exemplificando, possamos pensar na prática de um crime de desacato: se cometido contra um policial federal, admite-se a concessão da transação penal perante o Juizado Especial Federal, porquanto referido delito não possui pena máxima superior a 2 (dois) anos. Se cometido contra um policial civil ou militar, também será possível o oferecimento da proposta de transação perante o Juizado Estadual, já que a competência para tais crimes será da Justiça Comum Estadual. Porém, se praticado contra um Militar das Forças Armadas, não seria possível a concessão de tal benefício, haja vista o disposto no art. 90-A da Lei nº 9.099/95. Como se percebe, não há nenhum critério razoável que justifique esse tratamento desigual, até mesmo se considerarmos que os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina. Portanto, afigura-se possível a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes militares cometidos por civis, valendo lembrar que civis só podem ser processados e julgados pela prática de crimes militares perante a Justiça Militar da União, haja vista que, ao tratar da competência da Justiça Militar dos Estados, a Constituição Federal restringiu sua competência ao processo e julgamento dos *militares dos Estados* (CF, art. 125, § 4º).[146]

145. STF, Pleno, HC 99.743/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/10/2011.

Art. 91. Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.

32. REPRESENTAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE.

Se, em regra, a representação funciona como condição específica da ação penal, não se pode perder de vista que, caso o processo já esteja em andamento, e a lei passe a condicionar seu prosseguimento ao implemento da representação, esta funcionará, na verdade, como condição de prosseguibilidade. Nesse contexto, segundo o art. 91 da Lei nº 9.099/95, nos casos em que a Lei dos Juizados passara a exigir representação para a propositura da ação penal pública (lesão corporal leve e lesão corporal culposa), o ofendido ou seu representante legal devia ser intimado para oferecê-la no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência.

Como se percebe pela leitura do referido dispositivo, em relação aos processos pertinentes aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa que estavam em andamento quando a Lei dos Juizados Especiais Criminais entrou em vigor (26/11/95), a representação funcionou não como uma condição específica de procedibilidade, mas sim como uma condição de prosseguibilidade, porquanto a lei condicionou o prosseguimento do processo ao implemento da representação no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência.[147]

Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

146. Chamamos a atenção do leitor para o julgamento da ADPF nº 289, ora em trâmite perante o STF, que tem como objetivo o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis pela prática de crimes militares em tempo de paz.

147. À época da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, o STJ entendeu que, esgotados os meios de procura pessoal do ofendido para o oferecimento da representação, nos moldes do preconizado nos arts. 88 e 91 da Lei 9.099/95, devia ser determinado o sobrestamento do feito, aguardando-se a prescrição da pretensão punitiva ou o seu eventual comparecimento, sendo inadmissível, nesses casos, a citação editalícia: STJ, 5ª Turma, REsp 150.811/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 14/09/1999, DJ 25/10/1999 p. 115.

33. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL E DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS.

Como é cediço, diante do silêncio da legislação especial acerca de determinada matéria, aplica-se, subsidiariamente, o quanto disposto no Código Penal e no Código de Processo Penal. Daí dispor o art. 12 do CP que as regras gerais do diploma penal são aplicáveis aos fatos incriminados por lei especial, *se esta não dispuser de modo diverso.*

34. DISPOSIÇÕES FINAIS COMUNS.

Capítulo IV – Disposições Finais Comuns

Art. 93. Lei Estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência.

34.1. Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Ao se referir aos Juizados Especiais Criminais, a própria Constituição demonstra que sua criação depende de intervenção do legislador. De fato, o art. 98, inciso I, da Carta Magna, dispõe que "A União, no Distrito Federal e Territórios, e os Estados *criarão os Juizados especiais* (...)". Na mesma linha, o art. 1º da Lei nº 9.099/95 prevê que "os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, *serão criados* pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução nas causas de sua competência".

Em consonância com tais dispositivos, o art. 93 da Lei nº 9.099/95 dispõe que Lei Estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência. Como se pode notar, devido à importância dos Juizados Criminais, pensados para o processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, também se faz necessária a criação de um *sistema,* o que significa dizer que suas metas, seu funcionamento e sua organização devem ser supervisionados por um Conselho Superior, cuja organização, composição e competência também devem ser regulamentados por leis estaduais. A título de exemplo, o Sistema de Juizados Especiais foi criado e regulamentado no Estado de São Paulo pela Lei Complementar nº 851/98.

O art. 93 deixa claro que a Lei Estadual só poderá dispor sobre a organização, composição e competência do Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Destarte, afigura-se inviável que as leis estaduais definam a competência dos Juizados, porquanto tal matéria escapa da competência legislativa dos Estados-membros, já que compete à União legislar privativamente sobre direito processual (CF, art. 22, I).[148]

Art. 94. Os serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas.

34.2. Deslocamento dos Juizados para bairros ou cidades pertencentes à mesma Comarca.

Em consonância com os critérios orientadores dos Juizados Especiais Criminais – oralidade, informalidade, economia processual e celeridade –, o art. 94 da Lei nº 9.099/95 dispõe que os serviços de cartório e as audiências poderão ser realizados fora da sede da comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes. Esta possibilidade de deslocamento do local da prática dos atos processuais atende à garantia insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Para tanto, deverão ser utilizadas instalações de prédios públicos, não necessariamente pertencentes ao próprio Poder Judiciário (v.g., faculdades). Aliás, no âmbito do Estado de São Paulo, esse Juizado Itinerante é composto por dois *trailers,* que visitam bairros da cidade com endereços pré-estabelecidos facilitando o acesso da população à Justiça. Um dos veículos é utilizado para fazer o atendimento e o outro retorna ao local cerca de um mês depois para realizar as audiências agendadas.

Art. 95. Os Estados, Distrito Federal e Territórios criarão e instalarão os Juizados Especiais no prazo de seis meses, a contar da vigência desta Lei.

Parágrafo único. No prazo de 6 (seis) meses, contado da publicação desta Lei, serão criados e instalados os Juizados Especiais Itinerantes, que deverão dirimir, prioritariamente, os conflitos existentes nas áreas rurais ou nos locais de menor concentração populacional. (Redação dada pela Lei nº 12.726, de 2012)

148. No sentido de que os critérios de identificação das infrações de menor potencial ofensivo, a serem confiados aos Juizados Especiais, constitui matéria de Direito Processual, da competência legislativa privativa da União: STF, Pleno, ADI 1.807 MC/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23/04/1998, DJ 05/06/1998.

34.3. Criação dos Juizados Especiais.

Em dispositivo de duvidosa constitucionalidade, já que à União não compete estabelecer prazos para a prática de atos pelos Estados-membros, o art. 95 da Lei dos Juizados dispõe que os Estados, Distrito Federal e Territórios deverão criar e instalar os Juizados Especiais no prazo de 6 (seis) meses, a contar da vigência da Lei nº 9.099/95, que se deu no dia 26 de novembro de 1995.

A despeito dos termos imperativos usados pelo dispositivo em questão – os Estados, Distrito Federal e Territórios *criarão e instalarão* os Juizados Especiais no prazo de 6 (seis) meses – o dispositivo foi interpretado pela doutrina no sentido de que não se tratava de obrigação imposta pela União aos Estados, sob pena de violação aos arts. 96, I, a, e 125, § 1º, ambos da CF, que atribui competência aos estados-membros para organizar sua justiça. Considerando-se que compete à União a disciplina do direito processual, nos termos do art. 22, I, da CF, considerou-se possível que ela criasse normas que visam apenas influenciar a atuação dos órgãos jurisdicionais locais, exatamente o que foi feito pelo art. 95, *caput*, da Lei nº 9.099/95.

34.4. Juizados Especiais Itinerantes.

Com vigência em data de 17 de outubro de 2012, a Lei nº 12.726/12 acrescentou um parágrafo único ao art. 95 da Lei nº 9.099/95, com a seguinte redação: "No prazo de 6 (seis) meses, contado da publicação desta Lei, serão criados e instalados os Juizados Especiais Itinerantes, que deverão dirimir, prioritariamente, os conflitos existentes nas áreas rurais ou nos locais de menor concentração populacional". Inserido no Capítulo que trata das disposições finais comuns da Lei nº 9.099/95, depreende-se que a criação desses Juizados Especiais Itinerantes poderá ocorrer tanto no âmbito cível como no âmbito criminal.

Nos mesmos moldes do art. 95, *caput*, da Lei nº 9.099/95, apesar dos termos imperativos usados pelo dispositivo em questão – os Juizados Especiais Itinerantes *serão criados e instalados* no prazo de 6 (seis) meses –, não se trata de obrigação imposta pela União aos Estados, já que incumbe a cada Estado-membro dispor sobre sua própria organização judiciária (CF, arts. 96, I, a, e 125, § 1º). Aliás, a elaboração de sugestão, mediante lei federal, para criação de órgãos jurisdicionais especializados no âmbito estadual, não é algo inédito. Nesse sentido, basta ver os exemplos dos arts. 145 do ECA e 70 do Estatuto do Idoso. Considerando-se que compete à União a disciplina do direito processual, nos termos do art. 22, I, da CF, é plenamente possível que ela crie normas que visam influenciar a atuação dos órgãos jurisdicionais locais. Portanto, a Lei nº 12.726/12 não criou os Juizados Especiais Itinerantes, apenas facultou sua criação para dirimir, prioritariamente, os conflitos existentes nas áreas rurais ou nos locais de menor concentração populacional, objetivando, assim, conferir à matéria tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional.

> **Art. 96.** Esta Lei entra em vigor no prazo de sessenta dias após a sua publicação.

34.5. Vigência da Lei nº 9.099/95.

A Lei nº 9.099/95 estabeleceu uma *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias para a sua vigência. Como a publicação da Lei ocorreu em 27 de setembro de 1995, sua vigência se deu em data de 26 de novembro de 1995.

> **Art. 97.** Ficam revogadas a Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965 e a Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984.
>
> Brasília, 26 de setembro de 1995; 174º da Independência e 107º da República.
>
> **FERNANDO HENRIQUE CARDOSO**
>
> **Este texto não substitui o publicado no DOU de 27.9.1995**

34.6. Revogação expressa das Leis 4.611/65 e 7.244/84.

A Lei nº 4.611/65, que introduziu no nosso ordenamento jurídico o processo judicialiforme (ou procedimento de ofício), permitindo que um processo penal tivesse início por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária, foi expressamente revogada pelo art. 97 da Lei nº 9.099/95. Aliás, mesmo antes do advento da Lei dos Juizados, grande parte da doutrina já entendia que esse procedimento judicialiforme, outrora previsto no art. 26 e na antiga redação do art. 531 do CPP, não fora recepcionado pela Constituição Federal, já que seu art. 129, I, outorga a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público. O art. 97 da Lei nº 9.099/95 também revogou expressamente a Lei nº 7.244/84, que disciplinava os Juizados de Pequenas Causas (Cíveis).

LAVAGEM DE DINHEIRO

LEI 9.613/1998

Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998

CAPÍTULO I
DOS CRIMES DE "LAVAGEM" OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

I – (revogado); (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

II – (revogado); (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

III – (revogado); (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

IV – (revogado); (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

V – (revogado); (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

VI – (revogado); (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

VII – (revogado); (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

VIII – (revogado). (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

1. HISTÓRICO DA LEI Nº 9.613/98.

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas foi celebrada em Viena em data de 20 de dezembro de 1988, entrando em vigor internacional em 11 de novembro de 1990. A origem da citada convenção guarda relação com a preocupação dos Estados signatários com a magnitude e a crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, que representam uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade. Origina-se, também, do reconhecimento dos vínculos existentes entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados.

Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da Administração Pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis, decidiu-se privar as pessoas dedicadas ao tráfico de drogas do produto de suas atividades criminosas e eliminar, pois, o principal incentivo a essa atividade.

De certa forma, evidenciada a ineficácia do Direito Penal em coibir a atividade primária de tráfico de drogas, a criminalização da lavagem de capitais surge, então, como importante meio de se controlar os fluxos financeiros provenientes daquela atividade ilícita. Afinal de contas, para o crime organizado, o dinheiro em espécie representa grave entrave, em virtude do volume físico que ocupa, além das suspeitas que desperta em operações de valor elevado. Surge exatamente daí a necessidade de lavagem desse capital, criando para o Estado a oportunidade de identificar a origem criminosa desses valores, adotando medidas de modo a impedir seu aproveitamento pelo crime organizado ou mesmo inserção na economia legal, com disfarce de licitude.

O Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes em 26 de junho de 1991 (Decreto 154/91), comprometendo-se a criminalizar a lavagem de capitais oriunda do tráfico ilícito de entorpecentes, tendo, inicialmente, ampliado o rol dos crimes antecedentes, a exemplo de outras legislações. A coordenação do Projeto Legislativo da Lei 9.613/98 ficou a cargo de Nelson Jobim e a comissão foi composta por Francisco de Assis de Toledo, Miguel Reale Jr., Vicente Greco Filho e René Ariel Dotti.

1.1. Lei nº 12.683/12: a necessidade de se tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de capitais.

Quando a Lei nº 9.613/98 entrou em vigor em 4 de março de 1998, para além do crime de tráfico de entorpecentes, constavam dos incisos do art. 1º outras infrações penais, quais sejam: o terrorismo, o contrabando ou tráfico de armas, a extorsão mediante sequestro, crimes contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro nacional e aqueles praticados por organização criminosa. Posteriormente, por força da Lei nº 10.467/02, foi acrescentado o inciso VIII ao art. 1º da Lei nº 9.613/98, inserindo no rol taxativo das infrações antecedentes os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

Com o passar dos anos, ficou evidenciada a necessidade de aprimoramento da legislação pátria, já que a persecução penal em relação a esses delitos no território nacional não vinha surtindo o efeito desejado. Daí a própria justificativa das alterações produzidas pela Lei nº 12.683/12, cujo principal objetivo foi o de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

De fato, o relatório da última avaliação do Brasil pelo Grupo de Ação Fiannceira Internacional (GAFI) – organismo internacional criado em 1989 pelos países membros do G7 com o propósito de desenvolver e promover uma resposta internacional para combater a lavagem de dinheiro –, apresentado em junho de 2011, apontou inúmeras críticas: a) poucas condenações finais por lavagem de capitais; b) problemas sistêmicos no sistema judicial dificultam seriamente a capacidade de se obter condenações finais e penas; c) falta de responsabilização civil ou administrativa direta às pessoas jurídicas por crimes de lavagem de dinheiro; d) número de confiscos muito baixo, dado o tamanho da economia e o risco de lavagem de dinheiro; e) os sistemas de gerenciamento de ativos são deficientes, o que deprecia os bens apreendidos; f) a não colocação de advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes, contadores, prestadores de serviços de assessoria e consultoria de empresas e corretores de imóveis como pessoas físicas como pessoas obrigadas a comunicar operações suspeitas; g) as instituições financeiras não são expressamente proibidas de estabelecer ou manter relações de correspondência bancária com bancos de fachada; h) estatísticas insuficientes sobre investigações, denúncias e condenações por lavagem de capitais, bem como sobre o número de casos e os valores dos bens confiscados.

Objetivando tornar mais eficiente a persecução penal em relação a esses delitos e sanar algumas dessas críticas apontadas pelo GAFI, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei nº 12.683/12, que representa um novo marco legal no combate à lavagem de capitais. Ao alterar a Lei nº 9.613/98, esse diploma busca incorporar ao ordenamento jurídico pátrio recomendações internacionais acerca do assunto. Grosso modo, foram 3 (três) as principais mudanças produzidas pela Lei nº 12.683/12:

a) supressão do rol taxativo de crimes antecedentes: para além de revogar os incisos I a VIII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, pondo fim ao rol taxativo de infrações antecedentes, a Lei nº 12.683/12 alterou a redação do *caput* do art. 1º, que passou a prever que a lavagem de capitais estará caracterizada quando houver a ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores, provenientes, direta ou indiretamente, *de infração penal,* o que significa dizer que, doravante, toda e qualquer infração penal – crime ou contravenção penal – poderá figurar como antecedente da lavagem de capitais;

b) fortalecimento do controle administrativo sobre setores sensíveis à reciclagem de capitais;

c) ampliação das medidas cautelares patrimoniais incidentes sobre a lavagem de capitais e sobre as infrações antecedentes, além da regulamentação expressa da alienação antecipada, que tem o objetivo precípuo de assegurar a preservação do valor dos bens constritos.

2. A EXPRESSÃO "LAVAGEM DE DINHEIRO".

A expressão "lavagem de dinheiro" tem origem nos Estados Unidos (*money laundering*), a partir da década de 1920, quando lavanderias na cidade de Chicago teriam sido utilizadas por *gangsters* para despistar a origem ilícita do dinheiro. Assim, por intermédio de um comércio legalizado, buscava-se justificar a origem criminosa do dinheiro arrecadado com a venda ilegal de drogas e bebidas.[1]

1. Stessens, Guy. *Money laundering.* A new international law enforcement model. Cambridge: Cambridge Studies in International and Comparative

Em alemão, são utilizadas as expressões *Geldwaschen* ou *Geldwäscherei;* em francês, *blanchiment d'argent;* em espanhol, *blanqueo de capitales* e *lavado de dinero;* em Portugal, fala-se em *branqueamento;* na Itália, *riciclaggio di denaro sporco.*

No Brasil, segundo a Exposição de Motivos 692, de 18.12.1996, publicada no Diário do Senado Federal, de 25.11.1997, o legislador optou pelo *nomen iuris* "crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores" por dois motivos: a) o termo "lavagem de dinheiro" estaria consagrado no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*); b) o termo "branqueamento" sugeriria a inferência racista do vocábulo, motivando estéreis e inoportunas discussões.

À evidência, a expressão "lavagem" não constitui o ato de lavar o dinheiro utilizando-se água e produtos químicos. A metáfora simboliza, na verdade, a necessidade de o dinheiro sujo, cuja origem corresponde ao produto de determinada infração penal, ser *lavado* por várias formas na ordem econômico-financeira com o objetivo de conferir a ele uma aparência lícita (limpa), sem deixar rastro de sua origem espúria.[2]

3. CONCEITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS.

Segundo Marco Antônio de Barros, "lavagem é o método pelo qual uma ou mais pessoas, ou uma ou mais organizações criminosas, processam os ganhos financeiros ou patrimoniais obtidos com determinadas atividades ilícitas. Sendo assim, lavagem de capitais consiste na operação financeira ou transação comercial que visa ocultar ou dissimular a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do país, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado de outros crimes, e a cujo produto ilícito se pretende dar lícita aparência".[3]

Por sua vez, Rodolfo Tigre Maia conceitua a lavagem de capitais "como o conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça".[4]

Em síntese, a lavagem de capitais é o ato ou o conjunto de atos praticados por determinado agente com o objetivo de conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal. Não se exige, para a caracterização do crime, um vulto assustador das quantias envolvidas, nem tampouco grande complexidade das operações transnacionais para reintegrar o produto delituoso na circulação econômica legal, do mesmo ou de outro país. Apesar de ser muito comum a utilização do sistema bancário e financeiro para a prática da lavagem de capitais, esta pode ser levada a efeito em outras áreas de movimentação de valores e riquezas (v.g., agronegócio, construtoras, igrejas, importação e exportação de bens, loterias, bingos, etc.).

4. GERAÇÕES DE LEIS DA LAVAGEM DE CAPITAIS.

Logo após a Convenção de Viena, as primeiras leis que incriminaram a lavagem de capitais traziam apenas o tráfico ilícito de drogas como crime antecedente, razão pela qual ficaram conhecidas como *legislações de primeira geração.*

Nos países que adotaram essa sistemática, constatou-se que a lavagem de capitais também estava sendo utilizada para dissimular a origem de valores obtidos com a prática de outras infrações penais além do tráfico de drogas. Em virtude da relevância de se coibir a movimentação financeira do produto financeiro de outros delitos, também considerados graves, houve, então, uma ampliação do rol dos crimes antecedentes (*numerus clausus*), dando origem, assim, às *legislações de segunda geração.* Nessa geração se incluía a Lei 9.613/98, pelo menos quando entrou em vigor em 4 de março de 1998, porquanto referida Lei havia alargado a lavagem para outros crimes antecedentes além do tráfico de drogas, sob o seguinte fundamento: "Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores" (Exposição de Motivos, nº 21).

Apesar de grande parte da doutrina se referir à redação original da Lei nº 9.613/98 como espécie

Law, 2000. p. 82-83.

2. BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 47.

3. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas* – com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 92.

4. *Lavagem de dinheiro – lavagem de ativos provenientes de crime* – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53.

de legislação de segunda geração, parte minoritária sustentava que a fixação dos crimes antecedentes era feita por meio de um critério misto. Isso porque, em sua redação original, a Lei nº 9.613/98 estabelecia um rol fechado de tipos penais cujo cometimento poderia gerar bens passíveis de lavagem de capitais, com uma abertura extensiva no inciso VII do art. 1º, que admitia que qualquer crime praticado por meio de organização criminosa poderia dar origem a produtos laváveis. Essa posição minoritária perdeu força com a decisão proferida pelo Supremo no julgamento do HC 96.007/SP, no qual restou assentado que o conceito de organizações criminosas não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, sob pena de lesão ao disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Ora, se o próprio Supremo assentou que não havia definição de organizações criminosas no ordenamento pátrio, pelo menos até o advento da Lei nº 12.694/12 (art. 2º), depreende-se que a Lei nº 9.613/98 era sim uma legislação de segunda geração, porquanto sobravam como infrações antecedentes apenas aquelas listadas nos demais incisos de seu art. 1º.

Finalmente, as *legislações de terceira geração*, como a espanhola, consideram que qualquer crime grave pode figurar como delito antecedente da lavagem de capitais. Na Argentina, por exemplo, qualquer delito também pode figurar como infração precedente.

Reside aí, sem dúvida alguma, a principal alteração produzida pela Lei nº 12.683/12. Para além de revogar os incisos I a VIII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, a Lei nº 12.683/12 também alterou a redação do art. 1º, *caput*, art. 1º, § 1º, e art. 1º, § 2º, I, todos da Lei nº 9.613/98, que passou a prever que a lavagem de capitais estará caracterizada quando houver a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, *de infração penal*.

Como se percebe, seguindo a tendência internacional de progressiva ampliação da abrangência da lavagem de capitais, houve a supressão do rol taxativo de crimes antecedentes, figurando, em seu lugar, a expressão "infração penal", que, doravante, passa a abranger até mesmo as contravenções penais (v.g., jogo do bicho). Como a lei não estabelece qualquer restrição, as infrações penais podem ser de qualquer espécie, aí incluídos crimes de natureza comum, eleitorais, militares, contra a ordem tributária, etc.

Há, na verdade, uma única condição para que esse delito-base possa figurar como antecedente da lavagem de capitais, a de que se trata de *infração produtora*, ou seja, aquela capaz de gerar bens, direitos ou valores passíveis de mascaramento. De fato, se da infração antecedente não resulta qualquer proveito econômico, não há bens, direitos ou valores que possam ser objeto de ocultação. A título de exemplo, o crime de prevaricação previsto no art. 319 do CP não pode figurar como antecedente da lavagem de capitais porquanto o móvel do agente é tão somente a satisfação de *interesse ou sentimento pessoal*. Logo, como a prática desse delito é incapaz de produzir, direta ou indiretamente, ativos ilícitos, revela-se inviável qualquer tipo de ocultação ou dissimulação.

Sem embargo de entendimento em sentido contrário, parece-nos que andou mal a Lei nº 12.683/12 ao permitir que toda e qualquer infração penal possa figurar como antecedente da lavagem de capitais, independentemente de sua gravidade. Melhor teria andado nosso legislador se tivesse adotado o mesmo critério da Convenção de Palermo, que demanda a existência de crimes antecedentes de alguma gravidade, indicando como *standard* aqueles cuja pena máxima não seja inferior a 4 (quatro) anos. Ora, a depender do caso concreto, uma contravenção penal ou até mesmo uma infração de menor potencial ofensivo, cujas penas são menos severas exatamente em virtude de sua menor lesividade, podem vir a funcionar como antecedente da lavagem de capitais, o que claramente vem de encontro ao princípio da proporcionalidade, já que haverá a aplicação de uma pena muito mais severa pela lavagem – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa – do que aquela prevista para o próprio delito-base que se almeja coibir.

5. FASES DA LAVAGEM DE CAPITAIS.

Para encobrir a origem ilícita dos lucros, evitando-se uma associação direta deles com a infração antecedente, a lavagem realiza-se por meio de um processo dinâmico que requer o distanciamento dos fundos de sua origem, o disfarce dessas movimentações para dificultar o rastreamento desses recursos e a disponibilização do dinheiro novamente para os criminosos, agora já considerado "limpo". Para aqueles criminosos que experimentaram um incremento substancial em seu patrimônio, é premente a necessidade de se tentar legalizar os lucros da atividade ilícita, notadamente quando, em virtude da periodicidade de

produção de tais valores espúrios, tornar-se difícil a legalização pela via do consumo. Por tais motivos, as organizações criminosas procuram diversificar as técnicas de dissimulação do dinheiro sujo na ordem econômico-financeira.

De acordo com o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI), o modelo ideal de lavagem de capitais envolve três etapas independentes, a saber:[5]

a) **Colocação (placement):** consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, dificultando a identificação da procedência dos valores de modo a evitar qualquer ligação entre o agente e o resultado obtido com a prática do crime antecedente. Diversas técnicas são utilizadas nesta fase, tais como o fracionamento de grandes quantias em pequenos valores, que escapam do controle administrativo imposto às instituições financeiras (art. 10, II, c/c art. 11, II, a, da Lei 9.613/98) – procedimento esse conhecido como *smurfing*, em alusão aos pequenos personagens da ficção na cor azul –,[6] utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie, remessas ao exterior através de mulas, transferências eletrônicas para paraísos fiscais, troca por moeda estrangeira etc. A colocação é o estágio primário da lavagem e, portanto, o mais vulnerável à sua detecção, razão pela qual devem as autoridades centrar o foco dos maiores esforços de sua investigação nessa fase da lavagem;[7]

b) **Dissimulação ou mascaramento (layering):** nesta fase são realizados diversos negócios ou movimentações financeiras, a fim de impedir o rastreamento e encobrir a origem ilícita dos valores. De modo a dificultar a reconstrução da trilha do papel (*paper trail*) pelas autoridades estatais, os valores inseridos no mercado financeiro na etapa anterior são pulverizados através de operações e transações financeiras variadas e sucessivas, no Brasil e em outros países, muitos dos quais caracterizados como paraísos fiscais, que dificultam o rastreamento dos bens. São exemplos de dissimulação: transferências eletrônicas, envio do dinheiro já convertido em moeda estrangeira para o exterior via cabo;

c) **Integração (integration):** com a aparência lícita, os bens são formalmente incorporados ao sistema econômico, geralmente por meio de investimentos no mercado mobiliário ou imobiliário, transações de importação/exportação com preços superfaturados (ou subfaturados), ou aquisição de bens em geral (v.g., obras de arte, ouro, joias, embarcações, veículos automotores). Em alguns casos, os recursos monetários, depois de lavados, são reinvestidos nas mesmas atividades delituosas das quais se originaram, perpetuando-se, assim, o ciclo vicioso.

A doutrina costuma citar o caso de Franklin Jurado (EUA, 1990-1996) como um bom exemplo de um ciclo clássico de lavagem de dinheiro. Economista colombiano formado em Harvard, Jurado coordenou a lavagem de cerca de US$ 26 milhões em lucros obtidos por José Santacruz-Londono com o comércio ilegal de drogas. O depósito inicial – o estágio mais arriscado, pois o dinheiro ainda está próximo de suas origens – foi feito no Panamá. Durante um período de três anos, Jurado transferiu dólares de bancos panamenhos para mais de 100 contas diferentes em 68 bancos de nove países, mantendo os saldos abaixo de US$10 mil para evitar investigações. Os fundos foram novamente transferidos, dessa vez para contas na Europa, de maneira a obscurecer a nacionalidade dos correntistas originais, e, então, transferidos para empresas de fachada. Finalmente, os fundos voltaram à Colômbia por meio de investimentos feitos por companhias europeias em negócios legítimos, como restaurantes, construtoras e laboratórios farmacêuticos, que não levantariam suspeitas. O

5. O Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF) foi criado em 1989 pelos sete países mais ricos do mundo no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) com a finalidade de examinar, desenvolver, e promover políticas de combate à lavagem de dinheiro. Tais políticas visam impedir que os produtos dos crimes de tráfico de drogas e outros delitos graves sejam utilizados em futuras atividades criminosas e afetem as atividades econômicas legais dos países. O modelo seguido pelo GAFI é de criação norte-americana. Não obstante, há outros autores que apresentam teorias com estágios diferenciados. Dentre eles: "Zünd, André. *Der Schweizer Treuhänder*. Geldwäscherei: Motive – Formen – Abwehr, 1990. p. 403 – criou o modelo denominado "Kreislaufmodel", que implica a forma de processamento através da circulação do dinheiro, em analogia à circulação da água: a) precipitação, para referir a produção do dinheiro; b) filtragem, para a primeira depuração dos fundos; c) rios subterrâneos, para notabilizar os contatos e subterfúgios; d) lagos subterrâneos, para relacionar com a preparação da remessa dos valores ao exterior; e) lagos comuns, como demonstrativo dos fundos em mãos de especialistas; f) estações de bombeio, como reintrodução dos fundos na economia legal; g) depuradora de água, como envolvimento de testa-de-ferro; h) utilização, como reagrupamento dos fundos; i) evaporação, como reintegração do dinheiro ao país de destino; j) nova precipitação, investimento na manutenção da organização criminosa" (Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 57.).

6. No sentido de que o depósito fracionado de dinheiro produto de corrupção passiva em conta corrente, em valores que não atingem os limites estabelecidos pelas autoridades monetárias à comunicação compulsória dessas operações, é meio idôneo para a consumação do crime de lavagem: STF, 2ª Turma, AP 996/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/05/2018.

7. Veja-se exemplo citado por Rodolfo Tigre Maia (op. cit., p. 38): "Assim, por exemplo, atendem a tais requisitos os cinemas que exibem filmes pornográficos: as despesas deste negócio (aluguel, taxas de eletricidade etc.) são quase constantes e independem de o cinema estar cheio ou não. Ativos ilícitos são introduzidos e camuflados facilmente nesse tipo de atividade porque as vendas adicionais não incrementam as despesas. Os agentes da lei que examinem os registros contábeis destes estabelecimentos terão dificuldades em provar que o rendimento legítimo gerado pelo cinema era menor que o registrado". (Swanson, Charles R., Chamelin, Neil C., e Territo, Leonard. *Criminal Investigation*. New York, McGraw-Hill, 1996, p. 526).

esquema foi interrompido com a falência de um banco em Mônaco, quando várias contas ligadas a Jurado foram expostas. Fortalecida por leis anti-lavagem, a polícia começou a investigar o caso e Jurado foi preso.[8]

A despeito da importância do estudo dessas três etapas para que se possa compreender um ciclo completo de lavagem de capitais, é de todo relevante destacar que não se exige a ocorrência dessas três fases para a consumação do delito. Nenhum dos tipos penais exige, para a consumação, que o dinheiro venha a ser integrado com aparência lícita ao sistema econômico formal. A própria redação do tipo penal de lavagem de capitais autoriza a conclusão no sentido de que não é necessário expressamente o exaurimento integral das condutas do modelo trifásico para a consumação do crime. Por isso mesmo, ao conceituarmos a lavagem de capitais, foi dito que se trata do ato ou conjunto de atos praticados pelo agente, *com a finalidade de conferir aparência lícita* a bens, direitos ou valores provenientes de crime ou contravenção penal antecedente.

Como observa Abel Fernandes Gomes, "é possível que o agente efetue a colocação dos recursos, com vistas à clandestinidade – introduzindo-o na conta de uma pessoa fictícia no sistema financeiro nacional; depois, venha a efetuar a transferência, *on line*, desses valores para uma conta num paraíso fiscal – ocultação –; e posteriormente, mediante o expediente de repatriamento do lucro fictício de uma offshore ou da simulação de um empréstimo contraído no exterior, venha a introduzir esses recursos, novamente, no Brasil – integração. No exemplo acima, não será necessário que o agente integre os valores na economia nacional para que se tenha por consumado o crime. Muito menos os atos inerentes às fases de colocação e de ocultação serão considerados meros atos preparatórios ou de início ou curso de execução, quando então teríamos, respectivamente, a não punição dos atos preparatórios ou a punição apenas pela tentativa. No caso, considerando o contexto da lavagem daquela gama de recursos destacados na operação trifásica acima, haverá um só crime de lavagem de dinheiro consumado, o qual, dada a existência de núcleos variados de conduta dos tipos penais que o punem, encerrará sua consumação em qualquer daquelas fases, não se deixando de considerar que as mais próximas do último instante da conduta prevalecem sobre as mais próximas do seu início".[9]

A jurisprudência dos Tribunais Superiores compartilha do mesmo entendimento. Em caso concreto apreciado pelo Supremo, o sujeito ativo da lavagem, agente público de fiscalização da Prefeitura de São Paulo, integrava grupo criminoso denominado pela mídia como "máfia da propina", no qual praticava, com certa habitualidade, a conduta de concussão prevista no art. 316 do CP. Com o objetivo de dissimular a origem dos valores obtidos ilicitamente, depositava-os de maneira fracionada em duas contas bancárias, uma de sua titularidade e outra de titularidade de uma pequena empresa de propriedade de seu cunhado, misturando os ativos lícitos com valores ilícitos. Em face da fragilidade da sua "engenharia financeira", o processo de reciclagem foi logo descoberto pelas autoridades, sendo proposta em seu desfavor ação penal pelo crime de lavagem de capitais. Na visão do Supremo, o depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de 'lavagem de capitais' mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (Lei 9.613/98, art. 1º, caput), porquanto o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada 'engenharia financeira' transnacional, com os quais se ocupa a doutrina.[10]

6. TIPOS DE LAVAGEM.

Quanto à complexidade dos mecanismos utilizados no processo de lavagem de capitais, entende-se que esta será inversamente proporcional à necessidade de liquidez e diretamente proporcional à necessidade de credibilidade e ao volume dos fundos a serem branqueados. Surge, então, a lavagem elementar, a lavagem elaborada e a lavagem sofisticada.[11]

Na *lavagem elementar* as técnicas postas em prática respondem à necessidade de liquidez de capitais, tratando-se habitualmente de montantes pequenos. Essas operações serão pontuais, estando

8. *Lavagem de dinheiro* – um problema mundial. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. – Brasília: UNDCP, 1999. p. 12.

9. GOMES, Abel Fernandes. *In Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp/* org. José Paulo Baltazar Júnior, Sergio Fernando Moro; Abel Fernandes Gomes ... (et al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 83.

10. STF, 1ª Turma, RHC 80.816/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.06.2001, DJ 18.06.2001.

11. Pinheiro, Luís Goes. O branqueamento de capitais e a globalização – facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, nº 4, p. 617, Coimbra Editora, out.-dez. 2002.

sujeitas a um fraco constrangimento de credibilidade. O dinheiro branqueado servirá despesas de consumo corrente ou a realização de investimentos de pouca monta. Como exemplo, podemos citar a compra de um bilhete premiado de loteria, os falsos ganhos em cassinos, a introdução do dinheiro sujo nas receitas de um negócio legítimo, a troca de divisas numa casa de câmbios, etc.

Quanto à *lavagem elaborada*, as operações visam possibilitar o reinvestimento do dinheiro criminoso em atividades legais. Aqui, os números a reciclar são, por regra, mais elevados, assim como é frequente que as técnicas apresentem um caráter regular, o que impõe a elaboração de circuitos estáveis de lavagem. Ocorre essencialmente nos Estados onde a pressão legal é mais intensa ou quando a utilização prevista dos fundos carece de uma especial credibilidade. A título de exemplo de práticas de branqueamento elaborado, podemos citar a especulação imobiliária simulada, que consiste na compra e venda de um imóvel por uma sociedade a outra, situadas em países diferentes, mas controladas, por intermédio de testas-de-ferro, pelas mesmas pessoas: a mais-valia que se realizar permitirá limpar fundos, exigindo esta técnica a criação de sociedades de fachada nos paraísos fiscais. Igualmente, podemos indicar como exemplo a falsa especulação com obras de arte, em que o branqueador coloca à venda obras de arte de elevado valor, obras essas que virão a ser adquiridas por um cúmplice a quem antecipadamente foi entregue dinheiro com esse propósito e que receberá uma comissão.

Por fim, exsurge a *lavagem sofisticada* quando se acumula, num curto espaço de tempo, elevado volume de dinheiro. Nestas circunstâncias, o agente depara-se com um grande problema de falta de credibilidade, pois é quase impossível justificar essas somas pelo jogo normal da economia lícita. É aqui que surgem com especial importância os mercados financeiros, que são sem dúvida o palco privilegiado do branqueamento sofisticado. Exemplificando, imagine-se uma sociedade corretora que tem como clientes duas sociedades, uma em Nova Iorque e outra em Luxemburgo que, apesar de aparentemente distintas, são dominadas pelas mesmas pessoas por intermédio de testas-de-ferro. A corretora recebe duas ordens sucessivas, a primeira por conta da sociedade de Nova Iorque reporta-se à compra de 1.000 contratos com um valor nominal de 500.000 euros a 104%; posteriormente, dá uma ordem de venda desses mil contratos a 104,2%, obtendo um ganho de 1 milhão de euros. Paralelamente, passa uma ordem de venda por conta da sociedade de Luxemburgo de, igualmente, 1.000 contratos a 104,2% e uma ordem de compra desses contratos a 104%, imputando a esta sociedade uma perda de 1 milhão de euros. Feitas as contas o saldo é zero, salvo um pequeno valor em comissões. Como resultado, o lavador obtém 1.000.000 de euros com proveniência perfeitamente justificável, pois ninguém irá avaliar as eventuais ligações entre estas sociedades. Esta prática é conhecida por especulação financeira cruzada.

Em todas essas espécies de lavagem, mas sobretudo na lavagem elaborada e na lavagem sofisticada, assiste-se à explosão da utilização da internet como ferramenta facilitadora do processo de dissimulação da origem ilícita dos valores, haja vista permitir a desintermediação, na medida em que desaparece a necessidade de contato pessoal com instituições de crédito, financeiras, corretoras, cassinos, imobiliárias etc. Sem a interposição dessas entidades, dificulta-se o trabalho das autoridades, eis que aquelas funcionam, em regra, como fonte de informações e de depoimentos fundamentais para a investigação. Deveras, hoje, a partir de qualquer computador conectado à internet é possível abrir contas em bancos, transferir fundos, investir no mercado de capitais e realizar todas as outras operações bancárias sem necessidade de se deslocar a uma agência bancária – home banking.[12]

7. BEM JURÍDICO TUTELADO.

Há 4 (quatro) correntes doutrinárias acerca do bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais:

a) **mesmo bem jurídico tutelado pela infração penal antecedente:** de acordo com uma primeira corrente, a lei de lavagem de dinheiro visa resguardar o mesmo bem jurídico tutelado pela infração antecedente. Assim, o branqueamento de capitais obtidos com o tráfico de drogas afetaria a *saúde pública*, ao passo que a lavagem de dinheiro derivado de furtos lesionaria o patrimônio. Ter-se-ia, assim, uma superproteção ao bem jurídico

12. Como observa a doutrina, "através da *internet*, um indivíduo entra em contato com o seu banco digital, provando ser o titular de determinada conta; em seguida, envia o pedido de *e-money*, juntamente com uma chave aleatória, através de um canal digital seguro; o banco, por sua vez, usando a sua chave pública, autentica o *e-money* e devolve-o ao requerente; poderá agora ser feito um *download* do dinheiro digital para um *smart. card* ou, ao invés, ser transferido ou gasto via *internet* em qualquer parte do globo onde o aceitem; posteriormente, os aceitantes – qualquer pessoa que o tenha recebido a título de pagamento ou qualquer outro – limitar-se-ão a copiar o *e-money*, acrescentando-lhe a identificação da sua própria conta, e podendo, em seguida, armazená-lo num *smart. card* ou transferi-lo para o banco. O "Ecash" foi o primeiro modelo de dinheiro electrónico totalmente anónimo. Esta característica é hoje comum a grande parte das formas que o *e-money* assume, conferindo às transacções realizadas nesta moeda a capacidade de não deixar qualquer rastro, o que, a par da extrema mobilidade deste meio de pagamento, torna o *e-money* um potencial instrumento ao serviço de branqueamento". (Pinheiro, Luís Goes, op. cit., p. 634-635).

do crime antecedente. Essa posição atém-se às legislações de primeira geração, nas quais o delito antecedente era tão somente o tráfico de drogas. Por consequência, a lavagem de dinheiro tutelaria apenas a saúde pública. Cuida-se de posição minoritária, vez que, admitida a criminalização de um comportamento que incide sobre um bem jurídico já afetado e lesionado por uma conduta anterior, a punição pelo segundo crime estaria fundada na afetação do mesmo bem já lesionado, o que caracterizaria um indesejável *bis in idem*. De mais a mais, por força do princípio da consunção, estaria inviabilizada a punição da autolavagem, que ocorre quando o autor da lavagem também é o responsável pela infração antecedente, porquanto, para ele, de duas uma, ou o branqueamento seria considerado mero exaurimento da infração antecedente, ou esta seria absorvida pela lavagem em virtude da progressão criminosa;

b) **administração da Justiça:** nos mesmos moldes que o favorecimento real, previsto no art. 349 do Código Penal, na medida em que a prática da lavagem de capitais torna difícil a recuperação do produto direto ou indireto da infração antecedente, dificultando a ação da Justiça, conclui-se que o bem jurídico tutelado por este delito é a administração da Justiça. Aliás, a própria criminalização da lavagem de capitais está relacionada à necessidade de utilização do Direito Penal para suprir a incapacidade do Estado de investigar a infração antecedente e rastrear seu produto. Para Podval, a lavagem seria uma espécie de favorecimento real, criada para proteger a administração da Justiça, que se encontra incapaz de punir os responsáveis pelos crimes antecedentes, em razão do auxílio prestado aos criminosos;[13]

c) **ordem econômico-financeira:** de acordo com a doutrina majoritária, funciona a lavagem como obstáculo à atração de capital estrangeiro, afetando o equilíbrio do mercado, a livre concorrência, as relações de consumo, a transparência, o acúmulo e o reinvestimento de capital sem lastro em atividades produtivas ou financeiras lícitas, turbando o funcionamento da economia formal e o equilíbrio entre seus operadores. Representa, enfim, um elemento de desestabilização econômica. Trata-se, portanto, de crime contra a ordem econômico-financeira.[14] Dentre as graves consequências para o sistema econômico-financeiro, a doutrina costuma citar o comprometimento do fluxo normal de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a pouca visibilidade das operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção, etc.[15] Um dos efeitos mais graves produzido pela lavagem de capitais é sentido no setor privado. Afinal, é extremamente comum que a lavagem de capitais seja feita por meio de companhias de fachada, que misturam rendimentos de atividades ilícitas com capital lícito (mesclagem de capitais), a fim de esconder os ganhos obtidos ilicitamente. Essas empresas de fachada têm acesso a substancial capital ilícito, permitindo que possam subsidiar os produtos da empresa a preços inferiores ao custo do próprio produtor. Assim, empresas de fachada têm uma vantagem competitiva sobre firmas legítimas que são obrigadas a obter capital através do mercado financeiro. Isso acaba tornando difícil, senão impossível, para que uma empresa legítima possa competir contra empresas de fachada com capital subsidiado, uma situação que pode resultar na quebra do setor privado pelas organizações criminosas.[16] Esse dinheiro "sujo" também acaba por formar uma quantidade enorme de capital especulativo que, devido à sua volatilidade, pode abandonar inopinadamente um país, na busca de altos lucros ou por receio de medidas repressivas, desestabilizando o sistema financeiro e deixando para trás um rastro de quebras, desemprego e perda de poupanças. É essa a posição que prevalece na doutrina pátria;[17]

d) **pluriofensividade:** uma quarta corrente sustenta que a lavagem de dinheiro ofende mais de um bem jurídico. Nesse caso, há quem entenda que os bens jurídicos tutelados são a ordem econômico-financeira e a administração da justiça;[18]

13. Podval, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *RBCC*, nº 24, p. 219, out.-dez. 1998. Rodolfo Tigre Maia comunga do mesmo entendimento: *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)* – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 54. Na mesma linha, Bottini e Badaró (op. cit. p. 53) sustentam que a lavagem coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas.

14. Em sentido amplo, a ordem econômica pode ser compreendida como o conjunto de instrumentos que asseguram o funcionamento das relações de produção, distribuição, troca e consumo em determinada sociedade. Portanto, os crimes contra a ordem econômica representam uma forma grave de abuso de medidas e instrumentos da vida econômica que desestabilizam o seu funcionamento e afetam as expectativas necessárias à realização de negócios e planejamento de atividades. Nesse sentido: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 120.

15. Oliveira, William Terra de; Cervini, Raúl; Gomes, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo, Ed. RT, 1998. p. 321.

16. McDOWELL, John. Economic perspectives: the consequences of money laundering and financial crime. U.S. Department of State – Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs, May, 2001. p. 5.

17. Nesse sentido: Pitombo, Antônio Sérgio A. de Moraes, *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 77; Barros, Marco Antônio de, *Lavagem de capitais*, cit., p. 98; Cervini, Raúl; Oliveira, William Terra de; Gomes, Luiz Flávio, *Lei de Lavagem de Capitais*, cit., p. 321-323.

18. É nesse sentido a posição de Marcelo Batlouni Mendroni: *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 30.

a ordem econômico-financeira e o mesmo bem jurídico tutelado pela infração antecedente; ou a administração da justiça e o mesmo bem jurídico da infração antecedente. É nesse sentido a lição de Alberto Silva Franco.[19] Por abdicar da indicação do bem jurídico tutelado, esta proposta de pluriofensividade esvazia o conteúdo teleológico da norma, deixando de contribuir para a orientação da aplicação da lei penal.

7.1. Princípio da insignificância e crimes contra a ordem econômico-financeira.

Partindo da premissa de que o bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais é a ordem econômico-financeira, conclui-se que é plenamente possível a aplicação do princípio da insignificância.

Aliás, com a eliminação do rol taxativo de crimes antecedentes pela Lei nº 12.683/12 e o acréscimo da elementar "infração penal" ao art. 1º da Lei nº 9.613/98, abrangendo, doravante, todo e qualquer crime ou contravenção penal, parece-nos que a aplicação desse princípio ganha ainda mais importância em relação ao crime de lavagem de capitais, até mesmo para se evitar o risco de banalização da imputação desse crime, acarretando a paralisação das atividades das varas especializadas com uma desnecessária sobrecarga de processos referentes a condutas desprovidas de relevância penal.

Sem embargo de entendimento em sentido contrário, pensamos ser possível a utilização do mesmo critério utilizado para crimes contra a ordem tributária, já que tais delitos também são espécie de infração penal contra a ordem econômico-financeira. O tema foi objeto de análise nos comentários à Lei n. 8.137/90, mais precisamente no item 4.1 ("Princípio da insignificância"), para onde remetemos o leitor.

8. DA ACESSORIEDADE DA LAVAGEM DE CAPITAIS.

De acordo com o art. 2º, II, da Lei 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, o processo e julgamento dos crimes de lavagem de capitais independe do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos na Lei de Lavagem a decisão sobre a unidade de processo e julgamento.

Embora a lei tenha consagrado a autonomia do processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro, que não precisa tramitar obrigatoriamente com o feito referente à infração penal antecedente em um *simultaneus processus*, há de se ter extrema cautela com a interpretação desse dispositivo, eis que, na verdade, não há uma total e absoluta independência entre o delito de lavagem de capitais e o delito-base. Na verdade, essa autonomia é apenas relativa.

Isso porque a tipificação do crime acessório, diferido, remetido, sucedâneo, parasitário ou consequencial de lavagem de capitais está atrelada à prática de uma infração penal antecedente que produza o dinheiro, bem ou valor, que será objeto de ocultação. Deveras, pela própria leitura do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/98, com redação determinada pela Lei nº 12.683/12, percebe-se que o substantivo "infração penal" funciona como verdadeira elementar do art. 1º, existindo uma relação de acessoriedade objetiva entre as infrações. Portanto, a ausência da infração penal antecedente acaba por afastar a própria tipicidade do delito de lavagem de capitais.

A despeito dessa relação de acessoriedade objetiva entre as infrações penais, a condenação pela infração antecedente não é pressuposto para a condenação pelo crime de lavagem. Na verdade, a comprovação da ocorrência da infração antecedente afigura-se como uma questão prejudicial homogênea do próprio mérito da ação penal relativa ao crime de lavagem. Assim, por ocasião da sentença condenatória, tem o juiz o dever de abordar essa questão, afirmando estar convencido da existência do delito-base. Nesse contexto, como já se pronunciara o STJ em momento anterior à extinção do rol taxativo de crimes antecedentes pela Lei nº 12.683/12, "não há que se falar em manifesta ausência de tipicidade da conduta correspondente ao crime de lavagem de dinheiro ao argumento de que o agente não foi igualmente condenado pela prática de algum dos crimes anteriores arrolados no elenco taxativo do art. 1º, da Lei 9.613/98, sendo inexigível que o autor do crime acessório tenha concorrido para a prática do crime principal, desde que tenha conhecimento quanto à origem criminosa dos bens ou valores".[20]

Destarte, para fins de tipificação da lavagem de capitais, o fato anterior deve ser típico e ilícito, sendo desnecessária, todavia, a comprovação de elementos referentes à autoria, à culpabilidade ou à

19. Franco, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001. v. 1, p. 2099.

20. STJ, HC 36.837/GO, 6.ª T., rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 06.12.2004, p. 372.

punibilidade da infração antecedente. Nesse sentido, o art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, com redação determinada pela Lei nº 12.683/12, dispõe que "a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, *ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.*"[21]

Na verdade, como bem adverte Callegari,[22] o legislador brasileiro adotou, para fins de tipificação do delito de lavagem de capitais, o *princípio da acessoriedade limitada*, ou seja, há necessidade de que o delito prévio seja ao menos típico e antijurídico, o que torna impossível a prática da lavagem se o fato antecedente previsto na lei não puder ser considerado crime. Assim, deve restar provada a existência da tipicidade e da antijuridicidade da infração penal antecedente, qualquer que seja ela, pois o reconhecimento de uma justificante ou a ausência de um dos elementos do tipo leva, necessariamente, à ausência da infração precedente e, por isso, não haveria a subsunção típica às figuras de lavagem que exigem a comissão daquele.

Na esfera da participação criminal, denomina-se acessoriedade limitada o grau de dependência segundo o qual só se pode castigar a conduta do partícipe quando o fato principal for típico e antijurídico. Logo, se a culpabilidade não é requisito necessário para a configuração do fato prévio como delito, deduz-se que o são a tipicidade e a antijuridicidade. Portanto, é correto afirmar que a relação de dependência do delito de lavagem com relação ao delito prévio é de acessoriedade limitada.

Dependendo a lavagem de uma conduta antecedente que seja típica e ilícita, afasta-se a possibilidade de condenação pelo delito de lavagem se acaso o autor da infração antecedente for absolvido com fundamento na prova da inexistência do fato (CPP, art. 386, I), não haver prova da existência do fato (CPP, art. 386, II),[23] não constituir o fato infração penal (CPP, art. 386, III), ou quando existirem circunstâncias que excluam o crime ou mesmo se houver fundada dúvida sobre a existência de causas excludentes de ilicitude (CPP, art. 386, VI, 1ª parte). Exemplificando, se houver o reconhecimento da insignificância em relação à conduta antecedente (v.g., sonegação de tributos federais até o montante de R$ 20.000,00), não será possível a tipificação do crime de lavagem de capitais, já que a insignificância é causa excludente da tipicidade material.[24]

Em sentido contrário, conclui-se que subsiste a possibilidade de tipificação do crime de lavagem de capitais ainda que presente uma causa excludente da culpabilidade em relação à infração antecedente (v.g., inimputabilidade, erro de proibição inevitável, inexigibilidade de conduta diversa). A título de exemplo, mesmo que o autor da infração precedente seja absolvido em virtude de coação moral irresistível, circunstância que isenta o réu de pena, continua sendo possível a tipificação do crime de lavagem de capitais, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/98.

Na mesma linha, consistindo a punibilidade em mera consequência do delito, forçoso é concluir que a incidência de uma causa extintiva da punibilidade não tem o condão de retirar o caráter delituoso da conduta antecedente. Portanto, pelo menos em regra, incidindo uma causa extintiva da punibilidade (e.g., prescrição, morte do agente, pagamento do débito tributário) em relação à infração precedente, nada impede a condenação pelo crime de lavagem. Da mesma forma, a presença de escusas absolutórias, imunidades parlamentares, ou a concessão do perdão judicial em relação à infração antecedente, também não impedem a punição pelo crime de lavagem de capitais. Não por outro motivo, a Lei nº 12.683/12 deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, *in fine*, para acrescentar à parte final do dispositivo que subsiste a punibilidade do crime de lavagem de capitais ainda que extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

Raciocínio diverso se aplica às hipóteses de anistia e *abolitio criminis*. Cuida-se, a anistia, de forma de clemência ou indulgência estatal a ser concedida pelo Congresso Nacional (CF, art. 48, VIII), cuja natureza jurídica é de causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107, II), tendo como efeito precípuo a extinção de todos os efeitos penais, subsistindo, todavia, os efeitos civis. De seu turno, ocorre *abolitio criminis* quando uma lei penal

21. No sentido de que a extinção da punibilidade pela prescrição quanto aos crimes antecedentes não implica o reconhecimento da atipicidade do delito de lavagem de capitais: STJ, 5ª Turma, HC 207.936/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 27/0/2012.

22. CALLEGARI, André Luís. Problemas Pontuais da Lei de Lavagem de Dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 31, v. 8, p. 183-200, São Paulo, jul.-set. 2000.

23. Como observa Mendonça, se, no tocante à infração antecedente, o juiz decidir que não há provas da existência do fato e tal decisão transitar em julgado, não poderá ser tal prova completada em processo de lavagem ulterior, vez que a decisão irá fazer coisa julgada e estará dentro do aspecto objetivo da *res judicata* a impossibilidade de rediscussão das questões já decididas, em fiel observância ao Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, § 4º). (*Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 475).

24. No sentido de que o princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal: STF, 2ª Turma, HC 98.152/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/2009, DJe 104 04/06/2009.

nova retira o caráter criminoso de fato anteriormente definido como infração penal (v.g., Lei nº 11.106/2005, que revogou o crime de adultério). A Lei de *abolitio criminis* é retroativa e extingue o *ius puniendi* do Estado (CP, art. 107, III, c/c art. 2º), eliminando todos os efeitos penais decorrentes da prática do fato delituoso (leia-se, só subsistem os efeitos civis). Como se percebe, tanto na anistia quanto na *abolitio criminis* temos hipóteses de *novatio legis* que deixa de considerar o fato precedente como crime, com efeitos *ex tunc*, subsistindo tão somente os efeitos civis do delito. Logo, a anistia e a *abolitio criminis* alteram a qualidade dos bens ocultados por meio da lavagem, que deixam de ser considerados provenientes de infração penal, afastando, assim, o juízo de tipicidade do crime de lavagem de capitais.

Assim, se a absolvição em relação à infração antecedente tiver como fundamento a prova de que o acusado não concorrera para a infração (CPP, art. 386, IV), que não havia prova de ter o acusado concorrido para o delito (CPP, art. 386, V), ou em virtude da presença de circunstância que isenta o réu de pena ou se houver fundada dúvida sobre sua existência (CPP, art. 386, VI, *in fine*), subsiste a possibilidade de responsabilização criminal pela prática do crime de lavagem de capitais, desde que comprovada a tipicidade e antijuridicidade da conduta anterior.

Por fim, no que tange à tentativa, é irrelevante para a configuração da lavagem que a infração antecedente tenha sido apenas tentada, desde que, nesse processo, tenham sido produzidos bens aptos a serem lavados. A título de exemplo, basta imaginar a lavagem de dinheiro obtido por criminoso que recebeu dinheiro para a execução de um crime de homicídio, que, todavia, não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade. Nesse caso, apesar de o crime não ter se consumado, como dele resultou produto de valor econômico, o tipo penal da lavagem de capitais estará aperfeiçoado se houver a prática de algum ato de ocultação ou dissimulação. Evidentemente, para que se possa cogitar da prática do crime de lavagem de capitais, é indispensável que ocorra pelo menos o início da execução da infração antecedente, porquanto a mera cogitação e a preparação não são puníveis no nosso ordenamento jurídico, salvo em hipóteses excepcionais em que algum ato preparatório é alçado a categoria de crime (v.g., associação criminosa, petrechos para falsificação de moeda).

Ainda em relação à possibilidade de tentativa da infração pretérita como antecedente da lavagem de capitais, ressalva especial deve ser feita em relação às contravenções penais, cuja tentativa não é punível por força do art. 4º do Decreto-Lei nº 3.688/41.

Especificamente em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária como infrações penais antecedentes, na medida em que os Tribunais Superiores vêm entendendo que é inviável a persecução penal em relação a tais delitos enquanto não houver a constituição definitiva do crédito tributário no âmbito administrativo, há de se aplicar idêntico raciocínio quanto ao crime de branqueamento de capitais. Afinal, consoante dispõe a súmula vinculante nº 24 do STF, "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". Logo, enquanto não houver a constituição definitiva do crédito tributário, também se revela incabível a deflagração da persecução penal em relação a suposto crime de lavagem de capitais, salvo se houver indícios de que os bens objeto de branqueamento são provenientes de outra infração penal.

9. SUJEITOS DO CRIME.

Trata-se, o crime de lavagem de capitais, de infração penal de natureza comum, de modo que não se exige do sujeito ativo especial capacidade de fato ou de direito. Logo, toda e qualquer pessoa pode praticá-lo.

Embora fosse possível, em tese, a responsabilização penal da pessoa jurídica, por se tratar de crime contra a ordem econômico-financeira, nos termos do art. 173, § 5º, da Constituição Federal, a Lei de Lavagem de Capitais somente prevê a responsabilidade penal da pessoa física. Conquanto a responsabilidade penal da pessoa coletiva seja recomendada pelo GAFI no item 2-b das Quarenta Recomendações,[25] o Brasil não é considerado inadimplente perante o Direito Internacional em virtude da existência de sanções administrativas, tais como a advertência, multa pecuniária variável, inabilitação temporária para o exercício do cargo de administrador de pessoas jurídicas sujeitas à lei e cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação

25. "A responsabilidade criminal e, quando ela não seja possível, a responsabilidade civil ou administrativa, deveriam aplicar-se às pessoas coletivas. Tal não deve excluir os procedimentos paralelos de natureza criminal, civil ou administrativa aplicáveis a pessoas coletivas, em países onde tais formas de responsabilidade se encontrem previstas. As pessoas coletivas deveriam estar sujeitas a sanções eficazes, proporcionadas e dissuasivas. Estas medidas não deveriam prejudicar a responsabilidade criminal das pessoas singulares".

ou funcionamento (art. 12, I, II, III e IV, da Lei 9.613/98). À evidência, se restar comprovado que um diretor ou representante estatutário dessa pessoa jurídica concorreu dolosamente para a prática do crime, à pessoa física poderá ser imputada a lavagem de capitais.

Para aqueles que admitem que o bem jurídico tutelado é a ordem econômico-financeira, o sujeito passivo do delito é a coletividade. Se adotado o entendimento de que se trata de crime contra a Administração da Justiça, o sujeito passivo é o Estado.

9.1. Autolavagem (*selflaundering*).

Há países em que o autor da infração antecedente não pode responder pelo crime de lavagem (*selflaundering*), atendendo-se à reserva contida no art. 6º, item 2, "e", da Convenção de Palermo ("Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no parágrafo 1 do presente artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal"). Interpretando-se o referido dispositivo, fica claro que deve estar expresso na legislação interna o fato de não ser punível o mesmo agente por ambos os crimes.

Em ordenamentos do Direito Continental Europeu, como na Itália e na França, onde predomina a estruturação típica da lavagem de capitais como a da receptação ou do favorecimento real, respectivamente, não se admite que o autor da infração antecedente seja também o autor da conduta de reciclagem. Nestas legislações, a lavagem de capitais é considerada *post factum* impunível. Por outro lado, nos ordenamentos da Common Law, permite-se a inclusão de quaisquer pessoas dentre os agentes da lavagem, inclusive os autores das infrações precedentes. No Brasil, inexiste tal vedação, sendo este um claro indicativo da possibilidade de responsabilização criminal do autor do delito-base pelo crime de lavagem de capitais.

Parte da doutrina nacional assevera não ser possível a punição do autor da infração antecedente em concurso material com o delito de lavagem de capitais. De maneira análoga ao que acontece no delito de receptação, do qual não podem ser sujeito ativo o autor, coautor ou partícipe do crime antecedente, para o autor da infração precedente o aproveitamento do produto auferido configuraria mero exaurimento impunível, integrando-se ao próprio objetivo desejado (*meta optata*) da atividade delituosa. A título de exemplo, costuma-se citar a hipótese em que o agente compra bem imóvel depois de obter vantagem indevida, mediante a prática de corrupção passiva (art. 317 do CP). O agente registra a propriedade no próprio nome, passando a residir no local. Em tal situação, não seria possível a punição por lavagem, eis que a ocultação dos valores obtidos com o crime antecedente, pelo menos para o seu autor, estaria inserida no curso normal do desenvolvimento da intenção do agente, configurando o denominado fato posterior não punível (*post factum*).

Nesse sentido, para Delmanto, a punição do autor do crime antecedente pelo delito de lavagem configuraria um autêntico *bis in idem*, pois a lavagem funcionaria como mero exaurimento do delito precedente. Segundo o citado autor, "àquele que é condenado pelo delito antecedente não se pode impor o dever jurídico de espontaneamente entregar ao Estado, para ser confiscado, o produto ou o provento do crime pelo qual foi apenado. É contra a natureza das coisas, o bom senso e até mesmo a lógica punir o delinquente por ter, ele mesmo, sem ofender outros bens juridicamente tutelados (...) ocultado ou dissimulado a origem do dinheiro proveniente do crime que praticou e pelo qual já está sendo punido. A conduta posterior é, portanto, atípica; a sua punição, ademais, importaria em inadmissível bis in idem".[26]

Outro argumento no sentido de se afastar a responsabilidade penal do autor da infração antecedente pelo delito de lavagem de capitais seria o princípio que veda a autoincriminação previsto no art. 5º, LXIII, da CF/88 (*nemo tenetur se detegere*), segundo o qual o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, e a consequente exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Em outras palavras, não se pode exigir de uma pessoa que delinquiu que se entregue à polícia ou à justiça. O sujeito, diante da possibilidade de evitar os efeitos prejudiciais que podem derivar da ação estatal, encobre seu delito mediante a ocultação dos bens que dele obteve. Dessa forma, não se pode exigir uma conduta diversa de quem cometeu um delito e pretende sua ocultação mediante o encobrimento dos bens que daí derivam, uma vez que se encontra numa situação em que resulta compreensível a atuação desta maneira. Do contrário, estar-se-ia exigindo uma declaração contra si mesmo e não se pode exigir do criminoso que produza prova contra si mesmo, isto é, não se pode castigar um criminoso

26. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2006. p. 552-553.

porque encobriu os bens derivados do delito que cometeu, pois isto equivaleria a exigir-lhe a prática de um comportamento ativo que o incriminasse, fazendo tábua rasa da garantia contra a autoincriminação.

A nosso juízo, ao contrário do que se dá com a receptação e o favorecimento real, nada impede que o sujeito ativo da infração antecedente também responda pelo crime de lavagem de capitais (*selflaundering*). A uma porque, ao contrário de outros países, a legislação brasileira não veda expressamente a autolavagem, inexistindo a chamada "reserva de autolavagem" prevista em outros países. A propósito, comparando-se a própria redação do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, com aquela do crime de favorecimento real (CP, art. 349), é fácil notar que consta deste tipo penal expressa exoneração do autor do ilícito antecedente, o que não acontece no crime de lavagem de capitais.

Em segundo lugar, não se afigura possível a aplicação do princípio da consunção, incidente nas hipóteses de pós fato impunível. Ora, a ocultação do produto da infração antecedente pelo seu autor configura lesão autônoma, contra sujeito passivo distinto, através de conduta não compreendida como consequência natural e necessária da primeira. De mais a mais, o bem jurídico tutelado pela Lei nº 9.613/98 é, em regra, distinto daquele afetado pela infração penal antecedente, e esta distinção acaba por autorizar a punição de ambas as condutas delituosas em concurso material, sem que se possa falar em *bis in idem*.

Destarte, diante da lesão a bens jurídicos diversos, é inviável a aplicação do princípio da consunção, porque não se cumpre a exigência de que os delitos anteriores já abarquem o desvalor da conduta posterior ou que o autor não lesione nenhum bem jurídico novo, é dizer, que o bem jurídico lesionado pelo fato prévio e posterior coincidam.

Além disso, levando-se em consideração que um terceiro que não concorreu para a infração antecedente pode, de alguma forma, concorrer para a lavagem de dinheiro, que permanece sob a direção e controle do autor da infração-base, que, por possuir o domínio do fato, seria considerado autor, fosse vedada a punição da autolavagem, ter-se-ia, então, uma situação em que existiriam partícipes de um crime sem autor.

Atente-se, todavia, para a figura típica do art. 1º, § 1º, II, da Lei nº 9.613/98, que funciona como exceção à regra geral de que a lavagem de capitais pode ser praticada pelo autor da infração penal antecedente ("selflaundering"). Nas modalidades *adquirir, receber e receber em garantia*, a doutrina entende que, por uma questão de lógica, o sujeito ativo do delito será necessariamente pessoa diversa daquela que praticou a infração antecedente, porquanto não se pode adquirir o que já é seu, nem se receber algo a não ser que essa coisa pertença a terceiro.[27]

Acerca da controvérsia, Maia assevera que, diante da inexistência de qualquer restrição expressa no tipo penal, não há motivo para se restringir a autoria excluindo-se os autores dos crimes pressupostos. A uma por se tratar da realização de ações tipicamente relevantes e socialmente danosas, que não se confundem com as condutas constantes daqueles. Em segundo lugar, pela diversidade das objetividades jurídicas e sujeitos passivos dos tipos envolvidos. Por fim, a própria etiologia da incriminação da lavagem de dinheiro, originada de sua intensa lesividade, quer à administração da justiça, quer à ordem econômica, remete à ampliação dos limites de responsabilidade penal por sua prática.[28]

O Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido de que o crime de lavagem de capitais não funciona como mero exaurimento da infração antecedente, já que a Lei nº 9.613/98 não exclui a possibilidade de que o ilícito penal antecedente e a lavagem de capitais subsequente tenham a mesma autoria, sendo aquele independente em relação a esta.[29]

Nessas hipóteses, em que o autor da lavagem é o mesmo autor da infração antecedente, por ambos os delitos deverá responder em concurso material, com a aplicação cumulativa das penas (CP, art. 69), salvo se praticá-los em uma mesma ação, quando, então, ter-se-á concurso formal impróprio (CP, art. 70, última parte).

Quanto ao argumento de que a responsabilização criminal do autor da infração antecedente pelo crime de lavagem de capitais seria incompatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, é

27. Nesse sentido: DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 475.

28. Op. cit. p. 92.

29. STF, Plenário, Inq. 2.471/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 29/09/2011. No sentido de que a lavagem de dinheiro é crime autônomo, não se constituindo em mero exaurimento da infração antecedente, razão pela qual não haverá *bis in idem* ou litispendência entre os processos instaurados contra o mesmo acusado pelo branqueamento de capitais e pela infração penal antecedente: STF, 2ª Turma, HC 92.279/RN, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24/06/2008, DJe 177 18/09/2008 ; STF, 2ª Turma, AP 996/DF, Rel. Min. Edson FAchin, j. 29/05/2018. Na mesma linha, segundo o STJ, é possível que o autor da infração antecedente responda por lavagem de dinheiro, dada à diversidade dos bens jurídicos atingidos e à autonomia deste delito: STJ, 5ª Turma, REsp 1.234.097/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 03/11/2011, DJe 17/11/2011.

importante ressaltar que, em virtude do princípio da convivência das liberdades, não se permite que qualquer das liberdades seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias, do que se infere que o direito à não autoincriminação não pode ser entendido em sentido absoluto. Logo, da mesma forma que o autor de um crime de homicídio também responde pelo delito de fraude processual, caso venha a inovar artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito em processo penal (CP, art. 347, parágrafo único), o autor da infração penal precedente também deverá responder pelo crime de lavagem de capitais se, após o exaurimento do delito-base, empreender nova conduta delituosa visando à ocultação dos bens, direitos e valores obtidos ilicitamente. Afinal, em ambos os exemplos, o que ocorre é a prática de nova infração penal, de maneira autônoma e dissociada de qualquer exigência de colaboração por parte de autoridade, com o objetivo de encobrir delito anteriormente praticado, afastando-se, assim, a incidência do *nemo tenetur se detegere*. Em tais situações, como não há risco concreto de autoincriminação, mas mero temor genérico de revelação de crime anteriormente praticado, não se pode admitir que o direito de não produzir prova contra si mesmo possa atenuar a responsabilidade criminal do agente quanto a este novo delito por ele praticado para ocultar o primeiro.[30]

9.2. Desnecessidade de participação na infração antecedente.

A participação na infração antecedente não é condição para que se possa ser sujeito ativo do crime de lavagem de capitais. Desde que tenha conhecimento quanto à origem ilícita dos valores, é perfeitamente possível que o agente responda pelo crime de lavagem de capitais, mesmo sem ter concorrido para a prática da infração antecedente.[31]

Aliás, o que hoje vem ocorrendo é exatamente uma crescente profissionalização na lavagem do produto de atividade criminosa. Há, de fato, uma tendência, decorrente da natural divisão de trabalho em uma sociedade complexa, de se terceirizar a atividade de lavagem, raramente coincidindo o agente do crime de lavagem com o autor do delito antecedente. Como observa Giovanni Falcone, "o tráfico de droga obriga à reciclagem: é impossível que os lucros resultantes da venda de entorpecente cheguem aos seus beneficiários pelos canais oficiais. Daí a escolha da clandestinidade. Por três motivos: o caráter ilegal do negócio; as eventuais restrições à exportação de capitais; a prudência de expedidores e destinatários. As manobras financeiras para repatriar esse dinheiro sujo, não podendo ser integralmente efetuadas pelas próprias organizações – elas não possuem conhecimentos técnicos –, são os peritos da finança internacional que se encarregam disso. Chamam-nos 'colarinhos brancos', esses homens que se colocam a serviço do crime organizado, transferindo capitais de origem ilícita para países mais hospitaleiros, igualmente batizados de paraísos fiscais".[32]

9.3. Participação por omissão.

Muito se discute acerca da possibilidade de participação por omissão nos crimes de lavagem de capitais, notadamente quando se trata de um profissional no exercício de suas atribuições próprias que se defronta com valores que desconfia serem provenientes de infração penal e, mesmo assim, realiza uma conduta típica do ponto de vista objetivo por solicitação do autor do ilícito anterior. Apesar de haver certa controvérsia na doutrina acerca do assunto, prevalece o entendimento de que a Lei nº 9.613/98 não impõe às pessoas relacionadas em seu art. 9º o dever de abstenção de conduta que possa caracterizar branqueamento de capitais, limitando-se a exigir que elas procedam à identificação adequada de seus clientes, mantenham registros das transações que realizarem e comuniquem às autoridades competentes a ocorrência de operações suspeitas.

Nessa linha, Rodrigo Leite Prado observa que "haverá conivência impunível sempre que alguém, sabendo, presumindo ou ignorando intencionalmente que os ativos entregues ao seu cuidado são provenientes da prática de crime antecedente de lavagem de dinheiro, praticar ato tendente a facilitar ou promover seu branqueamento, desde que tal conduta, inserindo-se entre suas atividades profissionais ordinárias, não ostente desvalor jurídico-penal próprio".[33]

30. A propósito, no julgamento do RE nº 640.139 (STF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22/09/2011, DJe 198 13/10/2011), o Supremo concluiu que o princípio constitucional da ampla defesa e do *nemo tenetur se detegere* não alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 72.377/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30/06/1995 p. 271. E também: STF, 1ª Turma, RE 561.704, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 64 02/04/2009. O STJ tinha posicionamento em sentido contrário: STJ, 6ª Turma, HC 97.857/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Dje 10/11/2008. Porém, a partir da decisão do STF no julgamento do RE 640.139, passou a adotar o mesmo entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 151.866/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/12/2011, DJe 13/12/2011.

31. Nessa linha: STJ, RMS 16.813/SP, 5.ª Turma, j. 23.06.2004, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 02.08.2004, p. 433.

32. Falcone, Giovanni. *Cosa nostra: O juiz e os homens de honra*.Trad. Maria Alexandre. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 1993. *p.* 114-115.

33. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Org. Carla Veríssimo De Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011, p. 248. Ainda segundo

9.4. Advogados.

Lavar dinheiro não é tarefa fácil. Ao contrário de outros crimes tradicionais constantes do Código Penal (v.g., furto, homicídio, etc.), que podem ser facilmente executados por qualquer pessoa, desenvolver um conjunto de operações hábeis a dissimular a origem de dinheiro sujo de modo a não levantar suspeitas das autoridades responsáveis pela persecução penal não é tarefa fácil, capaz de ser executada por qualquer pessoa. Por isso, na grande maioria dos casos, tem se tornado cada vez mais comum a utilização dos serviços de profissionais oriundos das mais diversas áreas, que empregam seus conhecimentos para otimizar o processo de lavagem de capitais. Como as chances de impunidade da lavagem estão diretamente relacionadas ao grau de complexidade das operações contábeis e da engenharia financeira desenvolvida para a ocultação dos valores ilícitos, é cada vez mais comum o recrutamento por organizações criminosas de contadores, corretores, leiloeiros, gerentes de instituições financeiras, notários e advogados, entre outros profissionais, para auxiliar na execução da lavagem de capitais.

Como esses profissionais podem se defrontar com operações suspeitas de lavagem de capitais, surgiu a necessidade de inseri-los no contexto do combate a esse delito, mediante a imposição a esses *experts* de deveres de identificação e de comunicação de atividades supostamente criminosas às Unidades de Inteligência Financeira (UIF) – no caso do Brasil, o COAF. Tais profissionais passaram a ser qualificados, portanto, como **gatekeepers**, ou seja, aqueles que devem colaborar para a proteção de bens jurídicos pela denegação de auxílio ou colaboração com potenciais criminosos.

Aliás, objetivando tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de capitais, a Lei nº 12.683/12 ampliou o rol de pessoas físicas ou jurídicas que são obrigadas a comunicar ao COAF a existência de operações suspeitas.

A título de exemplo, ante a nova redação do art. 9º, parágrafo único, inciso XIV, da Lei nº 9.613/98, sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

Conquanto não haja referência expressa aos profissionais da advocacia, é evidente que, ao se referir às pessoas físicas ou jurídicas que prestem, ainda que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, o art. 9º, parágrafo único, inciso XIV, da Lei nº 9.613/98, pode ser interpretado no sentido de também abranger os advogados, sobretudo tributaristas e societários, que geralmente prestam assessoria e consultoria nas operações econômico-financeiras destacadas pelo referido dispositivo legal.

Diante desse novo regramento, surgem diversos questionamentos: ao advogado se impõe o dever de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais às autoridades competentes? Até que ponto esse suposto dever de comunicação é compatível com o sigilo constitucional inerente ao exercício da advocacia? A omissão do advogado em comunicar operações suspeitas pode gerar eventual responsabilidade criminal pela prática do crime de lavagem de capitais? A conduta do advogado que recebe honorários advocatícios fruto de uma infração penal antecedente, tendo certeza (ou apenas suspeitando) de sua origem ilícita, tipifica o crime de lavagem de capitais?

Em relação ao primeiro questionamento, parte da doutrina entende que a imposição de deveres de identificação e comunicação de operação suspeita não é inconstitucional. Na verdade, há de se fazer a distinção entre duas espécies de advocacia:[34]

a) **advogados de representação contenciosa:** advogados que atuam na defesa de seu cliente em um processo judicial jamais podem ser obrigados a comunicar à Unidade de Inteligência Financeira (COAF) ou ao órgão regulador da atividade (OAB) quaisquer fatos dos quais tenham tomado ciência no estrito exercício de sua atividade profissional, ainda que eles se amoldem às figuras típicas da

o autor, se o profissional praticar qualquer ato que extrapole suas funções habituais para facilitar o branqueamento, responderá normalmente pelo crime de lavagem de capitais, como coautor ou partícipe.

34. É nesse sentido a lição de Rodrigo de Grandis: *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Org. Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre/RS: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 128-129.

lavagem de capitais, sob pena de lesão ao art. 133 da Constituição Federal, que assegura a indispensabilidade do advogado à administração da justiça. Fosse o advogado obrigado a comunicar operações suspeitas, a relação de confiança que deve existir entre o cliente e seu defensor seria colocada em segundo plano, já que o acusado teria receio de revelar a seu advogado detalhes úteis ao exercício de sua ampla defesa. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado ao advogado que é consultado sobre uma situação jurídica concreta vinculada a um processo judicial (v.g., defensor procurado por investigado para aconselhamento em relação à aceitação de proposta de acordo de colaboração premiada);[35]

b) **advogados de operações:** a atividade de consultoria jurídica não processual (empresarial, tributária) encontra-se abrangida pelos deveres inerentes ao "Know your customer", sem que se possa arguir qualquer inconstitucionalidade. Por conseguinte, se a consultoria for prestada pelo advogado no sentido de se indicar a melhor e mais eficaz forma de se ocultar valores obtidos a partir de uma infração penal, é perfeitamente possível que o advogado venha a responder criminalmente pelo delito de lavagem de capitais.[36]

Nesse caso, se o profissional da advocacia tem ciência inequívoca (ou fundada suspeita) de que o capital a ele entregue para a prática de determinada operação financeira tem origem criminosa ou contravencional, deve se abster de atuar, vez que é perfeitamente previsível o resultado de ocultação de tais valores. A título de exemplo, se a finalidade precípua do advogado disser respeito à promoção da chamada "blindagem patrimonial" por meio da criação de empresas fictícias no exterior, abertas em nome de "laranjas",[37] para mascaramento de valores obtidos ilicitamente, o profissional da advocacia pode ser processado criminalmente pela lavagem de capitais como partícipe. Afinal, não se pode negar que, sob a ótica da teoria da imputação objetiva,[38] sua conduta dolosa criou um risco não permitido de mascaramento, colaborou causalmente com o resultado concreto, dentro do âmbito de abrangência da norma.

A propósito, em recente operação conduzida pela Polícia Federal denominada de *Monte Éden*, apurou-se a existência de um esquema de fraudes comandadas por escritórios de advocacia especializados em criar empresas off-shore, com sede no Uruguai, em nome de laranjas, para ocultar e dissimular valores e bens de "clientes" beneficiários. Após a criação de off-shores[39] no Uruguai, a associação criminosa, utilizando-se das empresas estrangeiras, constituía sociedades limitadas no Brasil. Estas, por sua vez, adquiriam o patrimônio dos clientes, transferindo a propriedade dos bens. Com este artifício de registrar as empresas estrangeiras e as sociedades nacionais em nome de laranjas, era possível justificar a origem de valores em dinheiro, fazer remessas e deixar de recolher impostos sob a aparência de legalidade, numa operação conhecida como "blindagem patrimonial".[40]

Portanto, parece-nos que o advogado que exerce sua atividade profissional na defesa judicial de seu cliente, que cobra honorários em contraprestação a serviços realmente efetuados, com a regular emissão de nota fiscal, inserindo tais valores em sua declaração de imposto de renda, e desde que sua atuação não tenha uma finalidade ocultadora

35. No âmbito da Comunidade Europeia, a Diretiva 2001/97 isentou os notários, profissionais forenses independentes – aí incluídos os advogados –, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais das obrigações de identificação de clientes, manutenção de registros e notificação de transações financeiras suspeitas em relação às informações recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes ao ensejo de determinar a situação jurídica por conta do cliente ou no exercício de sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusive quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, quer essas informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo. Por conseguinte, a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional, exceto se o consultor jurídico participar em atividades de branqueamento de capitais, se a consulta jurídica for prestada para efeitos de branqueamento de capitais ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais.

36. Em sentido diverso, Badaró e Bottini (op. cit. p. 138) sustentam que, por mais que a advocacia operacional não tenha relação direta com o direito de defesa, e que os serviços desenvolvidos sejam de aconselhamento e colaboração em atividades financeiras e comerciais, há um conflito aparente de normas que afasta a submissão do profissional da advocacia às regras previstas no art. 9º, parágrafo único, XIV, da Lei nº 9.613/98. Isso porque o Estatuto da OAB prevê o dever de sigilo e a confidencialidade na relação cliente/advogado (Lei nº 8.906/94, art. 34, VII), além de autorizar o profissional da advocacia a não depor como testemunha sobre fato que constitua sigilo profissional (art. 7º, XIX). Logo, com base no princípio da especialidade, a obrigação genérica de comunicação de operações suspeitas é afastada diante da especialidade do sigilo dirigida ao advogado.

37. Como observa Barros (op. cit. p. 59), há 3 tipos de laranjas: a) pessoas ingênuas, simples, que, não tendo capacidade econômica, são utilizadas nas transações ilegais e até podem ignorar a operação de lavagem; b) pessoa que cede ou empresta seus documentos, mediante o pagamento de determinada quantia, permitindo a sua utilização para finalidade que desconhece; c) pessoa que, além de 'emprestar seu nome', alicia outros laranjas para o trabalho.

38. De acordo com a teoria da imputação objetiva, a conduta penalmente relevante é aquela que cria um risco não permitido de afetação do bem jurídico objeto da norma penal, que se reflete no resultado, dentro do âmbito de abrangência da norma penal.

39. *Off-shores* são empresas ou filiais de empresas estabelecidas em outros países, cuja grande concentração dá origem aos chamados "paraísos fiscais". Em tese, prestam-se a administrar investimentos financeiros. A tradução literal de *off-shore* é "litoral" ou "fora da costa". Esses paraísos fiscais são extremamente atrativos aos lavadores de dinheiro não só pela vantagem fiscal oferecida, mas sobretudo por contarem com regras atraentes de sigilo bancário, pouca supervisão de bancos, pouca fiscalização de empresas e permissão para constituição de certos tipos de estruturas jurídicas empresariais que tornam muito difícil a identificação dos reais proprietários e beneficiários.

40. STJ, 5ª Turma, HC 50.933/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.08.2006, DJ 02.10.2006, p. 294.

ou dissimuladora, não realiza o tipo penal em debate. Isso porque o pagamento de um advogado com dinheiro procedente de um delito prévio é um ato mediante o qual uma parte da capacidade econômica obtida com o dito delito se transforma em uma prestação de serviços profissionais que, em princípio, não gera um efeito de ocultação da origem nem tampouco de consolidação daqueles bens.

De todo modo, o fato de o advogado não responder criminalmente pelo crime de lavagem de capitais não significa dizer que os valores ilícitos a ele pagos a título de honorários advocatícios estão imunes a eventuais medidas assecuratórias e a ulterior perda em favor da União ou dos Estados.

Em se tratando de valores de origem espúria, do que tenha consciência (ou fundada suspeita) o advogado, não se pode olvidar que um dos efeitos da condenação é a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual – de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem de capitais, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, *ressalvado o direito* do lesado ou *de terceiro de boa-fé* (Lei nº 9.613/98, art. 7º, inciso I, com redação dada pela Lei nº 12.683/12) e que o juiz poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos na Lei de Lavagem ou das infrações penais antecedentes (Lei nº 9.613/98, art. 4º, *caput*).

Assim, mesmo que o advogado embargue eventual sequestro decretado em relação aos valores que lhe foram pagos a título de honorários advocatícios, a ele não serão restituídos tais valores, haja vista os requisitos estipulados pelo art. 130, inciso II, do CPP: a) que o bem tenha sido transmitido ao terceiro a título oneroso; b) *que a qualidade e idoneidade da aquisição esteja caracterizada pela presença de boa-fé.* Ora, como o advogado tinha consciência da origem ilícita de tais valores, ou pelo menos suspeitava de sua origem espúria, jamais poderá alegar que recebeu tais valores de boa-fé, razão pela qual não logrará êxito na liberação do montante sequestrado. Nesse caso, por mais que a conduta do advogado não tenha gravidade suficiente para dar lugar a responsabilização criminal pela prática do delito de lavagem de capitais, continuará sendo ilícita à luz do ordenamento jurídico. Daí a possibilidade de sobre tais bens recair uma medida cautelar de natureza patrimonial – sequestro –, seguida da perda em favor da União ou dos Estados (Lei nº 9.613/98, art. 7º, I).

Obviamente, a conclusão anterior somente tem validade quando a prestação realizada pelo advogado se circunscrever à defesa penal do autor do crime de lavagem de capitais. A solução será diferente naqueles casos em que a atividade laboral do advogado consistir em assessorar o cliente sobre como obter uma maior rentabilidade dos bens obtidos ou como ocultá-los de maneira eficaz à ação das autoridades. Nesse caso, a conduta do advogado cria efetivo risco ao interesse do Estado em reduzir as possibilidades de o agente usufruir os bens obtidos com a infração penal antecedente e tal risco encontra-se desaprovado pelas normas que regulamentam a sua profissão (Lei nº 8.906/94, art. 2º, § 1º, c/c art. 34, XVII e XVIII). Logo, como o advogado contribui diretamente à manutenção da capacidade econômica do autor da lavagem, também deve ser responsabilizado pelo crime de lavagem de capitais.

Não fosse feita esta distinção, todo e qualquer advogado que defendesse um acusado por lavagem de capitais responderia pelo crime previsto no art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei 9.613/98. Ver-se-ia, o acusado por lavagem de capitais, compelido a ser defendido por um advogado dativo, o que, à evidência, seria causa de violação ao princípio da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV). Afinal, um dos consectários lógicos da ampla defesa é exatamente a possibilidade assegurada ao acusado de escolher seu defensor, na medida em que a relação que se estabelece entre os dois é de recíproca confiança.[41]

Em síntese, quanto à possibilidade de o advogado figurar como sujeito ativo do crime de lavagem de capitais, há de se atentar para o móvel do agente. Como se trata, a lavagem de capitais, de crime de natureza comum, é natural que advogados também possam ser punidos por este delito quando, por exemplo, guardarem dinheiro "sujo" para ocultar sua origem delituosa, ou concluam contratos simulados de defesa, que não tenham por objeto

41. Na visão do Supremo, a liberdade de escolha por parte do acusado do seu próprio advogado traduz, no plano da *persecutio criminis*, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Portanto, não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, incumbe ao juiz ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro advogado. Antes de realizada essa intimação – ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado – não é lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu: STF, 1ª Turma, HC 67.755/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/06/1990, DJ 11/09/1992. Em sentido semelhante: STJ, 5ª Turma, HC 162.785/AC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13/04/2010, DJe 03/05/2010. Na mesma linha, reconhecendo a nulidade absoluta do feito em virtude da ausência de intimação do acusado para constituir novo defensor diante de renúncia apresentada pelo advogado constituído: STJ, 5ª Turma, HC 132.108/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/12/2010, DJe 07/02/2011.

uma contraprestação pelos serviços profissionais, mas sim o objetivo de encobrir a origem dos valores. À evidência, para que o crime de lavagem possa ser imputado ao advogado, também se faz necessária a comprovação do elemento subjetivo (dolo). Com efeito, eventual desídia e imprudência por parte de um profissional da advocacia pode até caracterizar eventual infração administrativa, submetendo o agente às sanções nesta seara, mas não são suficientes para a imputação subjetiva no campo penal.

Por fim, convém destacar que foi publicada recentemente pelo COAF a Resolução nº 24, de 16 de janeiro de 2013, cujo objetivo é estabelecer normas gerais de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Sujeitam-se ao cumprimento da norma as pessoas físicas ou jurídicas *não submetidas à regulação de órgão próprio regulador* que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza. De acordo com a Resolução, os advogados são excluídos da obrigação de comunicarem ao Coaf informações confidenciais de seus clientes. Isso porque os causídicos e os escritórios de advocacia se submetem à regulação da OAB e a regra dispõe especificamente sobre os procedimentos por pessoas não submetidas à regulação de órgão próprio.

Aliás, este entendimento já havia sido chancelado pelo Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB, órgão regulador máximo da profissão, em resposta à consulta formulada pelo Conselho Seccional da OAB/SP, que assim se pronunciou nos autos da Consulta nº 49.0000.2012.006678-6/OEP: "Lei nº 12.683/12, que altera a Lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial, Estatuto da Ordem (Lei nº 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional. Obrigação das seccionais e comissões de prerrogativas nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los".

10. TIPO OBJETIVO.

Ocultar expressa o ato de esconder a coisa, tirar de circulação, subtrair da vista. Traduz o conceito de uma atividade com que se procura impedir ou dificultar o encontro da coisa. Consuma-se com o simples encobrimento da coisa através de qualquer meio, desde que o agente o faça com a intenção de, no futuro, converter o bem em um ativo lícito.

Dissimular significa encobrir, disfarçar, escamotear, tornar invisível ou pouco perceptível, ou seja, qualquer operação efetuada pelo agente para dificultar ainda mais o rastreamento dos valores. Pela dissimulação, que funciona como uma segunda etapa do processo de lavagem, o agente visa garantir a ocultação, proporcionando uma tranquila fruição dos valores ocultados e, acima de tudo, a impunidade. Dissimulação deve ser interpretada, portanto, como ocultação com fraude ou garantia de ocultação. Ao contrário da ocultação, que pode ocorrer omissiva ou comissivamente, a dissimulação só pode ser praticada comissivamente.

Os vários núcleos verbais constantes do art. 1º fazem da lavagem crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Assim, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz por ocasião da fixação da pena (art. 59, caput, do CP). Pouco importa que o autor tenha ocultado valores (*caput*), depois os tenha convertido em ativos lícitos (§ 1º, I) e, ao final, os tenha reintroduzido e utilizado no sistema econômico-financeiro (§ 2º, I): terá praticado um crime único, por força da incidência do princípio da alternatividade. Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

Quanto aos elementos normativos constantes do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, Marco Antônio de Barros observa que a "natureza representa a própria especificidade ou as características estruturais dos bens, direitos ou valores, enquanto a origem liga-se a procedência ou a forma de obtenção desses bens, direitos ou valores. Por localização entende-se onde possam esses bens, direitos ou valores ser encontrados, e disposição o local em que estariam metodicamente colocados, utilizados ou a situação em que se encontram. No tocante à movimentação, servem os atos de deslocamento, aplicação, circulação ou mudança de posição de tais bens, direitos ou valores. Como última observação anota-se que a propriedade corresponde à

titularidade e domínio de bens, direitos ou valores que integrem o patrimônio proveniente de crime antecedente".[42]

Como o tipo penal da lavagem de capitais possui como elementar a infração penal antecedente, temos aí uma norma penal em branco homogênea homovitelina, já que o tipo penal da lavagem é complementado por outra norma da mesma hierarquia e do mesmo ramo do direito, ou seja, a lei penal, no caso, a Lei nº 9.613/98 é complementada por outra lei penal, isto é, pela Parte Especial do Código Penal, pela legislação extravagante ou pela Lei de Contravenções Penais.[43]

Há fundada controvérsia na doutrina acerca da natureza do crime do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, se material ou formal. Grande parte da doutrina sustenta que se trata de crime de natureza formal. Apesar de os núcleos aí utilizados – ocultar e dissimular – implicarem a produção de resultados naturalísticos (ocultação e dissimulação), não há dissociação cronológica das ações em si mesmas, por força inclusive da presença de outros elementos normativos que remetem obrigatoriamente a diferenciados complementos teleológicos e executivos (natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade). Daí por que se trata de crime formal.[44]

Sem embargo desse entendimento, parece-nos que o crime do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, tem natureza material, ou seja, o resultado naturalístico "ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente dos crimes antecedentes" faz parte do preceito primário do *caput* do art. 1º, ficando sua consumação dependente da produção desse resultado.

Exemplificando, imagine-se a hipótese em que o agente, logo após ter recebido o preço de um resgate resultado de um delito de extorsão mediante sequestro, venha a ser preso em flagrante no momento em que tentava depositar os valores na conta de um "laranja". Neste caso, ausente a produção do resultado naturalístico (ocultação dos bens, direitos ou valores), deverá o agente responder pelo delito de lavagem de capitais em sua modalidade tentada. No entanto, se lograr êxito no depósito, *in casu* correspondente à primeira fase da lavagem de capitais (colocação ou *placement*), ainda que não ocorram as fases subsequentes da lavagem (dissimulação e integração), o delito já estará consumado, eis que ocorrera o resultado previsto no tipo penal (ocultação).

Ao proferir seu voto no julgamento do RHC 80.816, o Min. Sepúlveda Pertence manifestou-se no mesmo sentido: "(...) A lavagem de valores que acaso lograsse ocultar-lhe de modo tão requintado a natureza e a origem, que tornasse insusceptível de ser desmascarada em qualquer das fases do processo, seria o 'crime perfeito'. E a incriminação legal de um delito que, para consumar-se, teria de materializar um 'crime perfeito' – isto é, insusceptível de ser descoberto – constituiria rematado contra-senso. Claro, a ocultação, do art. 1º, *caput*, *não é um crime formal, ou de mera conduta*".[45]

10.1. Distinção entre o exaurimento da infração antecedente e o crime de lavagem de capitais.

Com as mudanças produzidas pela Lei nº 12.683/12, admitindo que, doravante, qualquer infração penal possa figurar como antecedente da lavagem de capitais, é extremamente importante ressaltar que a tipificação da figura delituosa prevista no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/98, na modalidade de ocultação ou dissimulação, demanda a prática de um ato de mascaramento do produto direto ou indireto da infração antecedente. Isso significa dizer que o uso aberto do produto da infração antecedente não caracteriza a lavagem de capitais. Logo, se determinado criminoso utiliza o dinheiro obtido com a prática de crimes patrimoniais para comprar imóveis em seu próprio nome, ou se gasta o dinheiro obtido com o tráfico de drogas em viagens ou restaurantes, não há falar em lavagem de capitais. Em síntese, o simples usufruto do produto ou proveito da infração antecedente não tipifica o crime de lavagem de capitais. Nesse sentido, como observam Badaró e Bottini, "aquele que se propõe a praticar uma infração penal com resultado patrimonial o faz, em regra, com a intenção de gastar em proveito próprio os bens adquiridos. Trata-se de mero aproveitamento do produto do crime, ato irrelevante para a administração da Justiça".[46]

42. *Lavagem de capitais*, op. cit., p. 110.

43. Para mais detalhes acerca das espécies de normas penais em branco, remetemos o leitor ao capítulo referente ao Tráfico de Drogas.

44. Com esse entendimento: MAIA, op. cit. p. 81.

45. STF: voto do Min. Sepúlveda Pertence no RHC 80.816, *DJU* 18.06.2001.

46. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 65. No sentido de que o ato de mero recebimento de valores em dinheiro em espécie produto de corrupção passiva não tipifica o delito de lavagem, seja quando recebido por interposta pessoa ou pelo próprio agente público que acolhe a remuneração indevida: STF, 2ª Turma, AP 996/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/05/2018.

Na mesma linha, Fausto De Sanctis destaca que, no crime de lavagem de capitais, "a punição somente se justifica quando a conduta não seja desdobramento natural do delito antecedente, uma vez que a punição apenas se legitima ao se verificar modo peculiar e eficiente de dificultar a punição do Estado. Exige-se uma conduta (ação ou omissão) voltada especificamente à lavagem. Haverá, assim, tão-só a prática do crime precedente quando a conduta de lavagem for considerada uma utilização ou um aproveitamento normal das vantagens ilicitamente obtidas. Do contrário, haveria verdadeiro *bis in idem* e punição inadequada do autor do fato antecedente por delito de lavagem de dinheiro. Com isso, ficariam afastadas desta infração penal as condutas de guardar dinheiro em colchão, subornar testemunhas para se conseguir álibi etc".[47]

Portanto, se o agente se limita a comprar um imóvel com o produto da infração antecedente, registrando-o em seu nome, não há falar sequer na prática do tipo objetivo da lavagem de capitais, porquanto aquele que pretende ocultar ou dissimular a origem de valores espúrios jamais registraria a propriedade do imóvel no seu próprio nome. No entanto, se o agente registra o imóvel em nome de um "laranja", a fim de dificultar o rastreamento dos valores ilícitos, aí sim dar-se-á o juízo de tipicidade do crime de lavagem de capitais. Daí a grande importância de se aferir o que seria mero exaurimento da infração antecedente e a prática de nova conduta delituosa, visando à ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de qualquer infração penal.[48]

Nesse sentido, como já se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo o legislador classificado como condutas típicas da lavagem de capitais o ocultar ou o transformar (dando ao dinheiro ilícito a aparência de lícito pela dissimulação de sua natureza, origem ou movimentação), a conversão de ativos ilícitos em lícitos não se dá com a mera aquisição de bens com o produto do crime anterior, mas por sua transformação falseada em dinheiro lícito. A conduta de pagar contas diretamente, usando dinheiro ilícito, mas de forma aberta e não camuflando ou transmudando a natureza do numerário, não se subsume a qualquer das figuras típicas do crime de lavagem de dinheiro, sendo, no máximo, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planejado pelo criminoso.[49]

Na mesma linha, em caso concreto versando sobre a apreensão de vultosa quantia em espécie, na posse de um assessor de Deputado Federal – as notas estavam camufladas pelo corpo, sob as vestes, nos bolsos do paletó, junto à cintura e dentro das meias –, quando tentava embarcar em avião, utilizando passagens custeadas pelo parlamentar, que levou ao oferecimento de denúncia contra ambos pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de capitais, a 1ª Turma do STF[50] recebeu a denúncia tão somente quanto àquela imputação, rejeitando-a quanto a este, sob o argumento de que o ato de receber valores ilícitos integra o tipo previsto no art. 317 do CP, de modo que a conduta de esconder as notas pelo corpo não se reveste da indispensável autonomia em relação ao crime antecedente, não se ajustando à infração versada no art. 1º, V, da Lei 9.613/1998 por se tratar de verdadeiro exaurimento da infração antecedente. Concluiu, ademais, que a falta de justificativa a respeito da origem da quantia ou a apresentação de motivação inverossímil estão inseridas no direito do investigado de não produzir prova contra si, sem implicar qualquer modificação na aparência de ilicitude do dinheiro.

No julgamento da AP 470, o Plenário do Supremo concluiu que a percepção de valor indevido por parte do próprio sujeito ativo do delito de corrupção passiva ou por interposta pessoa não necessariamente tipifica o crime de lavagem de capitais na modalidade "ocultar". A possibilidade de incriminação da autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente. Naquele caso, o recebimento de vantagem indevida por interposta pessoa configurava somente expediente próprio de camuflagem da prática do delito de corrupção passiva. Não se prestava, contudo, no contexto da tipicidade objetiva da infração de lavagem, a consubstanciar, isoladamente, atos de ocultação ou dissimulação do resultado patrimonial da infração antecedente. Todavia, se restar evidenciado que o autor da corrupção passiva realizou sucessivas transações com a finalidade de possibilitar a ocultação e a dissimulação do patrimônio ilícito por ele obtido, parece não haver dúvida acerca da caracterização

47. *Combate à lavagem de dinheiro*: teoria e prática. Campinas/SP: Millennium Editora, 2008. p. 41.

48. No sentido de que a percepção de valor indevido, por parte do próprio sujeito ativo do delito de corrupção passiva ou por interposta pessoa, pode configurar o delito de lavagem de capitais, desde que haja a comprovação da prática de atos autônomos de ocultação do produto do crime antecedente, já consumado (INQ 2.471; AP 470 e AP 694): STF, 2ª Turma, AP 996/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/05/2018.

49. TRF-4.ª Reg., ACR 1999.70.00.013518-3, 7.ª T., rel. Néfi Cordeiro, *DE* 04.07.2007.

50. STF, 1ª Turma, Inq. 3.515/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/10/2019.

do branqueamento de capitais. Nesse caso, ter-se-á não apenas a percepção de vantagem indevida por intermédio de terceira pessoa, mas também a ocultação dos recursos e a dissimulação de sua titularidade, com aptidão da conduta de conferir aparência de licitude ao objeto material do delito de corrupção, propiciando-se fruição oportuna.[51]

Evidentemente, o escamoteamento do produto da infração antecedente, por si só, não é suficiente para a tipificação do crime de lavagem de capitais. Para além do mascaramento desses bens, direitos ou valores, também se faz necessária a demonstração dos elementos subjetivos inerentes ao tipo penal em questão, quais sejam, a consciência e a vontade de limpar o capital sujo e reintroduzi-lo no sistema financeiro com aparência lícita. A título de exemplo, por mais que, sob um ponto de vista objetivo, o ato de esconder dinheiro embaixo de um colchão perfaça a *ocultação* a que se refere o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, tal conduta somente poderá ser tipificada como lavagem de capitais se a ela se somar a intenção do agente de reintegrar aquele numerário ao círculo econômico com aparência lícita. Portanto, se a ocultação for perpetrada pelo agente com o único objetivo de aguardar o melhor momento para usufruir do produto da infração antecedente, e não com o objetivo de lhe conferir uma aparência supostamente lícita, ter-se-á mero exaurimento da infração antecedente, jamais a prática do crime de lavagem de capitais.

10.2. Natureza instantânea ou permanente.

Uma das principais mudanças produzidas pela Lei nº 12.683/12 foi a extinção do rol taxativo de crimes antecedentes que constava do art. 1º da Lei nº 9.613/98, e a possibilidade de que, doravante, qualquer infração penal passe a figurar como antecedente da lavagem de capitais. Ante a mudança, não há dúvidas de que, praticada determinada infração penal (v.g., crimes tributários) a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.683/12 (10/07/2012), caso os bens, diretos ou valores dela provenientes venham a ser objeto de ocultação ou dissimulação, caracterizado estará o delito de lavagem de capitais, nos exatos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98. Como se percebe, não há qualquer dúvida quanto à imediata aplicação da nova redação do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, às hipóteses em que a infração penal antecedente e a lavagem de capitais forem cometidas a partir da vigência da Lei nº 12.683/12.

Na verdade, a controvérsia deve girar em torno das hipóteses em que a infração penal antecedente tiver sido praticada antes do dia 10 de julho de 2012, perpetuando-se a ocultação ou dissimulação de tais valores na vigência da Lei nº 12.683/12. Exemplificando, suponha-se que determinado indivíduo tenha praticado a contravenção penal do jogo do bicho (Decreto-Lei nº 3.688/41, art. 58) apenas entre os anos de 2010 e 2011, pondo fim a esta atividade delituosa no início do ano de 2012. A fim de ocultar a origem dos valores obtidos a partir desse crime-anão, o agente mantém em depósito no exterior uma conta corrente em nome de "laranjas" desde o ano de 2010, sendo que essa ocultação prolonga-se até a entrada em vigor da Lei nº 12.683/12. Assim, a despeito de a infração antecedente ter sido praticada antes das mudanças produzidas na Lei de Lavagem, a ocultação se prolonga durante o tempo, até a data da vigência da Lei nº 12.683/12. Nesse caso, a tipificação (ou não) do crime de lavagem de capitais está diretamente condicionada a sua natureza jurídica, a saber:

1) **Crime instantâneo de efeitos permanentes:** o ato de ocultar ou dissimular consuma o delito de lavagem de capitais no instante de sua prática, daí por que a manutenção do bem *oculto* ou *dissimulado* deve ser compreendida como mera decorrência ou desdobramento do ato inicial. Em síntese, o crime de lavagem consuma-se com a ação de esconder, funcionando a manutenção da ocultação como um efeito permanente do comportamento inicial. Cuida-se, portanto, de crime instantâneo de efeitos permanentes, no qual a consumação cessa no instante do ato, mas seus efeitos perduram no tempo. Logo, à exceção dos crimes antecedentes que já constavam da redação original do art. 1º da Lei nº 9.613/98 (v.g., tráfico de drogas, terrorismo e seu financiamento, etc.), só haverá lavagem de capitais se tanto a infração penal antecedente quanto a lavagem de capitais forem perpetradas a partir do dia 10 de julho de 2012, data em que entrou em vigor a Lei nº 12.683/12. Logo, no exemplo acima citado, como o jogo do bicho fora praticado antes das mudanças produzidas na Lei nº 9.613/98, não há falar em lavagem de capitais, mesmo que a ocultação de tais valores se prolongue até a entrada em vigor da Lei nº 12.683/12, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL);[52]

51. STF, 2ª Turma, HC 165.036/PR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09/04/2019.

52. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 79. Segundo os autores, "a identificação do ato inicial

2) **Crime permanente:** os verbos utilizados no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98 – ocultar e dissimular – denotam a existência de crime de natureza permanente, com um *continuum* criminoso com execução em andamento enquanto o bem permanecer escondido. Como se sabe, compreende-se por crime permanente aquele delito cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, desde que seja mantido nas mãos do agente o poder de fazer cessar a conduta delituosa. Nesses crimes, há uma continuidade da situação antijurídica que decorre não apenas da manutenção do *status quo*, mas também da contínua afetação do bem jurídico em virtude de atos reiterados praticados pelo agente (v.g., extorsão mediante sequestro, sequestro ou cárcere privado). Essa espécie de crime apresenta a característica da possibilidade, por parte do agente, de fazer cessar a conduta criminosa, embora sem fazer desaparecer a infração penal, já consumada. Do crime permanente, vale lembrar, decorrem relevantes consequências: a prescrição começa a correr do dia em que cessa a permanência (CP, art. 111, III); enquanto ocorre a permanência, entende-se o agente em flagrante delito (CPP, art. 303, caput).[53] Compreendida a lavagem de capitais como espécie de crime permanente, mesmo que a infração penal antecedente tenha sido cometida em momento anterior à entrada em vigor da Lei 12.683/12 (10 de julho de 2012), responderá o agente normalmente pelo crime do art. 1º da Lei nº 9.613/98 caso a ocultação venha a se protrair no tempo após a vigência das alterações da Lei de lavagem. Neste sentido é o teor da Súmula 711 do STF, segundo a qual "a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência". Destarte, por mais que, à época da prática delituosa, a infração antecedente não constasse do rol de precedentes (v.g., crimes tributários), o crime de lavagem de capitais restará tipificado na hipótese de a ocultação desses valores ser mantida na vigência da Lei nº 12.683/12, pouco importando o fato de a infração antecedente estar prescrita, vez que a extinção da punibilidade em relação a tal crime não afeta a lavagem de capitais a ele relacionada.

Essa discussão não é novidade no ordenamento pátrio. Por ocasião da entrada em vigor da Lei nº 9.613/98 (04/03/1998), tal controvérsia também foi instalada, porquanto houve vários casos concretos em que o crime antecedente fora perpetrado antes da vigência da Lei de Lavagem, porém os valores remanesceram ocultos até a data de 4 de março de 1998. Há precedentes do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no sentido de que se trata de crime permanente: "Se os crimes imputados ao paciente na denúncia, expressos nos artigos 1º, inciso I; par. 1º, incisos I e II, e par. 2º, inciso I, todos da lei nº 9.613/98, estão definidos em lei anterior, não há que se falar em ofensa ao princípio da reserva legal, mormente se as respectivas condutas subsumem-se na moldura descrita na lei. *Os tipos penais elencados na lei nº 9.613/98, expressos na ocultação e dissimulação, cujas ações podem protrair-se no tempo e perpetuar a periclitação do bem jurídico precipuamente protegido, caracterizam hipóteses de crimes permanentes.* Tratando-se de imputação desse jaez, que teve início antes do advento da lei º 9.613/98, mas que se prolongou muito após a entrada em vigor da norma incriminadora, não há que se falar em ofensa aos princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal, posto que a ofensa ao bem jurídico restou protraída no tempo".[54]

In casu, parece-nos possível utilizar o mesmo raciocínio que vem sendo feito pelos Tribunais no tocante ao denominado estelionato previdenciário (CP, art. 171, § 3º). Nesse caso, se a fraude for perpetrada pelo próprio agente que recebe os benefícios indevidos, cuida-se de crime permanente, porquanto a lesão contínua pode ser por ele

de ocultação com a consumação instantânea da lavagem de dinheiro não exonera totalmente os bens ocultos antes da vigência da nova lei. Ainda que à época dos fatos a ocultação daqueles bens não constituísse lavagem de dinheiro, cada nova movimentação destes mesmos bens com intuito de aprofundar a ocultação ou a dissimulação será um novo ato típico, sobre o qual incidem as regras vigentes, ou seja, as disposições da lei em comento". Logo, se o agente praticou um crime de roubo e depositou os valores obtidos com a venda da *res* em nome de terceiros antes da vigência da Lei nº 12.683/12 – quando o crime de roubo não figurava como antecedente da lavagem –, não há tipicidade no mascaramento, ainda que a ocultação se mantenha vigente, haja vista a natureza instantânea do branqueamento. Todavia, se esse mesmo agente movimentar os valores para outra conta na vigência da nova Lei, ou seja, a partir do dia 10 de julho de 2012, haverá lavagem de capitais. Em sentido semelhante, Barros (op. cit. p. 55) adverte que, ainda que a conduta do agente lavador se inicie ou tenha continuidade na vigência da lei atualmente em vigor, se o crime principal, do qual decorre o lucro ilícito, não constava do rol de crimes antecedentes, não se pode imputar-lhe o crime de lavagem.

53. A maioria da doutrina entende que o crime de lavagem tem natureza permanente: MAIA, Rodolfo Tigre (op. cit. p. 83); DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 198; ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Boletim do IBCCRIM nº 237.* Agosto/2012. p. 6. No bojo de medida liminar indeferida em *habeas corpus* pelo Min. Joaquim Barbosa, constou que "é irrelevante o fato de o crime antecedente supostamente ter sido praticado antes do início da vigência da Lei nº 9.613/98, haja vista a existência de lastro probatório no sentido de que as condutas de ocultação e dissimulação dos valores provenientes de crime, *que são delitos permanentes*, se protraíram no tempo muito após a entrada em vigor da norma incriminadora". (STF, HC 113.856-MC/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12/06/2012). No sentido de que o crime de lavagem de capitais, quando praticado na modalidade típica de ocultar, é permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos: STF, 2ª Turma, HC 165.036/PR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09/04/2019.

54. TRF-3.ª Reg., HC 1999.03.00.016717-9/MS, 5.ª T., j. 15.02.2000, rel. Juíza Suzana Camargo, *DJU* 18.04.2000, p. 781.

interrompida a qualquer momento com a simples suspensão do pagamento. Todavia, se a fraude é perpetrada por terceiro, este não mais possui o domínio permanente dos fatos, razão pela qual, em relação a ele, trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes. Trazendo esse raciocínio para a lavagem de capitais, poder-se-ia concluir, então, que o agente que oculta ou dissimula a origem de valores ilícitos para seu próprio usufruto e benefício, detendo o domínio permanente dos atos de mascaramento, pratica crime permanente, ao passo que o terceiro que concorre para a prática da lavagem, sem, todavia, deter qualquer poder de interrupção dos atos de escamoteamento, pratica crime instantâneo de efeitos permanentes.[55]

Em recente condenação pela prática do crime de lavagem de capitais proferida pela 1ª Turma do STF em relação a um parlamentar federal, o referido Colegiado concluiu que o crime teria natureza permanente. Especificamente quanto à imputação de movimentação e transferência desses valores entre 1997 e 2006, por meio de doze contas-correntes na Ilha de Jersey, a Turma entendeu não estar extinta a punibilidade pela prescrição. Pontuou que o crime de lavagem praticado na modalidade de ocultação tem natureza de crime permanente. Quem oculta e mantém oculto algo prolonga a ação até que o fato se torne conhecido. A Turma destacou que o prazo prescricional referente a tais fatos teria sua contagem iniciada, nos termos do art. 111, III, do CP, *in casu*, no dia 11 de maio de 2006, data em que o órgão acusador tomou conhecimento de documentação enviada ao Brasil pelas autoridades de Jersey. Desse modo, mesmo que se considerasse instantânea, de efeitos permanentes, a ação de ocultar os bens, direitos e valores, tal crime não estaria prescrito. Ainda que parte da doutrina entenda consumar-se o delito de lavagem apenas no momento em que ocorre o encobrimento dos valores, compreendendo a permanência do escamoteamento mera consequência do ato inicial, reconhece-se que, se houver novas movimentações financeiras por parte do agente, essas últimas são atos subsequentes de uma mesma lavagem que começou com o mascaramento inicial.[56]

55. Referindo-se ao estelionato previdenciário, é firme a jurisprudência no sentido de que, enquanto a fraude perpetrada por terceiro consubstancia crime instantâneo de efeito permanente, a prática delituosa por parte do beneficiário da previdência, considerada relação jurídica continuada, é enquadrável como permanente, renovando-se ante a periodicidade do benefício: STF, 1ª Turma, HC 99.112/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/04/2010, DJe 120 30/06/2010; STF, 1ª Turma, HC 102.049/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22/11/2011, DJe 234 09/12/2011; STF, 1ª Turma, HC 101.999/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24/05/2011, DJe 163 24/08/2011.

56. STF, 1ª Turma, AP 863/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 23/05/2017.

11. TIPO SUBJETIVO.

11.1. Punição exclusivamente a título de dolo.

Em alguns países da Europa, como a Alemanha, Luxemburgo e a Espanha, também se admite a punição do delito de lavagem de capitais a título culposo. Nesse sentido, o Plano de Ação contra a Delinquência organizada aprovado em junho de 1997 pelo Conselho Europeu de Amsterdã contempla como uma de suas recomendações dirigidas aos Estados membros da União a penalização da lavagem cometida por negligência (recomendação 26).

No Brasil, não se admite a punição do branqueamento de capitais a título de culpa. O elemento subjetivo dos crimes previstos na Lei 9.613/98 é o dolo, considerado como a consciência e vontade de realizar o tipo objetivo.

Diante da redação original da Lei nº 9.613/98, o dolo também devia abranger o conhecimento acerca de um dos crimes antecedentes listados nos revogados incisos do art. 1º, o que dificultava sobremaneira a persecução penal em relação ao crime de lavagem de capitais. Com efeito, a técnica utilizada na redação do art. 1º antes do advento da Lei nº 12.683/12, individualizando os crimes antecedentes, ignorava fato incontroverso inerente ao processo de reciclagem de capitais, qual seja, o de que os responsáveis pela ocultação dos bens, geralmente, ignoram os detalhes dos crimes de que resultaram tais valores, condensada na expressão *dont't ask, don't tell* ("não pergunte, não conte"). Podem até saber que se trata de dinheiro sujo, mas preferem desconhecer a natureza específica do crime antecedente.

Daí o motivo pelo qual a Lei nº 12.683/12 pôs fim ao rol de crimes antecedentes, figurando, em seu lugar, a expressão "infração penal". Se, antes, era necessário que o agente tivesse consciência de que os valores por ele ocultados eram provenientes de um dos crimes antecedentes listados nos incisos do art. 1º (tráfico de entorpecentes, terrorismo e seu financiamento, contrabando ou tráfico de armas, etc.), doravante bastará que o autor da lavagem de capitais tenha ciência de que os valores são provenientes de infração penal, o que facilitará sobremaneira a comprovação do elemento subjetivo do delito, notadamente através da prova indiciária. Logo, se o agente tiver ciência de que os bens são produto direto ou indireto de infração penal e agir com consciência e vontade de encobri-los, deverá responder pelo crime de lavagem de capitais.

Assim, tendo em conta que a participação na infração antecedente não é condição *sine qua non* para que se possa ser sujeito ativo do crime de lavagem de capitais, considerando-se, ainda, uma tendência universal de se terceirizar e profissionalizar[57] a atividade de lavagem, raramente coincidindo o autor do crime de lavagem com o agente do crime antecedente,[58] discute-se se haveria necessidade de que esse agente do crime de lavagem, que não concorreu para o delito precedente, tivesse conhecimento específico da infração antecedente, com todos os seus elementos e circunstâncias. Em outras palavras, o que deve exatamente saber o agente para que se possa afirmar a presença do dolo (grau de conhecimento)?

A tal indagação, Moro assevera que os profissionais da lavagem, provavelmente o principal alvo ou, pelo menos, o alvo imediato das leis de combate à lavagem, raramente terão conhecimento preciso a respeito da infração antecedente. Exigir tal conhecimento teria impacto significativo na eficácia da lei. Do ponto de vista moral, por outro lado, parece ser irrelevante que o agente tenha conhecimento específico do delito-base, bastando para a reprovação que tenha conhecimento da origem e natureza delituosa dos valores, bens ou direitos envolvidos.[59]

De fato, como a Lei 9.613/98 não exige explicitamente um conhecimento específico acerca dos elementos e circunstâncias da infração antecedente, subentende-se que o dolo deve abranger apenas a consciência de que os bens, direitos ou valores objeto da lavagem são provenientes, direta ou indiretamente, de uma infração penal. Será dispensável, pois, o conhecimento do tempo, lugar, forma de cometimento, autor e vítima da infração precedente. Não seria político-criminalmente adequado exigir um conhecimento detalhado e pormenorizado da infração de onde derivam os bens. Caso contrário, só poucas condutas seriam puníveis.

Outrossim, pouco importa o conhecimento técnico-jurídico por parte do agente acerca da subsunção da conduta anterior neste ou naquele tipo penal. Na verdade, basta que o agente tenha uma "representação paralela na esfera do profano" de que tais bens são provenientes de uma infração penal. A título de exemplo, se o lavador terceirizado assumir que os bens ilícitos são provenientes de tráfico ilícito de drogas, é de todo irrelevante que, posteriormente, outra infração penal seja apontada como fonte dos valores espúrios (v.g., tráfico de armas). Afinal, se, diante das alterações produzidas pela Lei nº 12.683/12, passou a figurar como elementar da lavagem apenas a consciência de que os valores ocultados são provenientes de "infração penal", pouco importa que o juízo de tipicidade feito pelo autor da lavagem de capitais recaia sobre infração diversa daquela efetivamente cometida pelo autor do crime/contravenção anterior.

Raciocínio diverso deve ser feito na hipótese de o autor da ocultação suspeitar (ou ter certeza) de que os bens por ele ocultados são provenientes de ilícito civil ou de ato de improbidade administrativa. Como o tipo penal da lavagem de capitais traz como elementar a *infração penal antecedente*, é evidente que o elemento cognitivo do agente deve abarcar a compreensão, ao menos indiciária, de que os valores por ele ocultados são produto direto ou indireto de crime ou contravenção penal.

Esse conhecimento acerca da origem espúria dos bens deve se manifestar no momento da execução do ato de lavagem, isto é, por ocasião da realização do tipo objetivo.[60] A eventual ocorrência de um dolo subsequente não permite que se conclua pela presença do elemento subjetivo, salvo em se tratando de crime permanente. Por exemplo, imagine-se um contrato bancário de trato sucessivo. Parece fácil imaginar que as dúvidas ou certezas do profissional quanto à (i)licitude da origem dos bens recebidos ou sobre o sujeito que os entrega não se manifestem logo no começo do contrato, mas sim depois de um período de tempo determinado. Em tais casos, a responsabilidade criminal desse profissional jamais poderá se estender aos atos de lavagem realizados antes de ter consciência quanto à ilicitude dos valores. No entanto, parece certo que essa responsabilidade subsistirá se, proporcionada inconscientemente uma operação de lavagem, e mantendo-se ainda dentro de sua esfera de poder, o sujeito ativo não faça nada para evitar a reciclagem definitiva desse capital de origem ilegal – comissão por omissão –, depois de ter conhecimento de sua verdadeira procedência.

57. Cordero, Isidoro Blanco. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Pamplona, Aranzadi Editorial, 1997. p. 56-57.

58. Inegável, em verdade, que a tendência contemporânea da reciclagem de dinheiro proveniente de crime (*riciclaggio di denaro proveniente da reato*), em algumas formações sociais, aponta para a direção de uma autonomização desta atividade. Esta passa a ser cada vez mais um segmento terceirizado do mercado de serviços ilegais, proporcionada por especialistas, indivíduos e empresas, não só hábeis em elaborar complexas técnicas de escamoteação da origem ilícita de ativos mas habilitados a fornecer sofisticada assessoria na análise e gerenciamento de riscos e no estabelecimento de retaguarda jurídica para implementação de tais operações. (Maia, 2004, p. 13).

59. MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Org. José Paulo Baltazar Júnior, Sergio Fernando Moro; Abel Fernandes Gomes et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 95.

60. Caparrós, Eduardo A. Fabián. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Editorial Colex, 1998. p. 327.

Portanto, quando o sujeito atua, desconhecendo ou ignorando que os bens sobre os quais recai sua conduta têm sua origem numa infração penal antecedente ou, ao menos, admite por erro que não procedem da comissão de uma infração, estaria atuando em erro de tipo. Seja ele invencível (escusável – qualquer um poderia errar) ou vencível (inescusável – qualquer um poderia evitar), o erro sobre os elementos constitutivos do tipo legal de crime exclui o dolo, já que este requer o conhecimento dos elementos do tipo objetivo. Se o erro sobre os elementos do tipo for vencível, a infração será castigada na modalidade culposa, desde que haja uma figura delitiva tipificando a correspondente conduta culposa, o que não acontece no crime de lavagem de capitais no ordenamento pátrio, que admite sua punição exclusivamente a título de dolo. A título de exemplo, suponha-se que um funcionário público corrupto, objetivando esconder a origem ilícita de valores obtidos com a prática de crimes funcionais, solicite a um familiar que deposite esse montante em sua conta corrente, dizendo-lhe que o dinheiro é fruto da venda de um imóvel, que precisa ser depositado em nome de terceiros para evitar que seus credores tomem conhecimento da existência do capital. Nesse caso, como o familiar não tinha consciência de que os valores por ele ocultados eram produto de infração penal, não poderá responder pelo crime de lavagem de capitais em virtude do erro de tipo, sob pena de verdadeira responsabilidade penal objetiva, respondendo pelo crime apenas o agente que determinou o erro (CP, art. 20, § 2º).

11.2. Tipo congruente assimétrico (ou incongruente).

Ao contrário do tipo penal do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, que faz menção expressa ao elemento subjetivo especial "para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal", as figuras delituosas constantes do *caput* e do § 2º do art. 1º da Lei nº 9.613/98 silenciam acerca desse "dolo específico". Por isso, parte da doutrina entende que a tipificação dessas figuras delituosas demanda apenas o *dolo de ocultar ou dissimular* os bens oriundos das infrações antecedentes. Não há necessidade de qualquer outro elemento subjetivo – o chamado dolo específico da doutrina tradicional (ou especial fim de agir).[61]

Apesar do aparente silêncio do art. 1º, *caput*, e § 2º, da Lei nº 9.613/98, prevalece o entendimento de que a tipificação dessa modalidade de lavagem de capitais não se satisfaz apenas com o dolo de ocultar ou dissimular o produto direto ou indireto de infração penal. Para além disso, também se faz necessária a demonstração do especial fim de agir por parte do agente consubstanciado na vontade de reciclar o capital sujo por meio de diversas operações comerciais ou financeiras com o objetivo de conferir a ele uma aparência supostamente lícita.[62]

Aliás, é exatamente a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo especial implicitamente previsto nos crimes de lavagem de capitais do art. 1º, *caput*, e § 2º, ambos da Lei nº 9.613/98, que irá diferenciar este crime do delito de favorecimento real (CP, art. 349). Afinal, a conduta de "tornar seguro o proveito do crime", tipificada como favorecimento real pelo art. 349 do Código Penal, necessariamente abrange alguma forma de ocultação ou dissimulação. Logo, fosse necessário apenas o *dolo genérico* de ocultar ou dissimular para a tipificação da lavagem de capitais, este delito acabaria absorvendo o favorecimento real, porquanto aquele que oculta o produto direto ou indireto de determinada infração penal age com a intenção de tornar seguro o proveito do crime.

A lavagem de capitais diferencia-se do favorecimento real exatamente pelo especial fim de reciclar o produto direto ou indireto da infração antecedente, dando a ele uma aparência lícita por meio de diversos estratagemas de mascaramento. Como observa a doutrina, a lavagem deve ser compreendida, portanto, como "uma espécie de favorecimento real qualificado pela intenção de ocultar os bens através de sua reciclagem. Não se trata mais do simples escamoteamento para tornar seguro o proveito do crime, mas da ocultação ou dissimulação por meio da reintegração do produto do crime à economia com aparência de licitude".[63]

Por conseguinte, a simples ocultação do produto da infração antecedente, *de per si*, não é suficiente para a tipificação do crime de lavagem de capitais. Para além do mascaramento desses bens, direitos ou valores, também se faz necessária a demonstração dos elementos subjetivos inerentes ao tipo penal em questão, quais sejam, a consciência e a vontade de limpar o capital sujo e reintroduzi-lo no sistema financeiro com aparência lícita. Logo,

61. É nesse sentido a posição de Rodolfo Tigre Maia: *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 89. Carla Veríssimo De Carli (op. cit. p. 188) comunga de entendimento semelhante.

62. Na dicção do TRF da 4ª Região, "(...) as condutas descritas no art. 1º, V, § 1º, II, da Lei nº 9.613/98 só possuem relevância penal se cometidas com dolo direto (genérico e específico), ou seja, *com o objetivo específico de ocultar e dissimular a origem de bens, direitos ou valores procedentes de determinado crime*". (TRF4, ACR 2002.71.00.036771-1, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 22/10/2008)

63. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 105.

o ato de esconder dinheiro embaixo de um colchão jamais será suficiente para a tipificação do crime do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, a não ser que demonstrado que o agente assim agiu com a intenção de reinserir esses valores à economia formal com a aparência lícita. Como exposto anteriormente, se a ocultação for perpetrada pelo agente com o único objetivo de aguardar o melhor momento para usufruir do produto da infração antecedente, e não com o objetivo de lhe conferir uma aparência lícita, ter-se-á mero exaurimento da infração antecedente, jamais a prática do crime de lavagem de capitais.

11.3. Dolo eventual.

De acordo com o art. 18, I, do Código Penal, diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Por dolo direto entende-se aquele em que o autor quer diretamente a produção do resultado típico, seja como o fim diretamente proposto (dolo direto de 1º grau), seja como consequência necessária dos meios escolhidos (dolo direto de 2º grau ou dolo de consequências necessárias).

Por outro lado, fala-se em dolo eventual quando o agente, embora não desejando diretamente a produção do resultado típico, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado, o qual já havia sido previsto e aceito. O dolo eventual, em termos correntes, "é a conduta daquele que diz a si mesmo `que aguente´, `que se incomode´, `se acontecer, azar´, `não me importo´. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade".[64]

Em regra, os delitos somente são punidos a título de dolo, salvo quando a lei expressamente ressalvar a modalidade culposa – princípio da excepcionalidade do crime culposo (CP, art. 18, parágrafo único). No que toca aos crimes dolosos, em regra, os tipos penais admitem tanto a modalidade do dolo direto, quanto a do dolo eventual. Não há uma enumeração de tipos penais específicos que comportem o dolo eventual, apesar de existirem tipos penais específicos cuja interpretação exclua essa possibilidade, geralmente caracterizados pela utilização da expressão "que sabe" ou "que devia saber". É o que ocorre, a título de exemplo, com os crimes de receptação (CP, art. 180: "Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, *coisa que sabe* ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte") e denunciação caluniosa (CP, art. 339: "Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o *sabe inocente*"), em que a própria redação do tipo penal denota que a punição de tais delitos só é admitida na modalidade de dolo direto.

Destarte, na medida em que o *caput* do art. 1º, bem como os tipos penais do § 1º e do § 2º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, não fazem uso de expressões equivalentes, inexistindo referência à qualquer circunstância típica referida especialmente ao dolo ou tendência interna específica, conclui-se que é perfeitamente possível a imputação do delito de lavagem tanto a título de dolo direto, quanto a título de dolo eventual. Portanto, o delito de lavagem restará configurado quer quando o agente tiver conhecimento de que os valores objeto da lavagem são provenientes de infração penal (dolo direto), quer quando, ainda que desprovido de conhecimento pleno da origem ilícita dos valores envolvidos, ao menos tenha ciência da probabilidade desse fato – suspeita da origem infracional –, agindo de forma indiferente à ocorrência do resultado delitivo (dolo eventual).

A propósito, um dos objetivos da Lei nº 12.683/12 foi inclusive o de expandir a punição dos crimes de lavagem de capitais a título de dolo eventual. Com efeito, em sua redação original, o art. 1º, § 2º, I, da Lei nº 9.613/98 incriminava a conduta daquele que "utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores *que sabe* serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo". A própria redação do tipo penal em questão deixa entrever que sua punição era possível exclusivamente a título de dolo direto, já que o dispositivo em questão exigia que o agente soubesse que os valores por ele utilizados na atividade econômica eram provenientes de qualquer dos crimes antecedentes listados nos revogados incisos do art. 1º da Lei nº 9.613/98. Com o advento da Lei nº 12.683/12, percebe-se que a restrição outrora existente em relação ao dolo eventual – *que sabe serem provenientes* – foi suprimida. Deveras, em sua nova redação, o art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.613/98 dispõe que incorre nas penas do crime de lavagem de capitais quem "utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal". A mudança deixa evidente que, doravante,

64. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 498.

esta figura delituosa poderá ser punida tanto a título de dolo direto quanto eventual.

Apesar de a figura delituosa do art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, ter sido alterada de modo a permitir a punição a título de dolo eventual, o mesmo não aconteceu com o tipo penal do art. 1º, § 2º, inciso II, que prevê que incorre na mesma pena do crime de lavagem de capitais quem "participa de grupo, associação ou escritório *tendo conhecimento* de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei". Como não houve a supressão da expressão "tendo conhecimento", conclui-se que esta figura delituosa subsiste como a única modalidade de lavagem de capitais punida exclusivamente a título de dolo direto. Isso significa dizer que, na hipótese de o agente participar de grupo, associação ou escritório, apenas desconfiando ou suspeitando que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática da lavagem de capitais, não poderá responder pelo crime do art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/98, porquanto este crime não admite a punição a título de dolo eventual.

O grande problema resultante da aceitação do dolo eventual no delito de lavagem de capitais reside em sua proximidade com a culpa consciente, que, *in casu*, configuraria um indiferente penal, por ausência de previsão legal da modalidade culposa de lavagem no ordenamento pátrio.

Como é cediço, tanto no dolo eventual quanto na culpa consciente, o agente representa a produção do resultado como possível e, mesmo assim, pratica a conduta. Ocorre que, na culpa consciente, o agente, apesar de prever o resultado, confia levianamente na sua não ocorrência. Por outro lado, no dolo eventual, o agente se mostra indiferente, assumindo o risco de produzir o resultado. Devido a essa linha tênue que distingue o dolo eventual da culpa consciente, somente por meio de elementos indicativos da intenção do agente será possível concluir quanto à presença do elemento subjetivo necessário à caracterização da lavagem de capitais.[65]

O problema ganha ainda mais relevância se considerarmos que, geralmente, o agente que se dedica à atividade empresarial de lavagem de capitais se mostra indiferente à origem e à natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos. De fato, para ele, o conhecimento pleno e inequívoco da origem ilícita poderia até mesmo prejudicá-lo posteriormente em um eventual processo criminal. O contratante de seus serviços, por sua vez, também não tem interesse em revelar informações quanto à prática da infração antecedente, podendo inclusive escolher outro empresário se o lavador em questão se mostrar excessivamente curioso.

De se ver, nesse contexto, o grau de dificuldade quanto à comprovação do elemento subjetivo da lavagem de capitais, sobretudo devido à existência de uma linha muito tênue a distinguir o dolo eventual da culpa consciente. É bem verdade que, no âmbito material, a distinção se dá pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. No entanto, questiona-se: como conciliar a comprovação desse dolo eventual, sem violação ao princípio da presunção de inocência e sem que se incorra em verdadeira responsabilidade penal objetiva?

Com efeito, ao mesmo tempo em que se busca maior rigor no combate à lavagem de capitais, o Estado tem o dever institucional de assegurar aos imputados em geral, investigados ou acusados, as garantias mínimas do devido processo legal, que se mostram ainda mais sensíveis no âmbito criminal. O ponto nevrálgico da atuação estatal situa-se, pois, na obtenção do justo equilíbrio entre a eficiência persecutória e a preservação de postulados garantistas, como os da *nulla actio sine culpa* e o da *nulla accusatio sine probatione*.

Hodiernamente, a orientação de que, para efeitos de distribuição do ônus da prova, o dolo seria presumido a partir da prova dos demais elementos que compõem o tipo penal, recaindo sobre o acusado o ônus de provar que não agiu dolosamente, é alvo de contundentes críticas por parte da doutrina. Alega-se que esse dolo presumido representa flagrante violação ao princípio da presunção de inocência, alterando indevidamente a regra de julgamento do processo penal consubstanciada no in dubio pro reo. Nessa linha, conforme observa Badaró, "a presunção de dolo nada mais é do que uma regra de julgamento no sentido de que, havendo dúvida sobre se o acusado agiu ou não dolosamente, deverá ser condenado, pois incumbia a ele provar que não agiu dolosamente. Em última análise, representa a adoção do *in dubio pro societate*, que faz incidir sobre o acusado o ônus da prova de sua inocência".[66]

65. Como observa Zaffaroni, "o limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que no penal. Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, e, no campo processual, configura um problema de prova que, em caso de dúvida sobre a aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, imporá ao tribunal a consideração da existência da culpa, em razão do benefício da dúvida: *in dubio pro reo*". (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. Op. cit. p. 499).

66. Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 308.

A questão da comprovação desse elemento subjetivo é discutida pelos organismos internacionais especializados no combate à lavagem de capitais. Na esteira do conteúdo da recomendação 2.b das Quarenta Recomendações do *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FATF), "a intenção e o conhecimento exigidos para provar o crime de lavagem de dinheiro é consistente com os parâmetros traçados nas Convenções de Viena e Palermo, incluindo o conceito de que o estado mental pode ser inferido de circunstâncias fáticas objetivas".

Funciona o elemento objetivo, portanto, como forte indicativo da presença do elemento subjetivo. De modo algum se está afirmando que estaria dispensada a prova do elemento subjetivo, sob pena de se incorrer em verdadeira responsabilidade penal objetiva. Na verdade, a partir da prova dos elementos e circunstâncias objetivas do crime de lavagem, poder-se-á inferir a presença do elemento subjetivo. Mas quais seriam esses elementos e circunstâncias objetivas cuja comprovação autorizaria tal conclusão? Não é possível chegar-se a uma resposta peremptória. Todavia, a depender da magnitude e dimensão dos elementos objetivos, tornar-se-ão inverossímeis as escusas do agente de que desconhecia a origem ilícita dos valores ocultados. Como exemplo de traços característicos de uma conduta penalmente relevante, podemos mencionar: aquisições por um preço vil ou em circunstâncias pouco usuais, operações múltiplas e arrojadas, fracionamento de depósitos bancários, falsidades documentais, concurso de interpostas pessoas, testas-de-ferro, utilização de identidades falsas, criação de pessoas jurídicas fantasmas, relações comerciais e financeiras com paraísos fiscais, contratos fictícios ou sem sustentação econômica real, movimentação de altas quantidades de dinheiro, abertura de contas bancárias por curtos períodos de tempo, movimentação de capitais sem uma correspondente atividade comercial lícita, grande quantidade de depósitos em dinheiro etc.

No Brasil, hipóteses de movimentações financeiras não usuais, que retratam situações indicativas da prática do delito de lavagem de capitais, estariam sobremaneira presentes em relação às pessoas físicas elencadas no art. 9º da Lei 9.613/98, que, de maneira dolosa, deixassem de cumprir seu dever de identificação dos clientes, manutenção de registros e comunicação obrigatória de operações financeiras manifestamente suspeitas às autoridades competentes, autorizando conclusão afirmativa quanto à presença do elemento subjetivo por parte das pessoas físicas.[67]

Nesse contexto, como observa a doutrina, "o dolo eventual pode ser admitido se o sujeito está de alguma forma investido em uma posição de garante em relação à evitabilidade do resultado ou se sua conduta é relevantemente causal no processo de lavagem de dinheiro. Por exemplo: um diretor de uma instituição financeira (que tem a obrigação legal de comunicar operações suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF) sabe que determinada operação se presta ao procedimento de lavagem de dinheiro e, mesmo assim, não comunica tal fato às autoridades, ou ainda revela ao seu cliente que realizou dita comunicação, possibilitando um aperfeiçoamento da operação e um consequente benefício ao operador. Tal comportamento se aproxima do dolo eventual e portanto sua conduta será típica".[68]

11.4. Prova indiciária do dolo.

Não há como negar que uma das tarefas mais ingratas para a acusação no processo penal é a prova do dolo do agente, seja porque o elemento subjetivo carece de dimensão material, seja pelo fato de ser ele anterior à própria conduta. Para além disso, como o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo em virtude do princípio que veda a autoincriminação, jamais poderia ser constrangido a confessar sua verdadeira intenção por ocasião da prática delituosa. A solução, então, é inferir seu estado anímico com base em circunstâncias fáticas objetivas externas de seu comportamento.[69]

Especificamente em relação à lavagem de capitais, diante da dificuldade de se encontrar prova direta do crime, o que pode ser atribuído à capacidade de camuflagem e hermetismo com que atuam as organizações especializadas em reciclagem de capitais, resulta de importância inquestionável a denominada prova indiciária, também chamada de prova indireta, classe de prova especialmente idônea e útil para demonstrar o conhecimento da origem ilícita dos valores.

67. Ante a premissa de que o volume das movimentações financeiras tornaria impossível ao Estado fiscalizar tudo, a legislação de lavagem de dinheiro impõe a um amplo rol de pessoas obrigações que visam a facilitar o controle e apuração de tais crimes, consubstanciadas em deveres de: a) identificação ou conhecimento do cliente; b) conservação de registros, de modo a conservar a trilha do dinheiro; c) comunicação de operações suspeitas (v.g., Circular nº 3.461 do Banco Central do Brasil).

68. Cervini, Raúl. *Lei de lavagem de capitais:* comentários à lei 9.613/98. Raúl Cervini, William Terra de Oliveira, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 328.

69. Nesse contexto: DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 235.

Com efeito, como é extremamente comum que não existam provas diretas da lavagem de capitais, o elemento subjetivo do delito deve ser extraído de dados externos e objetivos, tais como o incremento patrimonial injustificado, operações financeiras anômalas, inexistência de atividades econômicas ou comerciais legais como lastro para o incremento patrimonial, vinculação com atividades de tráfico ilícito de entorpecentes ou com outras infrações penais. Aliás, essa possibilidade de comprovação do dolo por elementos objetivos constava da antiga Recomendação nº 2 do GAFI, que previa expressamente "a possibilidade de o elemento intencional (dolo de lavagem) ser deduzido a partir de circunstâncias fáticas objetivas".

A incorporação ao processo penal do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz (CPP, art. 155, *caput*, e CF/88, art. 93, IX), e a consequente exclusão de qualquer regra de prova tarifada (sistema da prova real), permite que tanto a prova direta como a prova indireta sejam em igual medida válidas e eficazes para a formação da convicção do magistrado. Portanto, não se pode descartar a possibilidade de utilização exclusiva de prova indiciária para a comprovação do estado anímico do agente, sob pena de se reduzir à impraticabilidade a persecução penal eficiente da lavagem de capitais.

De fato, o próprio CPP, no Título VII ("Da prova"), elenca o indício como meio de prova, definindo-o como a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. Obviamente, para lastrear um decreto condenatório, a prova indiciária está sujeita às seguintes condições: a) os indícios devem ser plurais (somente excepcionalmente um único indicio será suficiente, desde que esteja revestido de um potencial incriminador singular); b) devem estar estreitamente relacionados entre si; c) devem ser concomitantes, ou seja, univocamente incriminadores – não valem as meras conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidades; d) existência de razões dedutivas – entre os indícios provados e os fatos que se inferem destes deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional segundo as regras do critério humano.

Nessa linha, como dispõe o próprio Código de Processo Penal Militar em seu art. 383, para que o indício constitua prova, é necessário que a circunstância ou fato indicante tenha relação de causalidade, próxima ou remota, com a circunstância ou fato indicado, e que a circunstância ou fato coincida com a prova resultante de outro ou outros indícios, ou com as provas diretas colhidas no processo. Não por outro motivo, o próprio Supremo já teve a oportunidade de asseverar que os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles, desde que o nexo com o fato a ser provado seja lógico e próximo.[70]

Traçando-se, assim, uma comparação com o crime de homicídio, em que ninguém negaria que circunstâncias objetivas, tais como o local da lesão, a natureza da arma, a distância entre agente e vítima e a quantidade de disparos efetuados, funcionam como indicativos veementes da presença do *animus necandi*, pode-se dizer que a magnitude de operações financeiras que possam configurar indício de ocorrência de lavagem de capitais, considerando as partes envolvidas, os valores, a forma de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico legal, com omissão dolosa do dever de identificação dos clientes e comunicação às autoridades competentes, autoriza conclusão afirmativa quanto à presença do elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais, seja a título de dolo direto, seja a título de dolo eventual.

11.5. Teoria da cegueira deliberada (instruções da avestruz).

Como o tipo penal da lavagem de capitais traz como elementar a infração penal antecedente, depreende-se que, na hipótese de o agente desconhecer a procedência ilícita dos bens, faltar-lhe-á o dolo de lavagem, com a consequente atipicidade de sua conduta, ainda que o erro de tipo seja evitável, porquanto não se admite a punição da lavagem a título culposo. Por isso, é extremamente comum que o terceiro responsável pela lavagem de capitais procure, deliberadamente, evitar a consciência quanto à origem ilícita dos valores por ele mascarados. Afinal, assim agindo, se acaso vier a ser responsabilizado pelo crime de lavagem de capitais, poderá sustentar a ausência do elemento cognitivo do dolo, o que pode dar ensejo a eventual decreto absolutório em virtude da atipicidade da conduta.

Daí a importância da denominada teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*) – também conhecida como doutrina das instruções da avestruz (*ostrich instructions*) ou da evitação da

70. STF, HC 70.344/RJ, 2.ª T., rel. Min. Paulo Brossard, publicado em 22.10.1993.

consciência (*conscious avoidance doctrine*) –, a ser aplicada nas hipóteses em que o agente tem consciência da possível origem ilícita dos bens por ele ocultados ou dissimulados, mas, mesmo assim, deliberadamente cria mecanismos que o impedem de aperfeiçoar sua representação acerca dos fatos. Por força dessa teoria, aquele que renuncia a adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa de um crime responde por ele como se tivesse tal conhecimento. Basta pensar no exemplo de comerciante de joias que suspeita que alguns clientes possam estar lhe entregando dinheiro sujo para a compra de pedras preciosas com o objetivo de ocultar a origem espúria do numerário, optando, mesmo assim, por criar barreiras para não tomar ciência de informações mais precisas acerca dos usuários de seus serviços.

Segundo a doutrina, essa teoria fundamenta-se na seguinte premissa: o indivíduo que, suspeitando que pode vir a praticar determinado crime, opta por não aperfeiçoar sua representação sobre a presença do tipo objetivo em um caso concreto, reflete certo grau de indiferença em face do bem jurídico tutelado pela norma penal tão elevado quanto o daquele que age com dolo eventual, daí por que pode responder criminalmente pelo delito se o tipo penal em questão admitir a punição a título de dolo eventual.[71]

De acordo com a jurisprudência norte-americana, é possível a punição do crime de lavagem de capitais através da teoria da cegueira deliberada.

Caso paradigmático envolvendo o tema, porém relacionado ao crime de tráfico de drogas, é o precedente *United States versus J.*, em que o Sr. J. foi flagrado quando ingressava nos Estados Unidos, oriundo do México, transportando maconha em um compartimento secreto de seu carro. Apesar de o acusado ter declarado que não tinha consciência de que a droga estava no compartimento, concluiu-se que J. evitara deliberadamente um conhecimento positivo do tráfico para evitar eventual responsabilidade criminal.

Segundo Sergio Fernando Moro, "*a willful blindness doctrine* tem sido aceita pelas cortes norte-americanas quando há prova de: a) que o agente tinha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento".[72]

Restará configurado o delito, a título de dolo eventual, quando comprovado que o autor da lavagem de capitais tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade. Em outras palavras, conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento, daí por que deve responder pelo crime a título de dolo eventual. Afinal, nos mesmos moldes que a *actio libera in causa*, positivada no art. 28, II, do CP, ninguém pode beneficiar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio.

No Brasil, a teoria da cegueira deliberada foi efetivamente utilizada para fundamentar as condenações por lavagem de capitais nos autos do Processo Criminal nº 2005.81.00.014586-0, relativo à subtração da quantia de R$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta de reais) do interior do Banco Central do Brasil localizado na cidade de Fortaleza/CE, cuja sentença em 1ª instância foi proferida pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Referida teoria foi utilizada como fundamento para a condenação de dois empresários, proprietários de uma concessionária de veículos, pela prática do crime do art. 1º, V e VII, § 1º, I, § 2º, I e II, da Lei 9.613/98, em virtude de terem recebido a quantia de R$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), em notas de cinquenta reais em sacos de náilon, pela compra de 11 (onze) veículos, dentre eles 03 (três) Mitsubish L200, 02 (dois) Mitsubish Pajero Sport, e 01 (um) pajero Full, sendo que os acusados teriam recebido a quantia sem questionamento, nem mesmo quando a quantia de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) foi deixada pelo intermediário para "futuras compras", tendo também se abstido de comunicar às autoridades responsáveis a movimentação suspeita.

A despeito da condenação dos dois empresários na 1ª instância da Justiça Federal do Ceará, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região acabou reformando a sentença condenatória para fins de absolvê-los, *in verbis:* "(...) a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não

71. Nesse contexto: DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 237.

72. Idem, p. 99-100. Para Badaró e Bottini (op. cit. p. 98-99), são três os requisitos para equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual: a) é essencial que o agente crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento, com a intenção de deixar de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, caso ela ocorra; b) o agente deve representar que a criação das barreiras de conhecimento facilitará a prática de atos infracionais penais sem sua ciência; c) são imprescindíveis elementos concretos que gerem na mente do autor a dúvida razoável sobre a licitude do objeto sobre o qual realizará suas atividades.

há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei nº 9.613/98. O inciso II do § 2º do art. 1º dessa lei exige a ciência expressa, e não apenas o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do § 2º. Não há elementos suficientes, em face do tipo de negociação usualmente realizada com veículos usados, a indicar que houvesse dolo eventual quanto à conduta do art. 1º, § 1º, inciso II, da mesma lei; na verdade, talvez, pudesse ser atribuída aos empresários a falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não, dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de modo informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes. É relevante a circunstância de que o furto foi realizado na madrugada da sexta para o sábado; a venda dos veículos ocorreu na manhã do sábado. Ocorre que o crime somente foi descoberto por ocasião do início do expediente bancário, na segunda-feira subsequente. Não há, portanto, como fazer a ilação de que os empresários deveriam supor que a vultosa quantia em cédulas de R$ 50,00 poderia ser parte do produto do delito cometido contra a autarquia. A empresa que explora a venda de veículos usados não está sujeita às determinações dos arts. 9 e 10 da Lei 9.613/98, pois não se trata de comercialização de "bens de luxo ou de alto valor", tampouco exerce atividade que, em si própria, envolva grande volume de recursos em espécie. Ausência de ato normativo que obrigue loja de veículos a comunicar ao COAF, à Receita, à autoridade policial ou a qualquer órgão público a existência de venda em espécie. Mesmo que a empresa estivesse obrigada a adotar providências administrativas tendentes a evitar a lavagem de dinheiro, a omissão na adoção desses procedimentos implicaria unicamente a aplicação de sanções também administrativas, e não a imposição de pena criminal por participação na atividade ilícita de terceiros, exceto quando comprovado que os seus dirigentes estivessem, mediante atuação dolosa, envolvidos também no processo de lavagem (parágrafo 2º, incisos I e II)".[73]

73. TRF/5ª, 2ª Turma, ACR 5520/CE, Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, j. 09/09/2008, DJ 22/20/2008. Convém notar que, à época, o art. 1º, § 2º, I, da Lei nº 9.613/98, somente admitia a punição a título de dolo direto, porquanto o dispositivo exigia que o agente utilizasse, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores *que sabe* serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes outrora listados nos incisos do art. 1º. Com o advento da Lei nº 12.683/12, houve a supressão da parte final do art. 1º, § 2º, I, que, doravante, passa a admitir tanto o dolo direto quanto o dolo eventual.

12. OBJETO MATERIAL.

Objeto material é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta delituosa. Não se pode confundir este conceito com o de bem jurídico. Bens jurídicos são os pressupostos indispensáveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, tais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção, o patrimônio, etc. A título de exemplo, enquanto o bem jurídico tutelado pelo crime de homicídio é a vida, o objeto material do art. 121 do Código Penal é o ser humano nascido com vida ("alguém"). Também não se pode confundir o objeto do crime com seus instrumentos, ou seja, os meios utilizados pelo agente para levar adiante sua prática delituosa, tais como, no caso da lavagem de capitais, a abertura de contas correntes em nome de laranjas.

O objeto material do crime de lavagem de capitais são os bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Bens podem ser definidos como qualquer elemento material ou imaterial, representando uma utilidade ou uma riqueza, integrado no patrimônio de alguém e passível de apreciação monetária. Diversamente da receptação, que somente pode ter por objeto coisas móveis ou mobilizadas, o objeto material da lavagem é mais amplo, podendo recair sobre bens móveis ou imóveis. Nesse ponto, a Convenção de Viena fornece uma espécie de interpretação autêntica de bens, que englobaria os outros dois objetos ("direitos e valores"): "por bens se entendem os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos legais que confirmam a propriedade ou outros direitos sobre os ativos em questão" (art. 1º, "c"). O "dinheiro" está incluído na expressão "bens" e na projeção econômico-financeira dos conceitos de direitos e valores. De qualquer modo, para incidência da norma penal de lavagem de capitais, é imprescindível que o bem tenha conteúdo econômico. Por "direitos" compreende-se a fruição e gozo de tudo o que nos pertence. Valores, por sua vez, exprimem o grau de utilidade das coisas, ou bens, ou a importância que possuem para a satisfação de nossas necessidades.

Como se percebe pela leitura do caput do art. 1º, é imprescindível que os bens, direitos ou valores objeto da lavagem sejam provenientes direta ou indiretamente de infração penal.

Produto direto do crime (*producta sceleris*) é o resultado imediato da operação delinquencial. São os bens que chegam às mãos do criminoso

como resultado direto do crime: objeto furtado (art. 155, caput, do CP), dinheiro obtido com a prática da corrupção passiva (art. 317, caput, do CP), ou o dinheiro obtido com a venda da droga (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006).

Produto indireto ou proveito da infração (*fructus sceleris*) configura o resultado mediato do crime, ou seja, trata-se do proveito obtido pelo criminoso como resultado da transformação, substituição ou utilização econômica do produto direto do delito (e.g., dinheiro obtido com a venda do objeto furtado, veículos ou imóveis adquiridos com o dinheiro obtido com a venda de drogas etc.).

O produto da infração também abrange o valor recebido por alguém para cometer um crime (v.g., a paga recebida pelo agente para a prática do homicídio qualificado previsto no art. 121, § 2º, I, do CP), vez que há uma relação de causalidade e de materialidade entre o capital adquirido e a prática delituosa.

Ainda em relação ao objeto material da lavagem de capitais, a doutrina adverte que a ocultação ou dissimulação de bens de posse ilícita, tais como drogas ou armas, ainda que produtos de determinada infração – por exemplo, o agente furta armas e as esconde com a intenção de transformá-las em ativos lícitos –, não constituem lavagem de capitais porque são puníveis como crimes distintos e autônomos.[74]

Como se percebe, a tipificação do crime de lavagem de capitais está condicionada à demonstração de que os bens, direitos ou valores objeto de ocultação ou dissimulação são produto direto ou indireto de infração penal. Por isso, especial atenção deve ser dispensada às hipóteses de mescla de valores lícitos e ilícitos, extremamente comum quando se trata de lavagem de capitais.

A título de exemplo, suponha-se que determinado funcionário público venha a adquirir um apartamento por R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), colocando-o em nome de um laranja, usando, para tanto, valores obtidos licitamente com o recebimento de seus proventos – R$ 100.000,00 (cem mil reais) –, e valores espúrios – R$ 100.000,00 (cem mil reais) –, fruto de crimes contra a administração pública. Na hipótese desse apartamento ser vendido, posteriormente, por um preço muito maior (R$ 500.000,00), o ideal é aferir a quantidade de capital sujo que compõe o conjunto e, a partir dessa constatação, destacar do produto final a parte contaminada do resultado oriundo da parcela legítima dos bens. Logo, o lucro obtido da mistura de capital lícito com ilícito somente será contaminado na proporção do valor de dinheiro sujo nela envolvido.[75] Assim, no exemplo citado, como 50% do capital inicial usado para a aquisição do apartamento era produto de infração penal antecedente, apenas metade do lucro obtido – R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) – pode ser considerado produto de lavagem de capitais.

Esse raciocínio é extremamente importante quando se leva em consideração que, a partir da vigência da Lei nº 12.683/12, toda e qualquer infração penal poderá figurar como antecedente da lavagem de capitais. Exemplificando, se a infração penal antecedente for um crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90), o objeto material da lavagem de capitais será a quantidade sonegada em virtude do crime fiscal, e não o total do valor que gera a obrigação tributária. Nesse caso, também é importante lembrar que, adotando-se como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais) constante do art. 20 da Lei nº 10.522/02, a sonegação até esse valor será atípica, logo, a parcela sonegada não poderá ser objeto da lavagem de capitais.

Como o objeto da lavagem de capitais deve ser produto direto ou indireto de uma *infração penal*, depreende-se que valores provenientes de ilícitos civis ou administrativos não estão abrangidos pela Lei nº 9.613/98. Logo, bens, direitos ou valores oriundos de atos de improbidade administrativa não podem ser objeto da lavagem de capitais. Idêntico raciocínio aplica-se aos chamados *crimes de responsabilidade*, que, na verdade, são infrações político-administrativas.

Considerando que, por força da Lei nº 12.683/12, toda e qualquer infração penal poderá figurar como antecedente da lavagem de capitais, conclui-se que passa a ser possível a **lavagem da lavagem (lavagem em cadeia)**. A título de exemplo, basta imaginar a ocultação ou dissimulação de bens provenientes de anterior infração antecedente de lavagem de capitais (v.g., lavagem de capitais do rendimento de aplicação financeira oriunda de anterior crime de lavagem). Nesse caso, como a lavagem de capitais inicial tem como elementar uma infração penal antecedente, a comprovação da materialidade da lavagem anterior somente será

74. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 69.

75. Nessa linha: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 71.

possível com a identificação da infração penal que a antecedeu.[76]

13. CONFLITO APARENTE DE NORMAS.

Tendo em conta que a lavagem de capitais consiste no ato ou conjunto de atos por meio dos quais o agente procura ocultar a origem ilícita de valores oriundos de crime ou contravenção penal, conferindo-lhes uma aparência lícita, esta figura delituosa apresenta certos traços característicos que a aproximam de outros tipos penais, como a receptação (CP, art. 180), o favorecimento real (CP, art. 349) e o delito de evasão de divisas (Lei nº 7.492/86, art. 22).

Apesar de ambos serem crimes parasitários ou acessórios, a lavagem de capitais não se confunde com o crime de receptação pelos seguintes motivos: a) segundo a corrente majoritária, o bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais é a ordem econômico-financeira, ao passo que a receptação é crime contra o patrimônio, público ou privado; b) o branqueamento pode ser praticado pelo mesmo autor da infração antecedente; a receptação, não; c) a lavagem tem como objeto material bens móveis ou imóveis, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, enquanto a receptação tem como objeto apenas coisas móveis; d) na lavagem de capitais, o elemento subjetivo está voltado à ocultação e dissimulação da origem ilícita de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal. Em sentido diverso, na receptação, o elemento subjetivo consiste na vontade livre e consciente de adquirir, receber, transportar ou ocultar a coisa, ou de influir para que terceiro de boa-fé a adquira, receba ou oculte, sem a intenção, todavia, de conferir aparência lícita a esses bens. Por isso, se a ocultação tiver o objetivo de dar aparência lícita ao produto da infração antecedente, tipifica-se o crime de lavagem, e não o de receptação.

Noutro giro, também não se pode confundir o crime de lavagem de capitais com o delito de favorecimento real: a) aquele é crime contra a ordem econômico-financeira; este, contra a Administração da Justiça; b) aquele pode ser cometido pelo autor da infração antecedente (autolavagem); o crime previsto no art. 349 do CP não pode ser praticado pelo autor ou partícipe da infração antecedente, vez que o próprio tipo penal dispõe que a conduta se caracteriza pelo auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime, *fora dos casos de coautoria ou de receptação;* c) para a tipificação da lavagem de capitais, ao dolo *genérico* de ocultar ou dissimular a origem de bens provenientes de uma infração penal deve se somar o elemento subjetivo especial de conferir aparência lícita a esses bens; no favorecimento real, inexiste esse especial fim de conferir aparência lícita ao produto de crime anterior.

A modalidade delituosa da lavagem de capitais prevista no art. 1º, § 1º, III, da Lei nº 9.613/98 ("importa ou exporta bens com valores não correspondente aos verdadeiros para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal"), guarda certa semelhança com o crime de evasão de divisas, tipificado no art. 22 Lei nº 7.492/86 ("Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País"), que também resta caracterizado quando o agente promove, a qualquer título, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nela mantém depósitos não declarados à repartição federal competente. Isso porque o superfaturamento na importação constitui um dos métodos mais frequentes de saída indevida de moeda para o exterior. Este conflito aparente de normas deve ser resolvido diante do caso concreto.[77]

Se a intenção do importador for a de evadir divisas, remetendo ao estrangeiro valor superior ao preço de mercado do produto adquirido, com o qual satisfaça sua obrigação com o exportador, locupletando-se do restante, deve ser responsabilizado pela Lei que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. A propósito, como se pronunciou o TRF da 4ª Região, para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98), é necessária a prévia ocorrência de infração penal do qual o numerário seja proveniente. Logo, ausente esta comprovação, deve o acusado ser absolvido em relação à imputação de lavagem. Outrossim, se demonstrado que a empresa promoveu exportação de mercadorias, tendo os acusados recebido os respectivos valores em conta corrente mantida no exterior, ingressando posteriormente com os dólares no país de forma clandestina, resta comprovada a prática do delito previsto no art. 22, parágrafo único, *in fine,* da

76. Nesse contexto: DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 217.

77. Como observa Antônio Carlos Welter, a lavagem tem por objeto bens, direitos ou valores provenientes de atividade ilícita. Já a evasão pode ter por objeto tanto recursos lícitos, como ilícitos, não fazendo o tipo distinção desta natureza. Portanto, a remessa clandestina de divisas para fora do país poderá ter por objeto valores de qualquer natureza, caracterizando-se a violação ainda que os recursos tenham origem ilícita. (*Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 163).

Lei nº 7.492/86, eis que houve manutenção de depósitos no exterior sem declaração às autoridades competentes, prejudicando as divisas nacionais.[78]

No entanto, se o crime do art. 22 da Lei nº 7.492/86 for cometido com a finalidade de ocultar a origem ilícita de bens, produtos ou valores, provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, o agente deverá responder pelo delito de lavagem de capitais, que, por força do princípio da consunção, deverá absorver o crime-meio de evasão de divisas. Em outras palavras, se a finalidade da remessa do dinheiro para o exterior é torná-lo limpo, legitimar a origem de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, e não promover a evasão de divisas do país, temos um só crime: o de lavagem. Há, na hipótese, um conflito aparente de normas, em que a remessa do dinheiro foi o meio para a prática do crime de lavagem. A norma consuntiva ou de absorção constitui uma fase mais avançada para proceder-se a lesão do bem jurídico. Como o bem jurídico tutelado por ambos os delitos é a ordem econômico-financeira, o crime de lavagem (crime consuntivo) absorve o crime contra o sistema financeiro (crime consunto): *lex consumens derogat legi consumptae.*[79]

Nessa linha, como observa Sanctis, "sendo ilícitos os recursos que se pretende evadir, configurada está a lavagem, mas apenas ela, já que o crime de evasão de divisas previsto no parágrafo único, primeira parte (promover a saída), há de restar absorvido por aquela, não servindo o crime financeiro como parâmetro para definição da competência. Aquele que tenta levar divisas para o exterior, pessoalmente, ou por interposta pessoa ou meio, responde, tão-somente, pelo delito de evasão de divisas, desde que fruto de atividade lícita. Contudo, se os valores forem objetos de ilicitude prevista como antecedente do delito de lavagem, é claro que o crime não mais será de evasão. Logo, o fato de remeter ao exterior valores de origem ilegal revela-se um meio para a prática da lavagem de dinheiro, cuja pena é de três a dez anos e multa, não sendo caso de aplicação da teoria do crime progressivo diante da diferenciação aqui proposta. Evasão implica em ofensa exclusivamente ao Sistema Financeiro Nacional. Assim, aquele que tenta sair com valores ilícitos ao exterior e é interceptado no aeroporto, com finalidade de esconder a origem, não mais responderá por evasão de divisas, mas exclusivamente por lavagem de dinheiro. Evasão pressupõe licitude; somente se podem qualificar como divisas o que for legítimo".[80]

14. REVOGADO ROL DOS CRIMES ANTECEDENTES.

Como crime acessório que é, a lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de um delito anterior. Na redação original da Lei nº 9.613/98, havia um rol taxativo de delitos, constante dos revogados incisos do art. 1º da Lei nº 9.613/98: I – tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II – terrorismo e seu financiamento; III – contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV – extorsão mediante sequestro; V – crime contra a administração pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI – crime contra o sistema financeiro nacional; VII – crime praticado por organização criminosa; VIII – crime praticado contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

Destarte, na redação original do crime de lavagem de capitais, ainda que um crime proporcionasse ao agente a obtenção de bens, direitos e valores, não seria possível a tipificação do crime de lavagem se esse delito não constasse do rol taxativo do art. 1º da Lei 9.613/98, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal. Exemplificando, se um funcionário de uma empresa privada se apropriasse de valores dos quais tinha a posse em razão da função e, depois, os depositasse em uma conta bancária criada em nome de um "laranja", em tese teria praticado o delito de apropriação indébita. No entanto, tendo em conta que tal crime não constava do rol dos crimes antecedentes do art. 1º da Lei 9.613/98, o crime de lavagem de capitais não restaria tipificado.

78. TRF-4.ª Reg., ACR 2002.04.01.008993-4, 8.ª T., rel. Élcio Pinheiro de Castro, *DE* 27.06.2007.

79. TRF-1.ª Reg., ACR 2003.36.00.008505-4/MT, 3.ª T., rel. Des. Tourinho Neto, *DJU* 18.08.2006, p. 31). Em sentido diverso, Antônio Carlos Welter (op. cit. p. 165) sustenta que, havendo o propósito de evadir recursos financeiros, mas também o de dissimular sua origem ilícita, impõe-se o reconhecimento do cúmulo material, com a aplicação das duas sanções, visto que distintas as objetividades dos tipos – na lavagem, a ordem econômica, na evasão, a política cambial brasileira – e, portanto, o propósito dos agentes, sendo inviável a absorção de um tipo pelo outro. Há precedentes do TRF da 4ª Região nesse sentido: "(...) Não ficando configurada a absorção do crime de evasão de divisas pelo delito de lavagem de dinheiro quando o agente promove, na condição de "doleiro", a evasão de divisas para os seus clientes e oculta a milionária quantia evadida nas contas bancárias mantidas no exterior, em nome de *offshore* constituída em paraíso fiscal, impõe-se a aplicação do concurso material de delitos, consoante iterativa jurisprudência deste Tribunal". (TRF4, ACR 2005.70.00.034205-1, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 10/03/2010).

80. Op. Cit. p. 68.

Com o advento da Lei nº 12.683/12, a Lei nº 9.613/98 foi transformada em uma legislação de terceira geração, porquanto, doravante, qualquer infração penal poderá figurar como antecedente da lavagem, desde que dela resulte a obtenção de bens, diretos ou valores cuja natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, possa ser objeto de ocultação ou dissimulação.

Sem embargo da extinção do rol taxativo de crimes antecedentes pela Lei nº 12.683/12, parece-nos que subsiste a necessidade de se lembrar os revogados incisos do art. 1º da Lei nº 9.613/98. Isso porque, como exposto anteriormente, a depender da corrente a ser adotada em relação à natureza do crime – instantâneo de efeitos permanentes ou permanente –, a incidência do novo tipo penal do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, somente será possível quando a lavagem de capitais e a infração penal antecedente forem cometidas a partir da vigência da Lei nº 12.683/12. Em outras palavras, se a lavagem de capitais for compreendida como crime de natureza permanente, a nova Lei terá aplicação imediata sobre todas as ocultações em andamento por ocasião de sua vigência. Logo, a ocultação de valores oriundos de infrações antes não listadas como antecedentes da lavagem de capitais (v.g., crimes tributários), mesmo que praticadas antes da vigência do novo texto legal, tipificará o crime do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, desde que o mascaramento seja mantido até a data em que a Lei nº 12.683/12 entrou em vigor – 10 de julho de 2012 –, ainda que o agente não pratique qualquer ato novo. Noutro giro, se entendermos que a lavagem é crime instantâneo de efeitos permanentes, na hipótese de a infração antecedente e a lavagem de capitais terem sido cometidas antes da vigência da Lei nº 12.683/12, mesmo que a ocultação seja mantida após a vigência da nova lei, o crime de lavagem de capitais só restará caracterizado se tal delito estivesse enumerado em um dos revogados incisos do art. 1º da Lei nº 9.613/98. Daí a importância de analisarmos o revogado rol taxativo de crimes antecedentes.

Art. 1º. (...)

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

I – os converte em ativos lícitos;

II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

15. TIPOS DE CONVERSÃO OU TRANSFERÊNCIA E DE AQUISIÇÃO E POSSE.

Trata-se, o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.613/98, de crime formal, também conhecido como delito de resultado cortado ou crime de consumação antecipada. Apesar de a lei prever um resultado naturalístico (ocultação ou dissimulação), não exige a sua ocorrência para efeitos de reconhecimento da consumação. Nesse sentido, basta atentar para a redação do tipo penal, que faz menção ao especial fim de agir "*para ocultar ou dissimular* a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal", do que se infere que este resultado não precisa ocorrer para que haja a consumação da lavagem de capitais, desde que haja a conversão dos valores oriundos do crime em ativos lícitos, aquisição, recebimento, troca, negociação, doação ou recebimento em garantia, guarda, manutenção em depósito, movimentação ou transferência, ou, ainda, importação ou exportação de bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.[81]

Para a consumação do § 1º do art. 1º não é necessária a produção do resultado "ocultação ou dissimulação", como se exige para a consumação do *caput*. Para que a figura do § 1º reste consumada, basta que o agente pratique qualquer uma das condutas enumeradas em seus incisos com o especial fim de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes. Assim, mesmo que não consiga êxito nessa ocultação ou dissimulação, o delito já estará consumado, desde que, a título de exemplo, o agente tenha obtido êxito na conversão dos ativos ilícitos em lícitos.

Diversamente das figuras delituosas do *caput* e do § 2º do art. 1º, que não fazem referência explícita ao elemento subjetivo especial da lavagem, consta expressamente do tipo penal do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, o especial fim de agir "para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal". Cuida-se, pois, de tipo incongruente (ou congruente assimétrico), caracterizado pela presença de um especial fim de agir (ou dolo específico, à luz da teoria natural da ação), *in casu*, "para ocultar ou dissimular". Logo, a simples aquisição de bens

81. Com entendimento semelhante: Jobim, Nelson. A Lei 9.613/98 e seus aspectos. *Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro*, Série Cadernos do CEJ, Conselho da Justiça Federal, 2000, p. 16.

para uso próprio com os proventos de determinada infração penal não caracteriza o crime de lavagem de capitais na modalidade "conversão em ativos lícitos", porquanto ausente o especial fim de agir de ocultar ou dissimular a utilização de bens.

Como observa Assis Toledo, há tipos estruturalmente incongruentes quando a lei estende o tipo subjetivo além do objetivo. Isso acontece, por exemplo, com o crime do art. 159 do Código Penal, no qual, para além do dolo de sequestrar pessoa, deve restar evidenciado o especial fim de agir, caracterizado pelo fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate. Ainda segundo Toledo, também ocorre o defeito de congruência "quando a lei restringe o tipo subjetivo frente ao objetivo (delitos qualificados pelo resultado, nos quais o dolo vai até o resultado parcial – o *minus delictum*), ou quando, no caso concreto, falta a coincidência, exigida pelo tipo legal, entre a parte subjetiva e a objetiva (caso da tentativa)".[82]

A presença dessa finalidade transcendente também é importante para elidir a responsabilidade criminal de terceiros nas hipóteses dos chamados "*negócios socialmente adequados*". Com efeito, carecem de relevância penal condutas como a do taxista que transporta um traficante, de um amigo que utiliza a piscina do agente responsável pela lavagem, do padeiro que lhe vende um pão, ou do médico cuja consulta é paga com valores maculados, mesmo que tenham ciência da infração antecedente. Em todos esses negócios, por mais que o terceiro seja responsável por uma possível conversão dos valores espúrios em ativos lícitos, vê-se ausente o móvel de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal. Evidentemente, se o recebimento de numerário proveniente de infração penal for acompanhado da intenção de cooperar com seu mascaramento, como, por exemplo, nas hipóteses de remuneração por serviços não prestados, para subsequente devolução dos valores com aparência lícita, será perfeitamente possível a responsabilização desse agente pela prática do crime de lavagem de capitais.

Na visão do Supremo, as condutas delituosas do § 1º do art. 1º da Lei nº 9.613/98 são autônomas e subsidiárias, de modo que não há impedimento para que o acusado, no mesmo processo penal, responda separada e subsidiariamente por ações enquadradas em cada um dos preceitos, desde que existente prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.[83]

15.1. Conversão dos produtos ilícitos em ativos lícitos.

A conversão dos ativos ilícitos em lícitos configura o objetivo final do agente responsável pela lavagem de capitais. Em síntese, a conversão ocorre com a transformação dos valores provenientes de infração penal em bens passíveis de integrar o patrimônio do agente. Diversas técnicas são utilizadas nesse momento, todas elas objetivando a inclusão de dinheiro sujo no sistema financeiro, tais como a venda de ações e outras operações de títulos ou valores mobiliários, compra e venda em bolsas de mercadorias, aquisição de ativos ou de instrumentos monetários, criação de empresas de "fachada", aquisição de joias, pedras, metais preciosos, objetos de arte e antiguidades etc. Outro exemplo interessante de lavagem nessa modalidade de conversão ocorre com o tráfico de drogas, em que é muito comum a troca de grandes volumes de dinheiro em espécie, geralmente notas de pequeno valor, pelo seu equivalente em notas de maior valor, as quais despertam menos suspeitas e são mais fáceis de ocultar.

Grosso modo, qualquer transformação no estado do bem através da sua substituição por ativo diverso daquele oriundo da infração penal antecedente é suficiente, *de per si*, para caracterizar esta figura delituosa. Vejamos alguns exemplos:

a) intensa movimentação financeira e patrimonial de pessoas ligadas aos criminosos, sobretudo da ex-esposa da pessoa apontada como chefe da quadrilha;[84]

b) movimentação bancária de valores de modo a simular operação financeira lícita;[85]

c) saques em espécie na conta em que recursos desviados do Poder Público haviam sido depositados a título de patrocínio; transferências bancárias triangulares e complexas entre os acusados; pagamento de colaboradores de campanha eleitoral diretamente pela empresa utilizada para a lavagem dos recursos obtidos mediante crime contra a Administração Pública; celebração de empréstimos aparentemente fraudulentos junto a instituição financeira, com a abertura de inúmeras contas em nome de empresas dos acusados, de modo a ocultar a localização, propriedade e

82. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 151.

83. STF, Pleno, Inq. 2.471/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29/09/2011.

84. STJ, 5ª Turma, RMS 16.813/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 23/06/2004, DJ 02/08/2004 p. 433.

85. STJ, 6ª Turma, HC 11.462/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 17/10/2000, DJ 04/12/2000, p. 109.

movimentação de valores obtidos por meio de crime antecedente de peculato.[86]

O inciso I do § 1º do art. 1º da Lei nº 9.613/98 é nítido exemplo de tipo subsidiário (soldado de reserva), na medida em que, se efetivamente obtida a ocultação ou dissimulação por meio da conversão dos produtos ilícitos em ativos lícitos, a conduta não mais tipificará esse delito, mas sim a figura do caput do art. 1º.

15.2. Receptação do produto da infração penal antecedente.

Pelo tipo penal do inciso II do § 1º do art. 1º da Lei nº 9.613/98, pune-se a figura do receptador de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, que os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere *com o objetivo de ocultar ou dissimular sua origem ilícita*. As condutas incriminadas são:

a) adquirir: incorporação patrimonial do objeto da lavagem a título de domínio, seja sob a forma onerosa (compra), seja sob a forma gratuita (doação), consumando-se com a transferência da propriedade;

b) receber: aceitação ou aquisição de posse ou detenção do objeto da infração antecedente a qualquer título, consumando-se com a posse ou detenção do bem;

c) trocar: permuta, transferência, consumando-se com a posse pelas partes dos bens cambiados;

d) negociar: qualquer forma de transação comercial ou financeira envolvendo ativos ilícitos;

e) dar ou receber em garantia: aceitação ou entrega do objeto da lavagem como forma de assegurar o cumprimento de uma obrigação;

f) guardar: recebimento do bem para conservação em benefício do agente da lavagem;

g) ter em depósito: retenção ou manutenção dos bens à disposição do próprio agente;[87]

h) movimentação: circulação dos bens, especialmente pelo sistema financeiro, alcançando também o deslocamento físico de bens móveis fungíveis ou infungíveis;

i) transferência: modificação do domínio dos bens, direitos e valores.

15.3. Importação ou exportação de bens com valores falsos. Subfaturamento e sobrefaturamento.

Também incorre na pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa, quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, importa (traz de outro país) ou exporta (vende algo, remetendo-o para fora do país onde foi produzido) bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Esses bens importados ou exportados não necessariamente precisam ser produtos da infração antecedente. A intenção do agente, ao superfaturar ou subfaturar a importação/exportação, é ocultar a origem do lucro ilícito obtido com o delito-base, ao mesmo tempo em que tais valores são inseridos no sistema financeiro.

> **Art. 1º. (...)**
>
> **(...)**
>
> **§ 2º** Incorre, ainda, na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)
>
> **I** – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)
>
> **II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.**

16. UTILIZAÇÃO DO PRODUTO DA LAVAGEM NA ATIVIDADE ECONÔMICA OU FINANCEIRA.

Na figura típica prevista no art. 1º, § 2º, I, da Lei nº 9.613/98, com redação determinada pela Lei nº 12.683/12, o agente utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal. Na redação original do referido dispositivo legal, como o legislador havia feito uso da expressão "*que sabe serem provenientes*", subentendia-se que este tipo penal somente restaria configurado com a presença do dolo direto.

No entanto, com o advento da Lei nº 12.683/12, houve a supressão da parte final do art. 1º, § 2º, I, da Lei nº 9.613/98. Por consequência, esta figura

86. STF, Pleno, Inq. 2.280/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/12/2009, DJe 55 25/03/2010.

87. Como se manifestou o TRF da 4ª Região, "não pode a Lei 9.613/98, sob pena de afronta ao princípio da reserva legal, retroagir para alcançar lavagem de bens, direitos ou capitais consumada anteriormente à sua edição. Todavia, se, após o branqueamento inicial, outras negociações, agora já sob a égide do referido diploma legal, são realizadas com a finalidade de distanciar a origem criminosa do patrimônio, não há falar, diante da norma incriminadora contida no § 1º, II, do art. 1º da Lei 9.613/98, em atipicidade flagrante destes fatos passível de reconhecimento nos estritos limites de cognição do *writ*". (TRF-4.ª Reg., HC 2007.04.00.003551-3, 8.ª T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, *DE* 11.04.2007).

delituosa passa a admitir sua punição tanto a título de dolo direto quanto a título de dolo eventual. Logo, se o agente suspeitar da origem infracional dos bens e mesmo assim os utilizar na atividade econômica ou financeira, assumindo o risco de produzir o resultado "lavagem de capitais", deverá responder pelo crime do art. 1º, § 2º, I, da Lei nº 9.613/98. À evidência, como houve o acréscimo da punição a título de dolo eventual, trata-se, nesse ponto, de *novatio legis in pejus*, aplicável apenas aos crimes cometidos a partir da vigência da Lei nº 12.683/12, que se deu em data de 10 de julho de 2012.

Diversamente da figura delituosa do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, não consta expressamente do art. 1º, § 2º, a menção ao especial fim de agir de "ocultar ou dissimular" a origem ilícita dos valores. No entanto, como visto anteriormente ao tratarmos do art. 1º, *caput*, prevalece o entendimento de que essa finalidade transcendente também é necessária para a caracterização dessa figura delituosa. Consequentemente, a mera utilização de valores provenientes de infração penal na atividade econômica ou financeira desacompanhada da vontade de ocultar ou dissimular sua origem não tipifica o crime de lavagem de capitais.

O tipo penal do art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, não se confunde com o crime de receptação qualificada previsto no art. 180, § 1º, do Código Penal ("utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que sabe ser produto de crime"). Em primeiro lugar, porque a receptação qualificada é crime próprio, cujo autor é apenas aquele que exerce com habitualidade a atividade comercial ou industrial, ao passo que o crime de lavagem de capitais pode ser praticado por qualquer pessoa que utilize os bens em atividade econômica ou financeira, mesmo sem habitualidade. Em segundo lugar, enquanto a receptação qualificada não pode ter como sujeito ativo o autor do delito anterior, a lavagem de capitais pode ser praticada pelo mesmo autor da infração penal antecedente (autolavagem).

17. ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE LAVAGEM DE CAPITAIS.

O art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/98, incrimina a conduta do agente que participa de grupo, associação ou escritório, tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes de lavagem de capitais. Houve, aqui, uma preocupação por parte do legislador em coibir toda e qualquer forma de contribuição à prática da lavagem, quando, na verdade, esse auxílio já estaria abrangido pela regra do art. 29, caput, do CP, segundo a qual "quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Segundo William Terra de Oliveira,[88] a tipificação do inciso em questão depende do preenchimento dos seguintes requisitos: a) demonstração de que o grupo realmente existe: seja ele a reunião de pessoas, um escritório, uma associação ou simplesmente uma pessoa jurídica; b) presença de uma mínima estabilidade associativa: a verificação de que o grupo de pessoas está reunido de maneira estável e não eventual, e que as atividades estão programadas para o cometimento de um número indeterminado de delitos (e não para a prática de uma simples operação ilícita); c) que existam finalidades concretas voltadas aos crimes descritos na lei: é preciso restar esclarecido um desiderato comum direcionado à atividade de lavagem de dinheiro, ainda que esta atividade não seja a exclusiva ou a principal do grupo; d) finalmente, a conduta individual deve ser penalmente relevante, ou seja, é importante descobrir se em dado momento ocorreu uma efetiva adesão aos planos coletivos, e que esta participação por si mesma merece uma reprimenda penal. De tal sorte, se a conduta do agente em nada podia influir sobre os destinos e mantença do grupo, ou nada contribuía para a atividade de lavagem de dinheiro, não existirá responsabilidade penal alguma.

Acerca do tipo penal em questão, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: "É imprópria a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, sob a alegação de que o paciente não seria sócio das empresas, atuando, apenas, como advogado de uma delas, se evidenciado, nos autos, a presença de indícios suficientes para a possível configuração do crime de lavagem de dinheiro e a participação, em tese, do paciente em suas atividades".[89]

Parte minoritária da doutrina entende que a figura delituosa constante do art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/98, consiste em forma específica do crime de associação criminosa, previsto na nova redação do art. 288 do Código Penal. Logo, trata-se de crime autônomo em relação à lavagem, podendo o agente responder pelo crime ora descrito em

88. A Criminalização da Lavagem de Dinheiro (Aspectos penais da Lei 9.613 de 1º de março de 1998. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6, nº 23, p. 127, jul.-set. 1998.

89. STJ, RHC 11.918/SP, 5.ª T., j. 13.08.2002, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 16.09.2002, p. 202. Para mais detalhes acerca da responsabilização criminal de advogados pela prática do crime de lavagem de capitais, remetemos o leitor ao tópico pertinente aos sujeitos do crime, onde o tema foi abordado separadamente.

concurso material com a figura do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/98.[90]

Art. 1º. (...)
(...)
§3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.
(...)

18. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.

Tratando-se de crime plurissubsistente, afigura-se possível a tentativa do crime de lavagem de capitais, dado que o agente pode, antes de completar a conduta ligada à primeira fase do crime (colocação), ser interrompido em um ato de início dessa execução. Exemplificando, imagine-se a hipótese em que o agente, logo após ter recebido o preço de um resgate resultado de um delito de extorsão mediante sequestro, venha a ser interceptado em flagrante no momento em que tentava depositar os valores na conta de um "laranja".

De acordo com o art. 1º, § 3º, da Lei de Lavagem de Capitais, a tentativa será punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal, ou seja, com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços). O critério de diminuição (de um a dois terços) deverá sempre levar em conta o *iter criminis*, verificando-se no caso concreto até que ponto chegou a operação de lavagem de capitais.

De se ver que tal previsão é absolutamente desnecessária, mostrando evidente falta de técnica por parte do legislador. Isso porque, consoante disposto no art. 12, *caput*, do CP, "as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial se esta não dispuser de modo diverso". Em outras palavras, quisesse o legislador fazer uso das regras gerais do Código Penal – e foi essa sua intenção, haja vista o teor do art. 1º, § 3º – bastaria manter-se em silêncio, com a consequente aplicação das regras gerais do CP (art. 12).

O crime de lavagem de capitais estará consumado quando houver o primeiro ato de mascaramento dos valores ilícitos, porquanto o tipo penal em questão não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem grande vulto e complexidade.[91]

Como exposto anteriormente, apesar de o modelo sugerido pelo Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI) apontar que um ciclo completo de lavagem de capitais abrange a colocação, a dissimulação e a integração, a consumação desse crime independe do aperfeiçoamento dessas 3 (três) fases. Afinal, nenhum dos tipos penais de lavagem exige, para sua consumação, que o valor sujo venha a ser integrado com aparência lícita ao sistema econômico formal. Isso porque essa incorporação dos bens na economia formal com aparência lícita funciona, na verdade, como exaurimento da infração penal.

18.1. Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de valores não declarados mantidos no exterior e extinção da punibilidade do crime de lavagem de capitais.

Atente o leitor para a novel causa extintiva da punibilidade criada pela Lei n. 13.254/16, que cuida do regime especial de regularização cambial e tributária (RERCT) de valores não declarados remetidos ao exterior. Consoante disposto em seu art. 5º, §§1º e 2º, a adesão ao referido programa, associada ao pagamento integral dos impostos pertinentes e das multas devidas, *desde que antes do trânsito em julgado da decisão criminal condenatória*, acarretará a extinção da punibilidade em relação aos seguintes delitos: a) crimes tributários previstos nos arts. 1º e 2º, I, II e V, ambos da Lei n. 8.137/90; b) crimes de sonegação fiscal previstos na Lei n. 4.729/65; c) sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. Art. 337-A); d) falsificação de documento público, falsificação de documento particular, falsidade ideológica e uso de documento falso (CP, arts. 297, 298, 299 e 304, respectivamente), desde que exaurida sua potencialidade lesiva com a prática dos crimes citados nas alíneas "a", "b" e "c"; e) evasão de divisas (Lei n. 7.492/86, art. 22, *caput*, e parágrafo único); f) *lavagem de capitais, mas apenas quando o objeto do crime for bem, direito ou valor, proveniente, direta ou indiretamente, dos crimes acima citados.* A Lei n. 13.254/16 também prevê que a regularização de ativos mantidos em nome de interposta pessoa estenderá a ela esta novel causa extintiva da punibilidade (art. 4º, §5º).

Art. 1º. (...)
(...)
§4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por inter-

90. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. p. 427.

91. STF, 1ª Turma, RHC 80.816/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.06.2001, DJ 18.06.2001.

médio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

(...)

19. CAUSA DE AUMENTO DE PENA.

De acordo com o § 4º do art. 1º da Lei nº 9.613/98, com redação determinada pela Lei nº 12.683/12, a pena do crime de lavagem de capitais será aumentada de 1 (um) a 2/3 (dois terços), se o crime for cometido de forma reiterada – na redação antiga, utilizava-se a expressão "habitual" –, ou por intermédio de organização criminosa.

Por força da redação original do art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, se o crime fosse cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa, só era possível a aplicação desta causa de aumento de pena nos casos previstos no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/98, e desde que o crime antecedente estivesse previsto entre os incisos I a VI. Portanto, não se aplicava a referida causa de aumento de pena aos tipos derivados constantes dos §§ 1º e 2º do art. 1º, nem tampouco se o crime de lavagem fosse cometido de forma habitual, tendo como delito antecedente a hipótese do inciso VIII do caput do art. 1º (crime praticado por particular contra a administração pública estrangeira), sob pena de evidente violação ao princípio da reserva legal. Poder-se-ia pensar que os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira estariam inseridos dentro do Título XI do Código Penal ("Dos crimes contra a administração pública"), logo, estariam abrangidos pela hipótese do inciso V do caput do art. 1º, a eles também se aplicando a causa de aumento de pena do § 4º do art. 1º. Porém, como esses crimes dos arts. 337-B, 337-C e 337-D só foram inseridos no Código Penal pela Lei 10.467/2002, ou seja, após a entrada em vigor da Lei 9.613/98, sendo criado um inciso específico para eles no art. 1º, *caput*, qual seja, o inciso VIII, somos levados a acreditar que a causa de aumento de pena do § 4º não se aplicava quando o crime antecedente fosse o de particular contra a administração pública estrangeira.

Com o advento da Lei nº 12.683/12, a nova redação conferida ao art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, deixou de fazer menção ao crime previsto no *caput* do art. 1º. De fato, consta do referido dispositivo tão somente que "a pena será aumentada de um a dois terços, *se os crimes definidos nesta Lei* forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa". Como se percebe, ausente qualquer referência ao crime do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/98, é de se concluir que a majorante em análise passará a incidir em relação a qualquer figura delituosa do art. 1º, seja aquela constante do *caput*, sejam aquelas previstas nos §§ 1º e 2º. Evidentemente, no tocante à incidência desta causa de aumento de pena aos crimes do art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.613/98, trata-se, a nova redação do art. 1º, § 4º, de nítido exemplo de *novatio legis in pejus*, daí por que o aumento da pena de um a dois terços só poderá incidir em relação aos crimes de lavagem de capitais cometidos a partir do dia 10 de julho de 2012, data da vigência da Lei nº 12.683/12.

A redação anterior do art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, previa o aumento da pena se o crime fosse cometido de forma "habitual". A Lei nº 12.683/12 substituiu a expressão "*habitual*" por "*reiterada*". Sob o argumento de que a lei não contém substituição de palavras inúteis, há quem entenda que, doravante, a incidência da majorante passa a dispensar a comprovação da habitualidade criminosa, sendo suficiente a demonstração de que o agente praticou mais de uma lavagem de dinheiro.[92] Sem embargo de entendimento em sentido contrário, parece-nos não haver qualquer distinção entre as expressões "*habitual*" e "*reiterada*", já que reiterar significa "fazer de novo, repetir".[93]

Como a própria lei traz uma causa de aumento de pena para a lavagem quando ela for praticada de forma reiterada, conclui-se que a habitualidade não é uma elementar do tipo de lavagem, como acontece em outros crimes, como o exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (art. 282 do CP). Na verdade, o art. 1º, § 4º, cuida da figura da habitualidade criminosa, da reiteração delituosa, ou do criminoso habitual, conceito este que não se confunde com o de crime habitual.

No crime habitual, o delito é único, figurando a habitualidade como elementar do tipo. Na habitualidade criminosa, há pluralidade de crimes, sendo a habitualidade uma característica do agente, e não da infração penal. No crime habitual, a prática de um ato isolado não gera tipicidade, ao passo que, na habitualidade criminosa, tem-se uma sequência de atos típicos que demonstram um estilo de vida do autor, ou seja, cada um dos crimes anteriores já é suficiente *de per si* para a caracterização da lavagem, sendo que o conjunto de delitos autoriza o aumento da pena.[94]

92. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 154.

93. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009. p. 1.637.

94. Como já se pronunciou o Supremo, "as características reveladas pelo modo de ação do paciente na perpetração dos cinco crimes de estelionato revelam que houve mera reiteração no crime, e não continuidade delitiva, convergindo para a conclusão de que o paciente adotou o crime como meio

Para a incidência da causa de aumento de pena do § 4º, não se exige uma homogeneidade de circunstâncias de tempo, lugar e *modus operandi*, tal qual se exige para o reconhecimento do crime continuado (CP, art. 71), reservando-se ao criminoso profissional tratamento ainda mais gravoso – aumento de pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Logo, quando houver um nexo de continuidade pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, aplica-se a regra do crime continuado para a reiteração da lavagem de capitais. Lado outro, quando houver a reiteração da lavagem de capitais sem qualquer nexo de continuidade, restando comprovado que o acusado investia na prática delituosa de lavagem de capitais de forma reiterada e frequente, é perfeitamente possível o aumento da reprimenda em razão do art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98.[95]

A causa de aumento de pena do art. 1º, § 4º, também deverá ser aplicada se os crimes previstos no art. 1º, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.613/98, forem cometidos por intermédio de organização criminosa, cujo conceito passou a constar do art. 1º, § 1º, da nova Lei das Organizações Criminosas.

Por fim, convém destacar que não há *bis in idem* entre a majorante do § 4º do art. 1º da Lei 9.613/98 e a condenação por associação criminosa, uma vez que se está diante de duas objetividades jurídicas distintas. A lavagem de capitais tem como bem jurídico tutelado a ordem econômico-financeira, ao passo que o crime de associação criminosa é espécie de crime contra a paz pública.[96]

Art. 1º. (...)

(...)

§5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

(...)

20. COLABORAÇÃO PREMIADA.[97]

No direito comparado, em países como a Itália e a Espanha, a colaboração premiada nasceu da necessidade de se combater o terrorismo e o crime organizado. De modo distinto, no Brasil, o incremento da criminalidade violenta direcionada a certos seguimentos sociais mais privilegiados e que, até então, estavam imunes a ataques mais agressivos (sequestros, roubos a estabelecimentos bancários), o crescimento do tráfico de drogas e o aumento da criminalidade de massa (roubos, furtos, etc.), sobretudo nos grandes centros urbanos, levou nosso legislador, impelido pelos meios de comunicação e pela opinião pública, a editar uma série de leis penais mais severas. A partir da década de 90, houve uma maciça inserção da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio. Vários dispositivos legais passaram a dispor sobre o instituto, variando apenas quanto a seu objetivo, bem como no tocante aos benefícios concedidos pela lei ao colaborador. Os primeiros dispositivos legais que trataram da colaboração premiada no Brasil são os seguintes: a) Lei 8.072/90, art. 8º, parágrafo único; b) CP, art. 159, § 4º; c) revogada Lei nº 9.034/95, art. 6º; d) Lei nº 7.492/86, art. 25, § 2º; e) Lei nº 8.137/90, art. 16, parágrafo único.

Em todos esses dispositivos, fica fácil perceber que, aos olhos do colaborador, o benefício concedido pelo legislador não se afigura muito sedutor. Isso porque este só poderá obter como prêmio legal uma diminuição de sua pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços), a depender do grau de sua colaboração. Ou seja, levando-se em consideração que a traição geralmente é punida com uma "pena de morte" pelos criminosos, não há estímulo algum à delação se o colaborador já sabe de antemão que provavelmente continuará cumprindo pena, quiçá no mesmo estabelecimento prisional que seus antigos comparsas.

de vida. Firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da descaracterização do crime continuado "quando, independentemente da homogeneidade das circunstâncias objetivas, a natureza dos fatos e os antecedentes do agente identificam reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional" (HC 70.891, rel. Min. Sepúlveda Pertence)". (STF, HC 72.848/SP, 1.ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 24.11.1995).

95. STJ, 5ª Turma, HC 19.902/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* 10.03.2003, p. 256.

96. TRF – 4.ª Reg., ACR 2002.70.02.006666-0, 7.ª T., rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère, *DJ* 23.02.2005. Para Bitencourt e Busato (*Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42), não é possível dupla punição pelo crime de lavagem de capitais com a majorante do § 4º, última parte, do art. 1º da Lei nº 9.613/98, e pelo crime de organização criminosa, tipificado no art. 2º da Lei nº 12.850/13, porquanto se trata da valoração do mesmo fato para efeito de ampliação da sua punição, o que caracteriza o indesejado *bis in idem*. Destarte, por força do princípio da especialidade, sustentam os autores que há duas possibilidades: o agente deve responder tão somente pelo crime de lavagem de capitais, com a aplicação da majorante do § 4º do art. 1º da Lei nº 9.613/98, ou responde pelo crime de lavagem de capitais sem a aplicação da referida majorante, porém em concurso material com o crime de organização criminosa.

97. Para mais detalhes acerca da colaboração premiada, remetemos o leitor ao capítulo referente à Lei das Organizações Criminosas (arts. 4º a 7º).

Foi exatamente essa a grande inovação trazida pela Lei de Lavagem de Capitais, quando entrou em vigor em 4 de março de 1998. Isso porque, em sua redação original, o art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/98, dispunha que a pena devia ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começar a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborasse espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzissem à apuração das infrações penais *e* de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Com o advento da Lei nº 12.683/12, o art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, sofreu sensível modificação, *in verbis:* "A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto *ou semiaberto*, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, *a qualquer tempo*, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, *ou* à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime".

Da leitura da nova redação do art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, depreende-se que 3 (três) benefícios distintos podem ser concedidos ao colaborador na lei de lavagem de capitais:

a) **diminuição de pena de um a dois terços e fixação do regime inicial aberto ou semiaberto**: na redação antiga do dispositivo, a Lei nº 9.613/98 fazia menção ao início do cumprimento da pena apenas no regime aberto. Com as mudanças produzidas pela Lei nº 12.683/12, o início do cumprimento da pena, após a redução de um a dois terços, poderá se dar tanto no regime aberto quanto no semiaberto;

b) **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**: a depender do grau de colaboração, poderá o juiz deferir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pouco importando que o fato não se amolde às disposições do art. 44 do Código Penal, que dispõe sobre as hipóteses em que é cabível a substituição da pena;

c) **perdão judicial como causa extintiva da punibilidade**: nesse caso, o acordo de imunidade pode ser viabilizado pelo arquivamento da investigação em relação ao colaborador, com fundamento no art. 129, I, da CF, c/c art. 28 do CPP, ou pelo oferecimento da denúncia com pedido de absolvição sumária pela aplicação do perdão judicial, nos termos do art. 397, IV, do CPP, c/c art. 107, IX, do CP.[98]

Para ser beneficiado, deve o colaborador prestar esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, *ou* à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Diversamente do quanto disposto na redação original do art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, que fazia menção à apuração das infrações penais *e* de sua autoria, a nova redação conferida a este dispositivo pela Lei nº 12.683/12 faz uso da conjunção alternativa "*ou*", do que se depreende que os três objetivos são alternativos, e não cumulativos. Por consequência, basta que a colaboração produza um dos três efeitos previstos na lei:

1) **apuração das infrações penais**: não há qualquer referência a qual das infrações penais a colaboração espontânea se refere, se apenas à lavagem de capitais, às infrações penais antecedentes ou a ambas. Diante do silêncio da Lei, parece-nos que o ideal é concluir que o dispositivo refere-se à apuração de ambas as infrações, ou seja, tanto da lavagem de capitais quanto das infrações antecedentes. Na verdade, o ideal é pensar na apuração das infrações penais para as quais o colaborador tenha concorrido. Em outras palavras, se o acusado concorreu para a infração penal antecedente e para a lavagem de capitais, sua colaboração deve abranger ambas as infrações penais. Lado outro, tendo em consideração a autonomia do crime de lavagem de capitais em relação às infrações antecedentes, na hipótese de o acusado responder criminalmente apenas pelo delito de branqueamento de capitais por não ter concorrido para o ilícito pretérito, sua colaboração deve guardar relação apenas com o crime que lhe é imputado;

2) **identificação dos demais coautores e partícipes:** o art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, refere-se à identificação dos demais coautores e partícipes. Diante da utilização da conjunção aditiva "e", a concessão dos prêmios legais ao colaborador somente será possível caso as informações por ele prestadas sejam capazes de identificar todos

98. Para o Supremo, todavia, a denúncia deve ser oferecida para que o magistrado aplique o perdão judicial ao final do processo, desde que constatada a efetividade da colaboração. A propósito, veja-se parte da ementa de questão de ordem decidida pelo Plenário no caso Mensalão: "Necessidade da denúncia para possibilitar o cumprimento dos termos da Lei nº 9.807/99 e do acordo de colaboração firmado pelo Ministério Público Federal com os acusados. (...) Questão de ordem resolvida para julgar ausente violação à decisão do plenário que indeferiu o desmembramento do feito e, afastando sua condição de testemunhas, manter a possibilidade de oitiva dos co-réus colaboradores nestes autos, na condição de informantes". (STF, Pleno, AP 470 QO3/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/10/2008, DJe 079 29/04/2009).

os indivíduos que concorreram para a prática delituosa, seja no sentido de apontar os corréus não descobertos, seja no sentido de confirmar a participação daqueles já conhecidos;

3) **localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.**

De acordo com o art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, a cooperação deve ser *espontânea* e produtiva ao sucesso da persecução penal. Apesar de a Lei nº 9.613/98 e outros dispositivos legais que versam sobre o assunto dizerem que a colaboração deve ser *espontânea* – ato espontâneo é aquele cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência alheia – pensamos que deve preponderar a vontade de colaborar com as autoridades estatais. Portanto, para que o agente faça jus aos benefícios referentes à delação premiada, nada impede que o agente tenha sido aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação. Ato espontâneo, portanto, para fins de colaboração premiada, deve ser compreendido como o ato voluntário, não forçado, ainda que provocado por terceiros.[99]

Ademais, como observa a doutrina, é de todo irrelevante qualquer análise quanto à motivação do agente, pouco importando se a colaboração decorreu de legítimo arrependimento, de desejo de vingança em relação aos antigos comparsas, de medo ou mesmo de evidente interessa na obtenção da vantagem prometida pela Lei.[100]

Como se trata, a colaboração premiada, de espécie de meio de obtenção de prova, à primeira vista, poder-se-ia concluir que o benefício somente seria aplicável até o encerramento da instrução probatória em juízo. Ligada que está à descoberta de fontes de prova, é intuitivo que sua utilização será muito mais comum na fase investigatória ou durante o curso da instrução processual. Porém, não se pode afastar a possibilidade de concessão do prêmio mesmo após o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. De fato, a partir de uma interpretação teleológica das normas instituidoras da colaboração premiada, cujo objetivo pode subsistir para o Estado mesmo após a condenação daquele que deseja colaborar, deve-se admitir a incidência do instituto após o trânsito em julgado de sentença condenatória, desde que ela ainda seja objetivamente eficaz.[101]

Nessa linha, especial atenção deve ser dispensada ao art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, que passou a dispor expressamente acerca da possibilidade de a colaboração premiada ser celebrada *a qualquer tempo*. Pode parecer estranho que o dispositivo se refira à celebração do acordo de colaboração premiada *a qualquer tempo*. Todavia, na hipótese de o produto direto ou indireto da infração penal antecedente não ter sido objeto de medidas assecuratórias durante o curso da persecução penal, inviabilizando ulterior confisco, tendo em conta, ademais, que um dos objetivos da colaboração premiada na Lei 9.613/98 é exatamente a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime de lavagem de capitais, é intuitivo que tais informações podem ser prestadas pelo agente mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Destarte, ante a nova redação do art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, desde que aferida sua eficácia objetiva, é possível que a colaboração premiada seja celebrada durante toda a persecução penal – fase investigatória e fase judicial –, assim como na fase de execução penal. Tratando-se de norma mais benéfica para o colaborar, este novo regramento acerca da possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada a qualquer tempo pode retroagir para beneficiar condenados por lavagem de capitais, mesmo que a decisão condenatória tenha transitado em julgado antes da vigência da Lei nº 12.683/12.

> **Art. 1º.** (...)
> (...)
> **§6º.** Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

20.1. (Im) possibilidade de utilização da ação controlada e da infiltração de agentes para apuração dos crimes de lavagem de capitais.

A ação controlada consiste no retardamento da intervenção do aparato estatal, que deve ocorrer no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal. Cuida-se de importante

99. Em sentido diverso, referindo-se ao art. 6º da revogada Lei 9.034/95, que fazia uso da expressão "espontânea", concluiu o STJ que a revelação do indiciado deve ser espontânea, ou seja, de livre vontade, sem a instigação ou coação de terceiros e eficaz, ou seja, deve produzir efeitos práticos quanto aos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou na localização do produto, substância ou droga ilícita: STJ, 5ª Turma, REsp 628.048/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 24/03/2009, DJe 13/04/2009.

100. Com esse entendimento: ARANHA, Adalberto Camargo. Op. cit. p. 138.

101. Nesse sentido: FREIRE JR., Américo Bedê. *Qual o meio processual para requerer a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória?* In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano VI, nº 36, Porto Alegre, fev.-mar./2006, p. 235.

técnica especial de investigação, prevista expressamente na Lei de Lavagem de Capitais (art. 4º-B e art. 1º, §6º), na Lei de Drogas (art. 53, II) e na Lei das Organizações Criminosas (arts. 8º e 9º).

Consoante disposto no art. 4º-B da Lei nº 9.613/98, com redação determinada pela Lei nº 12.683/12, é possível que o juiz determine a suspensão da ordem de prisão de pessoas ou das medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações, seja por impedir a identificação de outros criminosos envolvidos com o esquema de lavagem de capitais, seja por impedir a descoberta de outros bens objeto dos crimes previstos nesta lei (princípio da oportunidade). O art. 4º-B da Lei nº 9.613/98, acrescentado pela Lei nº 12.683/12, corresponde, grosso modo, ao antigo art. 4º, § 4º. A única diferença é que o dispositivo antigo referia-se à suspensão "da apreensão e do sequestro", ao passo que o novel dispositivo faz menção à suspensão das "medidas assecuratórias". Esta mudança era absolutamente necessária pelo fato de o novo art. 4º da Lei nº 9.613/98 passar a admitir a aplicação de qualquer medida assecuratória, e não mais apenas a apreensão e o sequestro.

Com a obtenção prévia da autorização judicial para a efetivação da medida e o sobrestamento de sua eficácia, a investigação criminal é otimizada com o ganho de tempo, já que, chegado o momento oportuno para o cumprimento da ordem judicial, não mais será necessário requerê-la e aguardar seu deferimento pela autoridade judiciária competente para somente então dar-lhe cumprimento.

Diversamente da Lei nº 11.343/06 e da Lei nº 12.850/13, a Lei nº 9.613/98 silenciou quanto ao adiamento da prisão em flagrante. De fato, ao se referir à suspensão da ordem de prisão de pessoas, inequivocamente referiu-se à prisão preventiva, eis que a prisão em flagrante não depende de ordem judicial. Assim, para a autoridade policial e seus agentes, a prisão em flagrante continua figurando como obrigatória nos casos de lavagem de capitais, eis que não abrangida pelo dispositivo em análise.[102]

Nesse momento posterior, ao descobrir os elementos probatórios mais relevantes, a autoridade policial não poderá realizar a prisão em flagrante pelo ato pretérito que foi tolerado com vista à eficácia da investigação, vez que não mais existirá qualquer das situações de flagrante do art. 302 do CPP. Nesse sentido, Badaró e Bottini sustentam que não se pode admitir uma autorização genérica, deixando a autoridade policial com a discricionariedade plena para cumpri-la quando melhor lhe aprouver, sem qualquer limitação temporal. Por isso, sugerem que, caso autorizada a suspensão do cumprimento da medida cautelar deferida, caberá ao juiz, atendendo às circunstâncias do caso concreto e, principalmente, ao prognóstico realizado quanto ao *periculum libertatis*, definir o prazo máximo pelo qual a medida poderá deixar de ser cumprida.[103]

Apesar de o art. 4º-B da Lei nº 9.613/98 referir-se apenas ao sobrestamento da ordem de prisão ou das medidas assecuratórias, parece-nos que sua aplicação também pode ser estendida às medidas cautelares diversas da prisão, recentemente introduzidas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11. Afinal, se a própria Lei nº 9.613/98 admite a suspensão do cumprimento da ordem de prisão preventiva, é de todo evidente que essa possibilidade também deve ser estendida às demais medidas cautelares de natureza pessoal (v.g., suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira).

Eis que surge, então, o Pacote Anticrime, e acrescenta ao art. 1º da Lei n. 9.613/98 o §6º: "Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes".

Quanto ao agente infiltrado, assim compreendido como aquele que é introduzido dissimuladamente em uma organização criminosa, passando a agir como um de seus integrantes, ocultando sua verdadeira identidade, com o objetivo precípuo de identificar fontes de prova e obter elementos de informação capazes de permitir a desarticulação da referida associação, a interpretação do dispositivo não causa nenhuma controvérsia. O legislador da Lei n. 13.964/19 houve por bem incorporar a referida técnica especial de investigação aos crimes de lavagem de capitais. A despeito do silêncio do art. 1º, §6º, da Lei n. 9.613/98, incluído pelo Pacote Anticrime, o ideal é concluir que o procedimento probatório a ser utilizado, para fins de infiltração de agentes, é aquele previsto na Lei das Organizações Criminosas (arts. 10 a 14).[104] Afinal, o único diploma normativo a tratar do referido procedimento probatório é a Lei n. 12.850/13.

102. No mesmo sentido: MAIA, Rodolfo Tigre (*Lavagem de dinheiro – lavagem de ativos provenientes de crime – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 134). Em sentido diverso, Marco Antônio de Barros sustenta ser possível o retardamento da prisão em flagrante pela autoridade policial (*Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas – com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 250).

103. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 340.

104. Para mais detalhes acerca da infiltração de agentes, remetemos o leitor aos comentários à Lei das Organizações Criminosas.

Se a interpretação do art. 1º, §6º, da Lei n. 9.613/98, não apresenta maiores problemas quanto ao agente infiltrado, o mesmo não pode ser dito quanto à parte em que o dispositivo passa a admitir a ação controlada. De fato, causa enorme estranheza – algo recorrente, aliás, na interpretação dos diversos dispositivos introduzidos no nosso ordenamento jurídico pelo Pacote Anticrime – o fato de o dispositivo em questão admitir a utilização da ação controlada em relação aos crimes de lavagem de capitais, pela singela razão de que tal técnica de investigação já estava expressamente prevista na própria Lei de Lavagem de Capitais, mais precisamente em seu art. 4º-B, incluído pela Lei n. 12.683/12.

Como, então, interpretar, esse dispositivo, especificamente nessa parte? Certamente haverá quem diga que o legislador do Pacote Anticrime quis apenas reforçar a possibilidade de utilização da ação controlada. Não nos parece ser esta a melhor conclusão. Ora, a lei não pode levar a interpretações absurdas. Se a ação controlada já estava prevista na Lei n. 9.613/98 (art. 4º-B), por que haveria necessidade de uma outra lei dizer o mesmo? Por isso, preferimos concluir que, ao introduzir o §6º ao art. 1º da Lei n. 9.613/98, quis o legislador do Pacote Anticrime submeter os crimes de lavagem de capitais à mesma sistemática da ação controlada prevista na Lei das Organizações Criminosas (arts. 8º e 9º), do que se conclui que, doravante, a utilização da referida técnica especial de investigação não mais estará sujeita à necessidade de prévia autorização judicial, bastando apenas a comunicação ao juiz competente pelas autoridades policiais ou administrativas, o qual poderá, então, estabelecer seus respectivos limites materiais e temporais.[105] Esta parece ser a única interpretação capaz de conferir alguma lógica à referência à ação controlada no §6º do art. 1º da Lei n. 9.613/98, desburocratizando e otimizando a investigação nos crimes de lavagem de capitais.[106]

CAPÍTULO II
DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS ESPECIAIS

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

I – obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular;

II – independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento; (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

III – são da competência da Justiça Federal:

a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

21. PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO.

De acordo com a redação do art. 2º, I, da Lei 9.613/98, o procedimento a ser seguido nos crimes de lavagem de capitais será o procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular. Esse procedimento, outrora previsto entre os arts. 394 a 405 e 498 a 502 do Código de Processo Penal, tinha início com o recebimento da denúncia, seguindo-se a citação, o interrogatório, a defesa prévia, a oitiva de testemunhas de acusação e defesa, diligências e alegações finais.

Ocorre que esse procedimento foi alterado com a reforma processual penal de 2008. Com a entrada em vigor da Lei nº 11.719/08 em 22 de agosto de 2008, houve alteração da forma de classificação do procedimento comum. Se, antes, a classificação do procedimento comum levava em consideração a natureza da pena (v.g., reclusão ou detenção), hoje se leva em conta a quantidade de pena cominada em abstrato ao delito, independentemente de sua natureza. De fato, de acordo com o art. 394, § 1º, do CPP, o procedimento comum será:

I – **ordinário**: quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II – **sumário**: quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) e superior a 2 (dois) anos de pena privativa de liberdade;

III – **sumaríssimo**: para as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim compreendidas as

105. Para mais detalhes acerca do procedimento da ação controlada, remetemos o leitor aos comentários aos arts. 8º e 9º da Lei n. 12.850/13.

106. Pedro Tenório Soares Vieira Tavares e Estácio Luiz Gama de Lima Netto (*Pacote Anticrime: as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro*. 2020. p. 211) comungam de entendimento semelhante.

contravenções penais e crimes com pena máxima não superior a 02 (dois) anos, cumulada ou não com multa, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Não obstante a mudança da forma de classificação do procedimento comum pela reforma processual de 2008, o legislador da Lei nº 12.683/12 manteve a mesma redação do art. 2º, I, da Lei nº 9.613/98, incorrendo em evidente equívoco, visto que deixou de atentar para o fato de que o procedimento comum não é mais classificado a partir da natureza da pena.

Sem embargo do lapso do legislador, o delito de lavagem de capitais continua sujeito ao procedimento comum ordinário, não em virtude do crime ser punido com reclusão, e sim pelo fato de possuir sanção máxima cominada superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 394, § 1º, I, com redação dada pela Lei 11.719/2008 – a pena prevista para o crime de lavagem de capitais é de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa. De se notar que, ainda que o delito resulte em sua modalidade tentada (Lei 9.613/98, art. 1º, § 3º, c/c art. 14, II, do CP), quando incidirá uma causa de diminuição de pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços), continuará sujeito ao procedimento comum ordinário. Isso porque, como o procedimento é determinado com base na pena máxima cominada ao delito, em se tratando de causas de aumento de pena, deve se levar em consideração o *quantum* que mais aumente a pena, ao passo que, nas hipóteses de causas de diminuição de pena, o *quantum* que menos diminua a pena.

21.1. Procedimento no caso de crimes conexos.

Como será visto no item seguinte ("Autonomia do Processo"), a depender do caso concreto, existe a possibilidade de que o crime de lavagem e a infração antecedente sejam julgados em um mesmo processo, seja em virtude do reconhecimento de conexão objetiva, já que a lavagem é cometida para ocultar a infração antecedente, ou para garantir a impunidade ou vantagem do outro delito (CPP, art. 76, II), seja em face do reconhecimento de uma conexão instrumental, probatória ou processual, na medida em que a prova da infração antecedente influi na prova do delito de lavagem (CPP, art. 76, inciso III, c/c art. 79, caput).

A depender do caso concreto, existe a possibilidade de que esses dois crimes, julgados em um *simultaneus processus* em virtude da conexão, estejam submetidos a procedimentos distintos. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime de tráfico de drogas e o delito de lavagem de capitais: enquanto o primeiro está submetido ao procedimento especial previsto na Lei nº 11.343/06, a lavagem de capitais submete-se, em tese, ao procedimento comum ordinário, estudado no tópico anterior. Nesse caso, tendo em conta que as infrações penais estão sujeitas, em abstrato e separadamente, a procedimentos distintos, e diante da impossibilidade de fusão dos dois procedimentos, o que deve ser feito?

Inicialmente, a fim de se determinar o procedimento a ser aplicado, deve ser verificado qual juízo exercerá força atrativa, nos termos do art. 78 do CPP. Isso porque, a depender do juízo com força atrativa, somente será possível a aplicação do procedimento ali observado. É o que ocorre no âmbito do Júri: se um crime de homicídio doloso for praticado em conexão com os delitos de tráfico de drogas e de lavagem de capitais, todas as infrações penais deverão ser julgadas perante o Tribunal do Júri, face a regra do art. 78, I, do CPP. Por conseguinte, se se trata de processo de competência do Tribunal do Júri, o procedimento a ser observado obrigatoriamente é aquele previsto entre os arts. 406 a 497 do CPP.

Na verdade, a controvérsia gira em torno das situações em que a força atrativa para julgar os delitos conexos e/ou continentes com procedimentos distintos recai sobre o mesmo juízo singular comum. Sem dúvida alguma, talvez o melhor exemplo seja aquele pertinente à prática do crime de lavagem de capitais, sujeito ao procedimento comum ordinário, e o delito de tráfico de drogas, submetido ao procedimento especial da Lei nº 11.343/06.

Acerca do assunto, a antiga lei de drogas – Lei 6.368/76 – trazia solução expressa para a questão, ao dispor em seu art. 28 que "nos casos de conexão e continência entre os crimes definidos nesta Lei e outras infrações penais, o processo será o previsto para a infração mais grave, ressalvados os da competência do júri e das jurisdições especiais". Caso fosse seguida a previsão literal do revogado art. 28 da Lei 6.368/76, o procedimento a ser seguido seria, via de regra, o da Lei de Drogas, na medida em que a Lei nº 11.343/06 aumentou consideravelmente as penas dos crimes de tráfico.

Não obstante, mesmo antes da revogação do art. 28 da Lei nº 6.368/76, esse dispositivo já era alvo de críticas por parte da doutrina, que não admitia que a mera gravidade da infração fosse determinante do rito a ser seguido, tendo em vista que o procedimento tem correlação direta com a amplitude do direito de defesa. Segundo Vicente

Greco Filho, "nosso raciocínio é o seguinte: se o réu, através do procedimento ordinário, tinha direito, em determinado crime, a certos prazos, número de testemunhas (oito), oportunidade de pronunciamento etc., não poderá, em virtude do direito à ampla defesa, ser privado dessas oportunidades por força da conexão ou continência! A conexão ou continência poderá ampliar as oportunidades e termos, mas não eliminar as basicamente garantidas".[107]

Firmada a premissa de que deve ser utilizado o procedimento mais amplo, indaga-se: qual procedimento seria mais amplo – o procedimento comum ordinário do Código de Processo Penal ou o procedimento trazido pela Lei 11.343/2006? A nosso ver, o procedimento mais amplo não é necessariamente o mais demorado, mas sim o que oferece às partes maiores oportunidades para o exercício de suas faculdades processuais. Se é verdade que a lei de drogas prevê a denominada defesa preliminar (Lei nº 11.343/06, art. 55, *caput*), conferindo ao acusado a oportunidade de se manifestar antes de o juiz receber a peça acusatória, por outro lado, uma vez iniciado o processo, o procedimento resume-se a uma audiência una de instrução e julgamento, na qual se tem, segundo o texto da lei, o interrogatório como primeiro ato da instrução probatória, seguido da oitiva das testemunhas, os debates finais e a prolação da sentença. O número de testemunhas no procedimento comum ordinário pode ir até oito (CPP, art. 401), enquanto que, na Lei de Drogas, fica em apenas cinco (Lei nº 11.343/06, art. 55, § 1º). De mais a mais, ao contrário do procedimento especial da Lei de Drogas, há previsão expressa de requerimento de diligências ao final da audiência una de instrução e julgamento no procedimento comum ordinário (CPP, art. 402), que também faz referência expressa à possibilidade de substituição das alegações orais por memoriais (CPP, art. 403, § 3º), não prevista na Lei nº 11.343/06. Conclui-se, portanto, que o procedimento comum ordinário é mais amplo do que o procedimento previsto na Lei de Drogas, já que oferece maiores oportunidades para o exercício das faculdades processuais. Daí por que deve prevalecer nas hipóteses de conexão e/ou continência com os crimes de tráfico de drogas.[108]

A jurisprudência pátria é firme nesse sentido, *in verbis*: "Atribuindo-se à acusada a prática de crimes diversos, alguns previstos na Lei 11.343/06 e outros que observam o rito estabelecido no Código de Processo Penal, este deve prevalecer, em razão da maior amplitude à defesa no procedimento nele preconizado. A não adoção do rito previsto na Lei nº 11.343/2006 não ocasionou prejuízo à paciente, pois além do procedimento ordinário ser o apropriado ao caso em comento, a apresentação de defesa preliminar lhe foi oportunizada nos termos do art. 396 da Lei Adjetiva Penal antes do recebimento da exordial acusatória, motivo pelo qual não se constata a ocorrência de vício a ensejar a invalidação da instrução criminal. A inobservância do rito procedimental previsto no art. 55 da Lei 11.343/2006, que estabelece a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, implica em nulidade relativa do processo, razão pela qual deve ser arguida no momento oportuno, sob pena de preclusão".[109]

22. AUTONOMIA RELATIVA DO PROCESSO.

O processo criminal referente ao delito de lavagem de capitais independe do julgamento das infrações antecedentes, ainda que praticados em outro país, nos termos do disposto no art. 2º, II, 1º parte, da Lei 9.613/98.

Como se percebe, a Lei nº 9.613/98 consagra a autonomia do processo relativo à lavagem de capitais, que não precisa tramitar obrigatoriamente em conjunto com aquele relativo à infração antecedente. E assim o faz por dois motivos fundamentais: a uma, porque o procedimento relativo à infração antecedente poderia estar sujeito à jurisdição de outro país; a duas, devido às exigências de segurança e justiça que são frustradas pelas práticas domésticas ou transnacionais de determinados crimes cuja gravidade e reiteração constituem

107. Tóxicos – Prevenção – Repressão. *Comentários à Lei 10.409/2002 e à parte vigente da Lei 6.368/1976*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 177.

108. Nesse contexto: STF, 1ª Turma, HC 96.675/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/06/2011, DJe 151 05/08/2011. Ainda no sentido da possibilidade de adoção do procedimento ordinário, por ser aquele que melhor assegura às partes o exercício de suas faculdades processuais: STF, 1ª Turma, RHC 101.889, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/05/2010, DJe 96 20/05/2011.

109. STJ, 5ª Turma, HC 204.658/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/10/2011, DJe 09/11/2011. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 170.379/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13/12/2011, DJe 01/02/2012. No sentido de que, havendo conexão ou continência entre crimes afetos a procedimentos distintos, não há nulidade na adoção do rito ordinário, por ser mais amplo, viabilizando ao paciente o exercício da ampla defesa de forma irrestrita: STJ, 6ª Turma, HC 118.045/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 24/08/2009, DJe 28/09/2009. Na mesma linha, como já se pronunciou a 5ª Turma do STJ, "havendo conexão entre o crime de tráfico de entorpecentes e os delitos de quadrilha e de lavagem de dinheiro, a observância do procedimento comum ordinário é medida que se impõe, já que o mencionado rito proporciona maiores condições de defesa ao acusado, notadamente no que se refere à quantidade de testemunhas que podem ser arroladas pelas partes e à ordem de inquirição na audiência de instrução e julgamento. Assim, é evidente o prejuízo suportado pelo paciente, já que, havendo conexão entre delitos sujeitos a procedimento especial e outros submetidos ao rito comum ordinário, este último, por ser mais amplo e conferir maiores possibilidades de defesa, deve ser o adotado". (STJ, 5ª Turma, HC 127.211/MT, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/06/2011, DJe 30/06/2011).

desafios ao estado contemporâneo (Exposição de Motivos da Lei 9.613/98).

Apesar da redação do dispositivo, não se deve interpretá-lo no sentido de que a lei proíba a reunião dos processos. Isso porque, tendo em conta a relação de acessoriedade material entre o crime de lavagem de capitais e a infração antecedente, somente a análise específica do caso concreto poderá demonstrar a necessidade (ou não) da unificação dos feitos.

De fato, imagine-se a hipótese em que a infração antecedente seja praticada fora do território nacional. Ora, nesse caso, dúvida não haveria quanto à necessidade de separação dos processos criminais concernentes à lavagem e à infração antecedente. Em outros casos, todavia, de modo a se evitar decisões contraditórias, atendendo, também, aos princípios da celeridade e da economia processual, melhor seria proceder-se à reunião das ações penais em um mesmo processo (*simultaneus processus*), com o reconhecimento de uma conexão instrumental, probatória ou processual, na medida em que a prova da infração antecedente influi na prova do delito de lavagem (CPP, art. 76, III), não se devendo descartar a ocorrência mesmo da hipótese de conexão lógica, objetiva ou material (CPP, art. 76, II), já que a lavagem é cometida com o objetivo de ocultar a infração anterior, ao mesmo tempo em que busca assegurar vantagem em relação ao mesmo ilícito. Em síntese, com o objetivo de resguardar a persecução penal e a eficácia da pretensão punitiva, o ideal é concluir que o juiz deve deliberar pela separação ou reunião dos feitos de lavagem de capitais e da infração penal antecedente consoante as peculiaridades do caso concreto.[110]

Na verdade, conforme asseverou o STJ, "sequer a regra da total independência dos feitos, tampouco aquela relativa à obrigatória reunião das ações penais pela conexão, devem prevalecer de forma absoluta nas hipóteses de crimes previstos na Lei 9.613/98. As ações penais não devem, necessariamente, ficar separadas, tampouco devem, necessariamente, permanecer reunidas, cabendo destacar que se afirmou anteriormente: a competência do Juízo deve ser analisada a partir da análise de cada caso concreto, sempre com vistas a otimizar a pretensão punitiva estatal. As regras concernentes à competência devem ser aplicadas com temperança, sempre com o intuito de garantir, da melhor forma possível, a eficácia da persecução penal, objetivando à adequada apuração e, se for o caso, punição, dos crimes de lavagem de dinheiro. Não se pode rejeitar, de pronto, a aplicação da autonomia dos processos, pois há casos em que sequer haverá a possibilidade de instauração da ação penal pelo crime antecedente, por falta de elementos indicativos da autoria, bem como porque nas situações em que, pelo número de acusados ou pela circunstâncias complexas do caso, a melhor opção seja a separação dos feitos".[111]

Em ambas as hipóteses, seja no caso de separação ou de reunião dos feitos, a comprovação da ocorrência da infração antecedente figura como questão prejudicial homogênea do próprio mérito da ação penal em que se apura o crime de lavagem. Assim, quando da fundamentação da sentença condenatória, tem o juiz o dever de abordar essa questão, afirmando estar convencido da existência da infração antecedente, apontando as provas dos autos que o levaram a formar essa convicção. De todo modo, apesar de a ocorrência da infração antecedente figurar como uma questão prejudicial em relação à existência do crime de lavagem de dinheiro, como se trata de uma prejudicial homogênea, ou seja, aquela pertence ao mesmo ramo do Direito da questão prejudicada – no caso, de natureza penal –, não há necessidade de se determinar o sobrestamento do processo atinente ao delito de reciclagem de capitais, já que o CPP (arts. 92 e 93) autoriza a suspensão do processo apenas quando se trata de questões prejudiciais heterogêneas.

Destarte, não há falar em obrigatória suspensão do processo pelo crime de lavagem de capitais em virtude da questão prejudicial homogênea referente à existência da infração penal antecedente. Isso porque, por força do art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.613/98, o juiz que julga o crime de lavagem de capitais tem competência para conhecer, *incidenter tantum*, a questão sobre a existência (ou não) da infração antecedente, ainda que praticada em outro país.

Na verdade, como os processos criminais referentes à lavagem de capitais e à infração antecedente

110. Nesse sentido, confira-se: "(...) Há evidente conexão entre alguns dos crimes em apuração cometidos, em tese, por integrantes da "Rede Chebabe" e pelo escritório de advocacia liderado pelo ora Paciente. Este, segundo as investigações preliminares, prestava seus serviços de "blindagem" patrimonial para proteção de numerário pertencente à dita organização criminosa. No decorrer das diligências investigatórias, logrou-se identificar outros "clientes" da atividade desenvolvida pelo escritório de advocacia, apontando para a necessidade de uma persecução criminal distinta. Nesse contexto, caracterizado o liame entre os fatos em apuração, resta evidenciada a conexão, a recomendar a unificação da investigação e do processamento judicial dos supostos envolvidos nos crimes". (STJ, HC 48.300/RJ, 5.ª T., j. 07.03.2006, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 14.08.2006, p. 305).

111. STJ, HC 59.663/SP, 5.ª T., j. 07.12.2006, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 05.02.2007, p. 279.

não precisam tramitar juntos em um *simultaneus processus*, há duas possibilidades para a solução dessa questão prejudicial homogênea:

a) **julgamento conjunto da lavagem e da infração antecedente:** na hipótese de a infração penal antecedente ser imputada ao acusado em conjunto com a lavagem de capitais no mesmo processo, é natural que, por força da anterioridade lógica, primeiro seja julgada a infração anterior e, depois, o crime de lavagem de capitais;

b) **julgamento separado da lavagem e da infração antecedente:** por razões diversas (v.g., infração antecedente praticada no estrangeiro, ou cuja punibilidade esteja extinta), é possível que o juízo competente para a lavagem de capitais não tenha sob seu julgamento a infração penal antecedente. Nesse caso, o reconhecimento da infração penal antecedente passa a figurar como questão prejudicial homogênea a ser apreciada incidentalmente pelo magistrado, única e exclusivamente para que possa condenar o acusado pela prática do crime de lavagem de capitais. Como se trata de prejudicial homogênea, o juízo competente para o julgamento da lavagem de capitais não está autorizado a determinar a suspensão do processo aguardado a solução definitiva do processo relativo à infração antecedente. Afinal, na sistemática do CPP (arts. 92 e 93), apenas as questões prejudiciais heterogêneas autorizam a suspensão do processo. De mais a mais, de nada adiantaria a Lei nº 9.613/98 (art. 2º, II) contemplar a autonomia relativa do processo se o magistrado fosse autorizado a determinar o sobrestamento do feito referente à lavagem de capitais. Logo, de modo a otimizar a persecução penal em relação ao crime de lavagem de capitais, revela-se inviável o sobrestamento do feito com fundamento na aplicação subsidiária do art. 313, V, do CPC.

Nesta hipótese de tramitação separada dos feitos, considerando que, em tese, é plenamente possível que o processo de lavagem de capitais seja julgado antes do feito relativo à infração penal antecedente, há o risco de superveniência de decisões contraditórias. A título de exemplo, suponha-se que, após a prolação de decreto condenatório em relação ao crime de lavagem de capitais, o juízo competente para o julgamento da infração antecedente conclua pela atipicidade material da referida conduta, absolvendo o acusado com fundamento no art. 386, III, do CPP. Nesse caso, diante da acessoriedade limitada da lavagem de capitais, outra solução não há senão o ajuizamento de revisão criminal ou *habeas corpus*, objetivando-se o trancamento do processo criminal referente ao branqueamento de capitais.[112]

Ainda segundo o art. 2º, II, da Lei 9.613/98, o delito de lavagem de capitais praticado no território nacional estará sujeito à lei brasileira mesmo que a infração antecedente seja praticada em outro país. Nesse caso, a infração antecedente deve ser típica e ilícita no país em que foi praticada e também no território nacional, atendendo-se ao **princípio do duplo injusto (ou da dupla incriminação)**, do contrário, não estaria presente a elementar *infração penal*, indispensável à tipificação da lavagem de capitais. Se a conduta antecedente for considerada um injusto penal (fato típico e antijurídico) no país em que ocorreu, pouco importa a presença de eventual causa excludente da culpabilidade ou da punibilidade, sendo irrelevante saber se tal conduta é (ou não) listada como infração antecedente da lavagem de capitais no estrangeiro. Afinal, se o agente está sendo processado pelo crime de lavagem de capitais no Brasil, basta que a conduta anterior seja típica e ilícita no país em que foi praticada, porquanto, com o advento da Lei nº 12.683/12, toda e qualquer infração penal pode figurar como antecedente no ordenamento pátrio.

A despeito da redação desse dispositivo, que faz menção apenas à prática da infração antecedente em outro país, convém ressaltar que o crime de lavagem de capitais praticado no estrangeiro também pode se sujeitar à lei brasileira. Isso porque se trata de uma hipótese de extraterritorialidade condicionada da lei brasileira. De fato, de acordo com o art. 7º, II, "a", do CP, ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes que, por tratado ou convenção – *in casu*, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas –, o Brasil se obrigou a reprimir. Nesse caso, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado (princípio da dupla tipicidade); c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido

112. Como a homologação da sentença estrangeira somente é necessária para os fins do art. 9º do CP, Mendonça (op. cit. p. 479) ressalta que, na hipótese de absolvição no estrangeiro em relação à infração antecedente, a sentença não precisa ser homologada, sendo considerada como fato jurídico capaz de produzir seus efeitos perante a lei brasileira, desde que haja prova documental idônea, isto é, certidão devidamente traduzida e autenticada. Nesse caso, se a absolvição afastar a existência do fato antecedente, sua tipicidade ou a antijuridicidade, haverá evidentes reflexos quanto à tipificação da lavagem de capitais.

o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável (CP, art. 7º, § 2º).

22.1. Da questão prejudicial e da influência da coisa julgada no processo referente à infração antecedente.

Face a acessoriedade material da lavagem de dinheiro em relação à infração penal antecedente, é extremamente importante que se atente para a influência que a coisa julgada já formada em processo que tinha por objeto a infração antecedente deverá ter no deslinde final de subsequente processo pelo delito de reciclagem de capitais. Em síntese, supondo que a denúncia em relação ao crime de lavagem de capitais tenha sido oferecida depois de irrecorrivelmente julgado o processo pela infração antecedente, a questão a ser dirimida é a seguinte: a coisa julgada formada no processo anterior, onde a questão prejudicial funcionou como principal (v.g., crime contra a administração pública) estende sua força vinculante ao processo referente à lavagem de capitais, em que ela figura como prejudicial?

A autoridade da coisa julgada de uma sentença absolutória pela infração antecedente impedirá o processo pelo crime de lavagem de capitais nas seguintes hipóteses: a) inexistência material do fato, porquanto não haverá produto direto ou indireto passível de lavagem; b) atipicidade da conduta antecedente: reconhecida a atipicidade da conduta antecedente, é inviável a condenação pelo crime de lavagem de capitais, vez que os bens, direitos ou valores não seriam produto direto ou indireto de infração penal, o que acabaria por afastar a própria tipicidade do crime de lavagem de capitais; c) licitude da conduta: se o fato típico antecedente foi considerado lícito em virtude da presença de alguma causa excludente de ilicitude, não se trata de infração penal, afastando a tipicidade do crime de lavagem de capitais.

Nessas três hipóteses – inexistência do fato, atipicidade e excludente de ilicitude –, pouco importa que a absolvição se dê pela certeza negativa da ocorrência do delito ou pela dúvida de sua ocorrência. Na dicção da doutrina,[113] se, no processo próprio em que a infração antecedente foi objeto, o acusado foi absolvido seja porque provada a inexistência do fato (CPP, art. 386, *caput*, I), seja por não haver prova da existência do fato (CPP, art. 386, *caput*, II), tal questão, decidido *principaliter*, impedirá a configuração do crime de lavagem de capitais, por lhe ser prejudicial. Idêntico raciocínio será aplicável à absolvição decorrente de eventual causa excludente de ilicitude, quer porque provada categoricamente sua presença (CPP, art. 386, VI, primeira parte), quer porque presente fundada dúvida de sua ocorrência (CPP, art. 386, *caput*, VI, segunda parte). A autoridade da coisa julgada de uma sentença absolutória em relação à infração antecedente também irá se projetar sobre o processo de lavagem de capitais quando o decreto absolutório for proferido com base no art. 386, *caput*, inciso III, do Código de Processo Penal ("não constituir o fato infração penal").

Nesse caso, é bom lembrar que a imutabilidade decorrente da coisa julgada somente irá atingir as partes do primeiro processo. Quem não foi parte do primeiro processo poderá até ser atingido pela eficácia natural da sentença (que opera *erga omnes*), mas jamais pela autoridade da coisa julgada, que só vale *inter partes*, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa. Afinal, apenas aquele que foi parte no processo teve a oportunidade de expor seus argumentos e produzir suas provas, tentando influenciar o convencimento do magistrado.

Por isso, ainda que não haja identidade de acusados entre os dois processos, como o Ministério Público participa como autor tanto do processo de lavagem de capitais quanto daquele referente à infração antecedente, a ele poderão ser opostos os efeitos da coisa julgada formada sobre a sentença absolutória do processo em que se decidiu, em caráter principal, sobre a infração antecedente, reconhecendo a inexistência do fato, a atipicidade da conduta, ou a presença de causa excludente da ilicitude. Noutro giro, se o acusado no processo de lavagem de capitais também ocupou o polo passivo no feito referente à infração antecedente, a coisa julgada formada neste último processo, em que, por exemplo, houve a prolação de sentença condenatória por tráfico de drogas, irá projetar sua autoridade em relação a essa mesma questão no segundo processo por lavagem de capitais, só que agora com a qualidade de prejudicial, daí por que não mais poderá o acusado voltar a questionar, neste segundo feito, a existência da infração antecedente. Todavia, caso o acusado pelo crime de lavagem de capitais não tenha concorrido para a prática da infração antecedente, eventual sentença condenatória reconhecendo a existência da infração antecedente praticada por terceira pessoa jamais lhe poderá ser oposta como resolução definitiva

113. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 193.

da questão prejudicial, vez que tal acusado não figurou como parte no primeiro processo.[114]

23. COMPETÊNCIA CRIMINAL.

De acordo com o art. 109, VI, *in fine*, da Constituição Federal, os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira são da competência da Justiça Federal *nos casos determinados por lei*. O dispositivo deixa claro que o simples fato de se tratar de crime contra o sistema financeiro ou contra a ordem econômico-financeira não atrai a competência da Justiça Federal, devendo antes se verificar se assim o dispõe a lei.

Caso a lei não disponha que a competência será da Justiça Federal, a competência será da Justiça Estadual, salvo se houver lesão a bens, serviços ou interesse da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas, quando, então, a competência da Justiça Federal será fixada para ações penais por crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem econômico-financeira, porém não mais com fundamento no inciso VI do art. 109, mas sim com base no inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

Importa, pois, analisarmos as leis que dispõem sobre os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, a fim de se saber se há (ou não) previsão legal quanto à competência da Justiça Federal.

Em relação aos crimes contra a economia popular previstos na **Lei nº 1.521/51**, diante do silêncio da lei, subentende-se que os crimes são de competência da Justiça Estadual. Sobre o assunto, a súmula nº 498 do Supremo Tribunal Federal preceitua que *compete à Justiça dos Estados, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular.*

Na mesma linha, quanto à Lei que dispõe sobre o Sistema Financeiro Nacional (**Lei nº 4.595/64**), como a lei não atribui a competência à Justiça Federal, prevalece o entendimento de que os crimes nela previstos são de competência da Justiça Estadual. É o que ocorre com o crime de concessão de empréstimos vedados, previsto no art. 34, I, da Lei nº 4.595/64: embora atente contra o Sistema Financeiro Nacional, nem se encasa na regra do art. 109, IV, nem se ajusta ao cânon do art. 109, VI, ambos da Carta Magna, seja por não ferir objetivamente bens, serviços ou interesses da União, seja por não haver expressa definição da competência da Justiça Federal.[115]

Por outro lado, em relação à Lei que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (**Lei nº 7.492/86**), a competência será da Justiça Federal, pois assim dispõe seu art. 26. Portanto, cuidando-se de crime contra o Sistema Financeiro Nacional previsto na Lei nº 7.492/86, a competência será da Justiça Federal. Eventual alegação de que o prejuízo decorrente do delito fora suportado exclusivamente por instituição financeira privada não afasta tal competência, na medida em que há interesse da União na segurança e na confiabilidade do sistema financeiro nacional.[116]

Para que se possa falar em crime contra o sistema financeiro nacional, é importante atentar-se para o conceito de instituição financeira constante do art. 1º da Lei nº 7.492/86. De se ver que administradora de consórcio é equiparável à instituição financeira, a teor do art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 7.942/86, e, portanto, os crimes praticados pelos responsáveis por empresas administradoras de consórcio contra o Sistema Financeiro Nacional também são de competência da Justiça Federal. Quanto à pessoa física, só há falar em crime contra o sistema financeiro nacional se por ela forem realizadas algumas das atividades definidas como típicas de instituição financeira (captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros), nos termos do art. 1º da Lei nº 7.492/86. Se, no entanto, restar provado que a pessoa física utilizava capital próprio para efetuar empréstimos a juros exorbitantes, estará caracterizado o crime de usura, previsto no art. 4º da Lei nº 1.521/51, de competência da Justiça Estadual.[117]

Como se percebe, é de fundamental importância verificar se a infração penal praticada pode ser considerada crime contra o sistema financeiro nacional, já que, nesse caso, a competência será da Justiça Federal. Cuidando-se, porém, de um crime patrimonial qualquer, sem lesão a bens, serviços ou interesses da União, autarquias federais ou empresas públicas federais, a competência será da Justiça Estadual.

114. Com esse entendimento: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 196.

115. STJ – RHC 3.550/SP – 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Leal – DJ 20/02/1995.

116. STF – HC 93.733/RJ – 1ª Turma – Rel. Min. Carlos Britto – Dje 064 – 02/04/2009.

117. Nessa linha: TRF4, ACR 2000.70.03.004989-3, Oitava Turma, Relator Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 08/10/2008. No sentido da competência da Justiça Estadual para processar e julgar supostos delitos praticados por operações de empréstimo, utilizando cartão de crédito com simulação de compra, lesando vítima e outros clientes, na medida em que são crimes contra a economia popular, não consubstanciando operações financeiras: STJ – CC 32.092/SP – 3ª Seção – Rel. Min. Vicente Leal – Publicação: DJ 08/04/2002 p. 128.

Com base nesse raciocínio, em caso concreto pertinente à utilização de documentos falsos para se contrair empréstimos na modalidade CDC no Banco do Brasil, apesar de a denúncia imputar ao agente o delito do art. 19 da Lei nº 7.492/86, entendeu o STJ que o delito praticado seria o de estelionato (CP, art. 171), e, portanto, de competência da Justiça Estadual. De acordo com a 3ª Seção do STJ, o crime do art. 19 da Lei nº 7.492/86 exige a utilização de fraude para obter financiamento de instituição financeira, o que difere da obtenção de empréstimo. Isso porque os financiamentos são operações realizadas com destinação específica, em que, para a obtenção de crédito, existe alguma concessão por parte do Estado como incentivo, assim há vinculação entre a concessão do crédito e o patrimônio da União. Também se exige a comprovação da aplicação desses recursos, por exemplo: os financiamentos de parques industriais, máquinas e equipamentos, bens de consumo duráveis, rurais e imobiliários. Destarte, se não houve crime contra o sistema financeiro nacional, nem tampouco lesão ao patrimônio da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, em situações em que o agente obtenha empréstimos na modalidade de crédito direto ao consumidor (CDC), haverá lesão exclusivamente à instituição financeira, justificando-se, nesse caso, a competência da Justiça Estadual, na medida em que o crime fora cometido contra sociedade de economia mista.[118]

Especificamente em relação à apresentação de documentos falsos para obtenção de recursos financeiros junto à instituição bancária em contrato de arrendamento mercantil na modalidade de leasing financeiro de veículo, entende-se que o fato de o leasing financeiro não constituir financiamento não afasta, por si só, a configuração do delito previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/1986. Isso porque, ao fazer um leasing financeiro, obtém-se, invariavelmente, um financiamento, e o referido tipo penal refere-se exatamente à obtenção de financiamento mediante fraude, sem exigir que isso ocorra num contrato de financiamento propriamente dito. Embora o leasing financeiro não seja um financiamento propriamente dito, ele constitui o núcleo ou elemento preponderante dessa modalidade de arrendamento mercantil. Logo, se se trata de crime contra o Sistema Financeiro Nacional previsto na Lei nº 7.492/86, há de se reconhecer a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito, nos termos do art. 26, *caput*, da referida lei.[119]

A **Lei nº 8.137/90**, que dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, silencia quanto à competência da Justiça Federal. Portanto, para que os delitos ali previstos sejam processados e julgados pela Justiça Federal, não o serão por se caracterizarem como crimes contra a ordem econômico-financeira referidos no art. 109, VI, mas por outra razão, como no caso de serem praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 109, IV, CF), o que, aliás, pode ocorrer, geralmente, com quaisquer crimes comuns. Assim, quanto aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º a 3º da Lei nº 8.137/90, a competência somente será da Justiça Federal se houver a supressão ou redução de tributos federais; tratando-se de tributos de natureza estadual ou municipal, a competência será da Justiça Estadual.[120]

Em relação ao crime de formação de cartel, previsto no art. 4º da Lei nº 8.137/90, o Superior Tribunal de Justiça entende que, como a Lei 8.137/90 não contém dispositivo expresso fixando a competência da Justiça Federal, compete, em regra, à Justiça Estadual o julgamento dessa espécie de delito. Isso, no entanto, não afasta a competência da Justiça Federal, desde que se verifique ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas (CF, art. 109, IV), ou que, pela magnitude da atuação do grupo econômico ou pelo tipo de atividade desenvolvida, o ilícito tenha a propensão de abranger vários Estados da Federação, prejudicar setor econômico estratégico para a economia nacional ou o fornecimento de serviços essenciais, de onde se evidenciaria interesse supra regional a apontar para a necessidade de interferência da União.[121]

A **Lei nº 8.176/91**, que prevê o delito de venda de combustível adulterado (art. 1º, inciso I), não dispõe que este crime será de competência da Justiça Federal. Logo, cuida-se de infração penal da competência da Justiça Estadual, pouco importando,

118. STJ, 3ª Seção, CC 107.100/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 26/05/2010.

119. STJ, 3ª Seção, CC 114.322/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 14/03/2011. No sentido de que compete à Justiça Federal julgar crime consistente na conduta de adquirir um veículo mediante fraude em contrato de *leasing*, sob o argumento de que o leasing financeiro, embora não seja um financiamento, constitui o núcleo ou elemento preponderante dessa modalidade de arrendamento mercantil: STJ, 3ª Seção, CC 111.477/SP, Rel. Min. Celso Limongi, julgado em 08/09/2010.

120. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 424.

121. STJ – HC 117.169/SP – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Dje 16/03/2009. Com raciocínio semelhante: STJ – HC 32.292/RS – 5ª Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJ 03/05/2004 p. 196.

nesse caso, o fato de a Agência Nacional de Petróleo exercer o controle, a fiscalização e a regulação da atividade de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool, haja vista tratar-se de interesse genérico, reflexo e não imediato, o que, por si só, não atrai a competência da Justiça Federal com base no inciso IV do art. 109 da Carta Magna.[122]

Quanto aos crimes de lavagem de capitais (**Lei nº 9.613/98**), temos que, em regra, são da competência da Justiça Estadual. A título de exemplo, se a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos e valores, for proveniente, direta ou indiretamente, de um crime de tráfico de drogas realizado sem conotação internacional, será competente para processar e julgar o crime de lavagem o juiz estadual do local dos fatos ou da apreensão dos bens, direitos e valores que denotem a ocultação ou a dissimulação do lucro ilícito.[123]

A própria lei de lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98) confirma esse raciocino, ao dispor em seu art. 2º, inciso III, que a competência será da Justiça Federal somente nas seguintes hipóteses:

a) **quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira:** partindo-se da premissa de que o bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais é a ordem econômico-financeira, poder-se-ia concluir que todo e qualquer crime de branqueamento deveria ser processado e julgado pela Justiça Federal, na medida em que o art. 2º, III, "a", da Lei nº 9.613/98, dispõe que os crimes nela previstos são da competência da Justiça Federal quando praticados contra o sistema financeiro ou a ordem econômico-financeira.[124] Todavia, é dominante o entendimento no sentido de que o simples fato de o dinheiro tramitar pelo sistema financeiro não é justificativa suficiente para a fixação da competência da Justiça Federal, já que se trata de interesse meramente indireto. Conquanto seja competência privativa da União "administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada" (CF, art. 22, VIII), nem toda e qualquer atividade por meio de uma conta bancária tem o condão de afetar esse interesse. Supondo-se, por exemplo, que valores obtidos com a prática de tráfico doméstico de drogas sejam ocultados através do depósito do dinheiro na conta corrente de um "laranja", não há por que se deslocar a competência do feito para a Justiça Federal. Portanto, com fundamento no art. 2º, III, "a", da Lei nº 9.613/98, o ideal é concluir que o crime de lavagem de capitais será julgado pela Justiça Federal apenas quando atingir o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira nacional como um todo, isto é, de todo o país, colocando em risco toda a credibilidade do sistema. Em síntese, o que não se pode fazer é generalizar, afirmando-se que todos os crimes de lavagem de capitais devem ser processados e julgados pela Justiça Federal e que, em hipótese alguma, a Justiça Estadual teria competência para julgar crimes de lavagem. O delito de lavagem de dinheiro não é, por si só, afeto à Justiça Federal, se não sobressai a existência de infração penal antecedente de competência da Justiça Federal e se não se vislumbra, em princípio, qualquer lesão ao sistema financeiro nacional ou à ordem econômico-financeira como um todo, a bens, serviços ou interesses da União, de suas Autarquias ou Empresas Públicas;[125]

b) **quando praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas:** a segunda parte do art. 2º, III, alínea "a", da Lei nº 9.613/98 é totalmente irrelevante, vez que se limita a reproduzir critério constitucional de fixação da competência da Justiça Federal, previsto no art. 109, IV, da Carta Magna;

c) **quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal**: sempre que o processo da infração penal antecedente recair sobre a Justiça Federal ou perante ela estiver tramitando em razão de conexão, ainda que o delito seja originariamente estadual, caberá à Justiça Federal o julgamento da lavagem de capitais. A título de exemplo, como a competência para o julgamento do tráfico internacional de drogas recai sobre a Justiça Federal, nos termos do art. 109, V, da Constituição Federal, a ela também caberá o

122. STF – RE 454.737/SP – Tribunal Pleno – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 222 – 20/11/2008.

123. Daí concluir José Paulo Baltazar Júnior que a competência para julgar o crime de lavagem pode ser da competência da Justiça Estadual quando não houver prejuízo para a União, quando o crime antecedente for da sua competência e quando a lavagem for interna e não se valer de instituição financeira, mas de outros meios (*in Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico transnacional de drogas, lavagem de dinheiro*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 433).

124. Para Nucci, a competência para o processo e julgamento da lavagem de capitais é sempre da Justiça Federal, pois o objeto jurídico tutelado é complexo, envolvendo, obviamente, o sistema financeiro nacional. Não bastasse, quando se lava dinheiro, tributos deixam de ser arrecadados, bem como a economia nacional pode ser afetada. Em suma, diante disso, há interesse da União e deve haver apuração na órbita federal. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 426.

125. STJ, 5ª Turma, RHC 11.918/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/08/2002, DJ 16/09/2002 p. 202.

julgamento da lavagem de capitais decorrente desse delito. Como se pode notar, a competência será da Justiça Federal em grande parte dos casos, eis que o delito de lavagem geralmente também envolve a prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional (v.g., evasão de divisas, previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/86).[126] A previsão da alínea "b" do inciso III do art. 2º da Lei nº 9.613/98, no sentido de dispor que a competência será da Justiça Federal se a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal, é de todo irrelevante quando houver a reunião dos feitos da lavagem e da infração antecedente em um *simultaneus processus* em virtude do reconhecimento da conexão. Afinal, de acordo com a súmula nº 122 do STJ, *compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal*;[127]

d) **quando a lavagem de capitais for praticada além do território nacional e houver tratado ou convenção internacional firmado pelo Brasil no qual o Estado brasileiro se compromete a reprimir a infração penal antecedente:** apesar dessa última hipótese não constar expressamente do art. 2º, III, da Lei nº 9.613/98, é bom lembrar que, por força do art. 109, inciso V, da Constituição Federal, à Justiça Federal também compete o processo e julgamento de crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Da leitura do inciso V do art. 109, conclui-se que o simples fato de o delito estar previsto em tratado ou convenção internacional assinado pelo Brasil, com a devida ratificação por meio de decreto legislativo do Congresso Nacional e decreto do Presidente da República, não enseja, por si só, a competência da Justiça Federal. Para além disso, é imprescindível que o delito se revista do caráter de internacionalidade, ou seja, que sua execução tenha início no país, com o resultado ocorrendo ou devendo ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais em que se comprometeu internacionalmente a investigar e punir o crime de lavagem de capitais oriundos de determinados crimes, a saber: a) Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, internalizada pelo Decreto nº 154/1991; b) Convenção de Paris da OCDE sobre Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, internalizada pelo Decreto nº 3.678/2000; c) Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional, internalizada pelo Decreto nº 5.015/2004; e) Convenção de Mérida contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto nº 5.687/2006; e) Convenção Interamericana contra o Terrorismo de Barbados, internalizada por meio do Decreto nº 5.639/2005. O simples fato de o Brasil ser signatário desses diversos Tratados internacionais não significa dizer que a lavagem de capitais cometida além do território nacional deverá ser processada e julgada pela Justiça Federal, independentemente da infração penal antecedente.[128] Apesar dos diversos compromissos internacionais firmados pelo Estado brasileiro, não há um tratado específico no qual o Brasil tenha se obrigado a reprimir a lavagem de capitais isoladamente considerada, de maneira autônoma e independente da infração antecedente. Na verdade, os compromissos firmados pelo Brasil dizem respeito ao combate da lavagem apenas quando a infração antecedente for objeto de um dos Tratados Internacionais acima mencionados. Exemplificando, na Convenção de Viena contra o tráfico de drogas, o Brasil não assume o compromisso de combater toda e qualquer lavagem de capitais, mas apenas o branqueamento de capitais provenientes *exclusivamente do tráfico de drogas*. Por conseguinte, conclui-se que a lavagem de capitais cometida além do território nacional deverá ser processada e julgada pela Justiça Federal apenas quando possuir as seguintes infrações penais como antecedentes: 1) tráfico de drogas; 2) crimes contra a Administração Pública previstos na Convenção de Mérida; 3) terrorismo; 4) delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais; 5) quando a infração antecedente for praticada por

126. Como já decidiu o STJ, "a competência deve ser verificada pelos fatos até o momento tidos como delituosos, relacionados à existência, em tese, de grandes quantias no exterior, pertencentes a brasileiros domiciliados no país, sem declaração à Receita Federal do Brasil, que podem configurar, em tese, delito contra a Ordem Econômica e/ou contra o Sistema Financeiro Nacional, seja pela eventual caracterização de evasão fiscal e/ou lavagem de dinheiro – o que depende da devida instrução processual. Estando em jogo, em princípio, a própria Ordem Econômica Nacional, resta atraída, em um primeiro momento, a Justiça Federal para a apuração das condutas. Sempre que a lavagem ocorrer em instituição bancária situada no estrangeiro, a competência será da Justiça Federal." (STJ – CC nº 32.861/SP – 3ª Seção – Rel. Min. Gilson Dipp – Julgamento: 10/10/2001 – Publicação: DJ 19/11/2001 p. 231).

127. Assim, mesmo sendo o crime antecedente de tráfico nacional de entorpecentes, se este, por regras de competência (conexão com crime de falsidade de passaporte), foi julgado pelo juízo federal, é de se reconhecer a competência deste juízo também para o julgamento do crime de lavagem de dinheiro, nos termos do art. 2º, inciso III, alínea 'b', da Lei 9.613/98: STJ – CC 97.636/SP – 3ª Seção – Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Dje 07/05/2009.

128. O STJ tem precedente antigo no sentido de que "sempre que a lavagem ocorrer em instituição bancária situada no estrangeiro, a competência será da Justiça Federal": STJ, 3ª Seção, CC 32.861/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10/10/2001, DJ 19/11/2001.

organização criminosa transnacional. *A contrario sensu*, se a infração antecedente não constar de tratado internacional firmado pelo Brasil (v.g., roubo), subsiste a competência da Justiça Estadual para o processo e julgamento do feito, ainda que o branqueamento de capitais seja cometido além do território nacional.[129]

23.1. Varas especializadas para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e os delitos de lavagem de capitais.

Por meio de pesquisa realizada em 2001 pelo Centro de Estudos Judiciários ("*Uma análise crítica da Lei dos Crimes de Lavagem de dinheiro*"), conseguiu-se apurar que o percentual de procedimentos que chegava ao Judiciário Federal relativo ao delito de lavagem era insignificante (até setembro de 2001, apenas 260 inquéritos policiais tramitavam junto à Polícia Federal), além de se constatar que a maioria dos juízes não teriam tido a oportunidade de desenvolver estudos formais sobre o referido delito – 87% dos juízes federais entrevistados no estudo responderam que não havia qualquer processo em tramitação em sua Vara relativamente ao crime de lavagem de capitais até 31/12/2000.[130]

Exatamente por isso, e devido à necessidade de se otimizar a persecução penal em relação aos delitos de lavagem de capitais, diversas varas no âmbito da Justiça Federal foram especializadas no combate a crimes contra o sistema econômico-financeiro. Essa especialização de varas foi uma das propostas apresentadas por Comissão constituída no âmbito do Conselho da Justiça Federal (CJF) para a realização de estudos sobre o crime de lavagem. Assim, foi editada pelo Conselho da Justiça Federal a Resolução nº 314, em 12 de maio de 2003, segundo a qual os Tribunais Regionais Federais deveriam especializar, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da Resolução, varas federais criminais com competência exclusiva ou concorrente para processar e julgar crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.

Nessa esteira, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, foi editado o Provimento nº 238, de 27 de agosto de 2004, segundo o qual as 2ª e 6ª Varas Criminais da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, foram especializadas com competência exclusiva para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 2º). Essas varas criminais especializadas, de acordo com o art. 3º, § 1º, do Provimento nº 238, passaram a ser consideradas juízo criminal especializado em razão da matéria, tendo, à época, competência jurisdicional em toda a área territorial da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Ainda segundo o citado Provimento (art. 5º), às Varas Especializadas foram redistribuídos todos os feitos em andamento à época relativos aos crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de capitais, na Seção Judiciária do Estado de São Paulo, excetuados os que estivessem com a fase instrutória encerrada, observando-se as cautelas de sigilo, a ampla defesa e o devido processo legal.

Com a especialização de varas federais para o processo e julgamento de crimes contra o sistema financeiro ou de lavagem de capitais pelos diversos Tribunais Regionais Federais, surgiu intensa discussão nos Tribunais quanto à (in) compatibilidade dessas varas especializadas com o princípio do juiz natural, bem como em torno da possibilidade de remessa dos processos em andamento a essas varas especializadas.

A nosso ver, não há falar em violação ao princípio do juiz natural. Referido princípio está previsto na Constituição Federal (art. 5º, incisos XXXVI e LIII), sendo que dele derivam 3 (três) importantes regras de proteção: 1) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; 2) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; 3) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. Discorrendo sobre tais regras oriundas do princípio do juiz natural, Antônio Scarance Fernandes observa que "a proibição de tribunais de exceção não significa impedimento à criação de justiça especializada ou de vara especializada, pois não há, nestas hipóteses, criação de órgãos para julgar, de maneira excepcional, determinadas pessoas ou matérias, mas simples atribuição a órgãos inseridos na estrutura judiciária fixada na Constituição de competência para o julgamento de matérias específicas, com o objetivo de melhor atuar a norma substancial".[131]

129. É nesse sentido a lição de Andrey Borges de Mendonça (op. cit. p. 489), que adverte que, para as situações em que o Brasil se comprometeu a reprimir a lavagem perante a ordem internacional, pouco importa se a infração antecedente possui caráter transnacional. Logo, para fins de fixação da competência federal, basta que a lavagem seja transnacional, sendo desnecessário que a infração antecedente também o seja. Consequentemente, caberá à Justiça Federal o processo e julgamento de lavagem de capitais transnacional quando os valores mascarados forem oriundos de tráfico de drogas, ainda que de natureza doméstica.

130. ALENCAR MENDES, Eunice. *Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro*. RCEJ, nº 16, Brasília, 2002.

131. *Processo Penal Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 127.

Como se pode ver, não se pode confundir juízos de exceção (ou *ex post factum*) com juízos especializados, os quais são divisões da função jurisdicional, inseridas no quadro geral do Poder Judiciário para colaborar na administração da justiça.

No caso específico da Justiça Federal, há inclusive lei autorizando a especialização de varas. De fato, de acordo com o art. 12 da Lei nº 5.010/66, *nas Seções Judiciárias em que houver mais de uma Vara, poderá o Conselho da Justiça Federal fixar-lhes sede em cidade diversa da Capital, especializar Varas e atribuir competência por natureza de feitos a determinados Juízes*. Na mesma linha, o art. 3º da Lei nº 9.788/99, que criou cem varas na Justiça Federal de 1º grau, dispõe: "Cabe a cada Tribunal Regional Federal, no âmbito de sua Região, mediante ato próprio, estabelecer a competência e jurisdição das Varas ora criadas, bem como transferir-lhes a sede de um Município para outro, de acordo com a conveniência do Tribunal e a necessidade de agilização da prestação jurisdicional".

Portanto, não há falar em violação ao princípio do juiz natural, já que a própria Constituição Federal assegura ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira, podendo proceder a sua auto-organização administrativa (CF, art. 96). Dependesse o Poder Judiciário de lei para especializar suas Varas, haveria patente limitação em seu poder de auto-organização, subordinando-o ao Poder Legislativo, o que violaria o princípio da separação de poder em detrimento de uma prestação jurisdicional efetiva e eficiente.

É bem verdade que o Conselho da Justiça Federal, ao editar a Resolução nº 314/2003 exorbitou de sua competência ao definir atribuições de órgãos judiciais, na medida em que, de acordo com o art. 105, parágrafo único, II, da Constituição Federal, ao Conselho compete, tão somente, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau. No entanto, apesar da inconstitucionalidade da Resolução nº 314/2003 do Conselho da Justiça Federal, tal vício não tem o condão de macular as resoluções e provimentos expedidos pelos Tribunais Regionais Federais, que encontram seu fundamento de validade no art. 12 da Lei nº 5.010/66. Não se pode, pois, querer tachar tais provimentos de inconstitucionais ou ilegais, estando preservado o princípio do juiz natural, na medida em que há uma regra pré-estabelecida para se determinar o juízo competente.[132]

De mais a mais, especializar varas especializar varas já existentes e atribuir competência por natureza de feitos não é matéria alcançada pela reserva de lei em sentido estrito, porém apenas pelo princípio da legalidade constante do art. 5º, II, da Constituição Federal. Em outras palavras, se há matérias que não podem ser reguladas senão por lei em sentido estrito (v.g., não haverá crime ou pena, nem tributo), em outras situações, é perfeitamente possível que essa norma seja tanto legal quanto regulamentar ou regimental. Quando os Tribunais expedem provimentos e resoluções especializando varas já existentes, não o fazem no exercício da função legislativa, mas no desempenho de função normativa. O exercício da função regulamentar e da função regimental não decorre de delegação de função legislativa; não envolve, pois, derrogação do princípio da divisão dos poderes, estando inserido no poder de auto-organização dos Tribunais.[133]

Firmada a premissa de que o veículo normativo a ser utilizado para a especialização de varas já existentes não precisa ser a lei em sentido estrito, é de todo importante destacar que essas portarias e resoluções expedidas pelos Tribunais Regionais Federais não podem alterar a competência territorial definida no art. 70 do CPP, determinando que crimes praticados em outras subseções judiciárias sejam redistribuídos para uma subseção que não seja o local da consumação da infração penal pelo simples fato deste juízo ter sido especializado para o julgamento dos crimes de lavagem de capitais. Portanto, às varas especializadas para o processo e julgamento dos crimes de lavagem de capitais não pode ser conferida competência territorial mais ampla do que a da subseção judiciária a

132. Em síntese, não se pode confundir a criação de novas varas, que deve ser feita por meio de lei, com a especialização de varas já existentes, que pode ocorrer com a edição de ato normativo pelos Tribunais Regionais Federais, jamais pelo Conselho da Justiça Federal. Bom exemplo disso é a Lei nº 12.011/11: de um lado (art. 1º), esta Lei criou 230 (duzentas e trinta) varas federais; de outro (art. 2º), previu que compete aos Tribunais Regionais Federais, mediante ato próprio, estabelecer a competência das varas criadas pela referida Lei, de acordo com as necessidades de cada Região.

133. Com esse entendimento: STF, 1ª Turma, HC 85.060/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJe 030 12/02/2009. E ainda: STF, Pleno, HC 88.660/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/05/2008. Na dicção do Supremo, "o Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, porque é matéria que se insere no âmbito da organização judiciária dos Tribunais. O tema referente à organização judiciária não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, eis que depende da integração dos critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos tribunais". (STF, 2ª Turma, HC 91.024/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 05/08/2008, DJe 157 21/08/2008). No sentido de que a leitura interpretativa do art. 96, I, a, da Constituição Federal, admite que haja alteração promovida administrativamente da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação dos tribunais, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional: STF, 2ª Turma, HC 94.146/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 21/10/2008, DJe 211 06/11/2008. Com o entendimento de que a especialização de varas federais já criadas por meio de provimentos atende aos limites da atribuição que a Carta Magna confere aos Tribunais: STF, 1ª Turma, HC 91.253/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16/10/2007, DJe 142 13/11/2007. E ainda: STJ, 5ª Turma, REsp 636.191/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/09/2004, DJ 11/10/2004 p. 376.

que pertencem, sob pena de se permitir que uma norma hierarquicamente inferior – resoluções e provimentos dos Tribunais – venham a prevalecer sobre o conteúdo da legislação ordinária – art. 70 do CPP. A propósito, dispõe a súmula nº 206 do STJ: "A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo".

Nessa linha, como observa Badaró, "é de se concluir pela inconstitucionalidade de todas as resoluções ou provimentos de Tribunais Regionais Federais que especializaram varas já existentes, atribuindo-lhes competência cuja área territorial ultrapasse os limites do território da subseção judiciária. A afirmação se justifica, pois, neste caso, a reserva de lei relativa, prevista no art. 110, *caput*, da CF/1988 não é respeitada, na medida em que estes provimentos ou resoluções ignoram a regra do art. 70, *caput*, do CPP, que tem força de lei ordinária".[134]

Quanto aos inquéritos e processos que já estavam em andamento quando da especialização das varas federais, acabou prevalecendo nos Tribunais o entendimento segundo o qual seria possível a aplicação subsidiária da regra da perpetuação de competência do art. 87 do CPC ("Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, *salvo quando* suprimirem o órgão judiciário ou *alterarem a competência em razão da matéria* ou da hierarquia). Consoante disposto no art. 43 do CPC, determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta. Com a criação de vara especializada no combate à lavagem de capitais na seção judiciária, se o provimento nada dispuser em sentido contrário, à vara especializada deverão ser redistribuídos todos os processos em curso, tornando-se o juiz de vara federal diversa absolutamente incompetente para processar e julgar os delitos em questão, pois a competência da Vara Especializada foi fixada em razão da matéria, portanto, de caráter absoluto. Nesta hipótese de criação de vara especializada, não se pode falar em perpetuação da competência, já que houve uma alteração da competência em razão da matéria. Ou seja, prevista esta exceção, excepciona-se a regra de que o processo deve findar perante o juiz em que se iniciou. Nesse caso, não haverá violação ao princípio do juiz natural.[135]

Outrossim, os autos só podem ser encaminhados às varas especializadas quando houver indícios concretos da prática do crime de lavagem de capitais. Acerca do assunto, eis o teor da súmula nº 34 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar à apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de lavagem de ativos (Lei nº 9.613/98).

23.2. Reconhecimento da conexão e/ou da continência pelo juízo competente para o processo e julgamento do crime de lavagem de capitais.

Em determinadas circunstâncias, em virtude da íntima ligação entre dois ou mais fatos delituosos, ou entre duas ou mais pessoas que praticaram um mesmo crime, apresenta-se conveniente a reunião de todos eles em um só processo, com julgamento único (*simultaneus processus*). Além de possibilitar a existência de um processo único, contribuindo para a celeridade e economia processual, a conexão e a continência permitem que o órgão jurisdicional tenha uma perfeita visão do quadro probatório, evitando-se, ademais, a existência de decisões contraditórias.[136]

Sem dúvida alguma, em se tratando do crime de lavagem de capitais, talvez as hipóteses mais comuns de conexão sejam a objetiva e a probatória. A conexão objetiva, lógica ou material, prevista no art. 76, II, do CPP, ocorre quando um crime é cometido para facilitar ou ocultar o outro, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer deles (v.g., o crime de lavagem de capitais é praticado com o objetivo de dissimular

134. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 355.

135. TRF3 – RSE nº 2003.61.18.000542-1 – Rel. Juíza Ramza Tartuce – DJU 03/07/2007 p. 497. E ainda: STJ – CC 57.838/MS – 3ª Seção – Relatora Ministra Laurita Vaz – Julgamento: 26/04/2006 – Publicação: 15/05/2006 p. 157; STJ – REsp 628.673/SC – 5ª Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 14/03/2005 p. 411.

136. Como adverte Pimenta Bueno, citado por Eduardo Espínola Filho, embora os crimes sejam diversos, desde que sejam eles conexos entre si, haverá uma espécie de unidade estreita que não deve ser rompida. Em suas palavras, "todos os meios de acusação, defesa e convicção estão em completa dependência. Separar será dificultar os esclarecimentos, enfraquecer as provas, e correr o risco de ter afinal sentenças dissonantes ou contraditórias. Sem o exame conjunto, e pelo contrário com investigações separadas, sem filiar todas as relações dos fatos, como reconhecer a verdade em sua integridade, ou como reproduzir tudo isso em cada processo?" (*in Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. P. 135).

a origem de dinheiro obtido com a infração antecedente). De seu turno, a conexão probatória ou instrumental estará presente quando a prova de um crime influenciar na existência do outro (CPP, art. 76, III). Como a infração penal antecedente funciona como verdadeira elementar do crime acessório de lavagem de dinheiro, é inegável que a prova de sua existência influencia na prova da reciclagem de capitais.

Reconhecida a conexão ou a continência, dispõe o art. 79 do CPP que deverá haver um processo e julgamento único (*simultaneus processus*). Caso um dos processos já tenha sido sentenciado, não mais haverá razão para a reunião dos processos, na medida em que o objetivo maior da conexão/continência – *simultaneus processus* como fator de produção probatória mais eficaz e de se evitar julgamentos conflituosos – não mais será passível de ser atingido. Nessa linha, dispõe a súmula nº 235 do STJ que "a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado". Quando a súmula diz "já foi julgado", refere-se à decisão de mérito recorrível que comporta apelação, e não à sentença com trânsito em julgado. Caso já haja sentença definitiva, a unidade dos processos somente se dará posteriormente para o efeito de soma (concurso material e formal impróprio) ou de unificação de penas (concurso formal próprio e crime continuado).[137]

A despeito da existência de conexão e/ou continência, nem sempre será possível a reunião dos feitos em um *simultaneus processus*. Com efeito, há situações em que o próprio CPP veda a existência de um processo e julgamento único: a) concurso entre a jurisdição comum e a militar; b) concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores; c) doença mental superveniente à infração penal; d) citação por edital de um dos corréus, seguida da não apresentação da resposta à acusação; e) suspensão do processo penal em relação ao colaborador premiado (Lei n. 12.850/13, art. 4º, §3º). Noutro giro, há há situações em que o Código de Processo Penal (art. 80) estabelece a separação facultativa dos processos: i) infrações praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes; ii) excessivo número de acusados e para não lhes prolongar; iii) motivo relevante pelo qual o juiz repute conveniente a separação.[138]

A lei não estabelece até quando essa separação é possível. Porém, se a reunião dos feitos por conta da conexão ou da continência pode ocorrer enquanto não houver decisão recorrível (CPP, art. 82), *mutatis mutandis*, conclui-se que é possível que o magistrado determine o desmembramento dos feitos até o momento da sentença, ressalvando-se, obviamente, a renovação da instrução processual perante o novo juízo em relação ao feito de sua competência, em virtude da adoção do princípio da identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2º).

Superada esta breve análise da conexão e da continência, convém dispensar especial atenção ao juízo competente para o reconhecimento dessas duas causas modificativas de competência quando uma das infrações penais conexas e/ou continentes envolver a prática do crime de lavagem de capitais.

Comparando-se a antiga redação da Lei de Lavagem de Capitais com o novo texto introduzido pela Lei nº 12.683/12, percebe-se que, ao art. 2º, inciso II, *in fine*, da Lei nº 9.613/98, foi acrescida a seguinte parte: "cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento". Como se percebe, ao mesmo tempo em que o art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.613/98, consagra a autonomia dos processos de lavagem de capitais e da infração penal antecedente, também permite o reconhecimento da conexão e da continência, salientando que, nesse caso, caberá ao juízo competente para o processo da reciclagem de capitais deliberar acerca da formação (ou não) de um *simultaneus processus*.

Como o art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98, não estabelece qualquer ressalva, parece-nos que, por força do novel dispositivo, o juízo competente para o processo e julgamento da lavagem de capitais sempre terá competência para deliberar sobre a reunião (ou separação) dos feitos, ainda que, no caso concreto, não exerça força atrativa em relação às infrações conexas e/ou continentes. Em outras palavras, não mais será aplicável aos crimes de lavagem de capitais a regra do art. 82 do CPP, que estabelece que, havendo conexão e/ou continência, caberá ao juízo com força atrativa avocar os processos em tramitação perante os outros juízos.

Como é sabido, quando há conexão e/ou continência, o art. 78 do CPP dispõe que um determinado juízo exercerá força atrativa em

137. Nessa linha: STJ, HC 94.904/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 23/4/2009.

138. Em caso concreto atinente a crimes de peculato, lavagem de dinheiro e quadrilha (hoje, associação criminosa), supostamente cometidos por membros da Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso, no desvio de recursos públicos para pagamento de bens e serviços inexistentes provenientes de empresas fictícias (mais de 100 ações foram ajuizadas para apurar esses fatos delituosos), entendeu-se que haveria motivo relevante recomendando a separação dos processos: STJ, Corte Especial, AgRg na APn 534/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 20/04/2009. Ainda em relação à possibilidade de separação dos processos com base em motivo relevante: STJ – RHC 18.522/MG – 5ª Turma – Rel. Ministra Laurita Vaz – DJ 06/08/2007 p. 538.

relação aos demais, trazendo para si o processo e julgamento do *simultaneus processus*. A título de exemplo, supondo a existência de conexão probatória entre um crime de tráfico de drogas da competência da Justiça Estadual e um crime de lavagem de capitais da competência da Justiça Federal, porquanto praticado contra o sistema financeiro, ambas as infrações penais deverão ser julgadas perante a Justiça Federal, nos moldes do enunciado da súmula nº 122 do STJ ("Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal"). Se o juízo federal exerce força atrativa para o processo e julgamento de ambas as infrações penais em virtude da conexão, a ele caberá deliberar acerca de eventual separação obrigatória ou facultativa dos processos. Logo, se o juiz federal entender que há um motivo relevante que recomenda o desmembramento dos processos, poderá determinar a separação dos feitos, devolvendo à Justiça Estadual o julgamento do crime de tráfico de drogas.

Ocorre que o art. 2º, II, *in fine*, da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, dispõe que cabe ao juiz competente para os crimes de lavagem de capitais a decisão sobre a unidade de processo e julgamento. Como o dispositivo não estabelece qualquer ressalva, sua aplicação independe da força atrativa do juízo competente para a lavagem de capitais. Afinal, fosse o dispositivo aplicável apenas para essa hipótese, sua inserção pela Lei nº 12.683/12 seria de todo inócua, já que o próprio Código de Processo Penal já dispunha anteriormente em seu art. 82 do CPP que cabia ao juízo com força atrativa deliberar sobre a reunião (ou separação) dos feitos. Por isso, ainda que o juízo competente para o julgamento do crime de lavagem de capitais não tenha força atrativa para o julgamento das infrações conexas e/ou continentes, subsiste sua competência para deliberar sobre a unidade de processo e julgamento, o que, no entanto, não impede que o tema volte a ser apreciado pelo Tribunal competente em eventual conflito de competência.

Vejamos um exemplo: suponha-se a prática de um crime de extorsão mediante sequestro na cidade de Campinas/SP, cujo preço do resgate é objeto de lavagem na cidade de Florianópolis/SC. Reconhecida a conexão probatória entre as duas infrações penais, como a pena cominada à extorsão mediante sequestro é mais grave que a do crime de lavagem de capitais, haverá prorrogação da competência do juízo de Campinas/SP, que, em tese, deverá julgar ambos os delitos, nos exatos termos do art. 78, II, "a", do CPP, pouco importando o fato de haver vara especializada para a lavagem de capitais na cidade de Florianópolis/SC.[139]

Nesse caso, segundo a sistemática do CPP (art. 82), como o juízo de Campinas exerce força atrativa em relação ao crime conexo de lavagem de capitais, a ele caberia deliberar, exclusivamente, acerca da reunião (ou separação) dos feitos. Ocorre que, ante o novo regramento introduzido pela Lei nº 12.683/12, ainda que o juízo competente para a lavagem de capitais não tenha força atrativa, a ele caberá deliberar sobre a unidade do processo e julgamento das infrações conexas e/ou continentes. Portanto, no exemplo dado, por mais que o juízo competente para o julgamento da lavagem de capitais não pudesse avocar para si o processo referente à infração antecedente conexa, já que o art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98, não alterou os critérios de atração fixados pelo art. 78 do CPP, poderia, ao menos, deliberar sobre a manutenção do processo de sua competência, evitando, assim, que ambas as infrações fossem julgadas pelo juízo de Campinas/SP.

Em síntese, pode-se dizer que, para os crimes de lavagem de capitais, não será aplicável a regra geral do art. 82 do CPP, visto que o art. 2º, II, *in fine*, da Lei nº 9.613/98, estabelece uma regra especial, no sentido de que o juízo competente para o julgamento do crime de lavagem de capitais sempre terá competência para deliberar sobre a unidade de processo e julgamento das infrações conexas e/ou continentes, pouco importando que, no caso concreto, não tenha ele força atrativa para o processamento do *simultaneus processus*. Logo, ainda que o juízo com força atrativa queira avocar o crime conexo de lavagem de capitais com fundamento no art. 82 do CPP, caberá ao juízo competente para o crime de lavagem de capitais deliberar sobre a reunião (ou separação) dos feitos.

Evidentemente, esta decisão acerca da unidade de processo e julgamento pelo juízo competente para o crime de lavagem de capitais jamais pode ser tratada como definitiva, nem tampouco como impositiva ao juiz do processo pela infração penal antecedente, uma vez que uma das hipóteses de cabimento do conflito de competência é exatamente quando surgir controvérsia entre duas autoridades judiciais sobre a unidade de juízo, junção ou separação de processos (CPP, art. 114, inciso II).

139. Na dicção do Supremo, verificada a conexão, afigura-se lícito o processamento da ação penal em foro diverso do especializado por força de norma infraconstitucional posterior aos fatos, sem que se possa arguir a ocorrência de ofensa ao princípio do juiz natural: STF, 1ª Turma, HC 104.779/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 29/03/2011, DJe 102 27/05/2011.

Art. 2º. (...)

(...)

§1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

(...)

24. JUSTA CAUSA DUPLICADA.

Como toda e qualquer peça acusatória, a denúncia em relação crime de lavagem de capitais deve preencher os requisitos constantes do art. 41 do CPP, com a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas A aptidão da denúncia relativa ao crime de lavagem de dinheiro não exige uma descrição exaustiva e pormenorizada da suposta infração penal antecedente, bastando, a presença de indícios suficientes de que o objeto material da lavagem seja proveniente, direta ou indiretamente, do referido delito. Desse modo, a inicial deve ser considerada apta se contiver narrativa que demonstre, de modo indiciário, a probabilidade da prática da infração antecedente e as condutas relacionadas ao suposto branqueamento de bens, direitos e valores que provavelmente seriam dela decorrentes, permitindo, assim, a efetiva defesa do acusado.[140]

Para que essa peça acusatória seja recebida pelo juízo competente, é indispensável a presença de justa causa, ou seja, um suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. Aliás, com a reforma processual de 2008, a expressão *justa causa* passou a constar expressamente do Código de Processo Penal. De acordo com o art. 395, inciso III, do CPP, com redação determinada pela Lei nº 11.719/08, a denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal. Tendo em vista que a simples instauração de um processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos, temerários, desprovidos de um lastro mínimo de elementos de informação, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, que dê arrimo à acusação. Em regra, esse lastro probatório é fornecido pelo inquérito policial, o que, no entanto, não impede que o titular da ação penal possa obtê-lo a partir de outras fontes de investigação (v.g., procedimento investigatório criminal presidido pelo Ministério Público). Aliás, como destaca o próprio art. 12 do CPP, os autos do inquérito policial deverão acompanhar a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

Para que se possa dar início a um processo penal, então, há necessidade do denominado *fumus comissi delicti*, a ser entendido como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, a plausibilidade de que se trate de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação, provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, confirmando a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria ou de participação em conduta típica, ilícita e culpável.[141]

Outrossim, em se tratando de crimes de lavagem de capitais, não basta demonstrar a presença de lastro probatório quanto à ocultação de bens, direitos ou valores, sendo indispensável que a denúncia também seja instruída com suporte probatório demonstrando que tais valores são provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, tal qual disposto no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, com redação determinada pela Lei nº 12.683/12.

Tem-se aí o que a doutrina chama de **justa causa duplicada**, ou seja, lastro probatório mínimo quanto à lavagem e quanto à infração antecedente. A propósito, o art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, estabelece que a denúncia será instruída com *indícios suficientes da existência da infração penal antecedente*, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente. Como se vê, incumbe ao Ministério Público trazer em conjunto com a denúncia indícios suficientes e seguros da ocorrência do crime antecedente, sob pena de inépcia material da peça acusatória.

140. Nesse contexto: STJ, Corte Especial, APn 923/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23/09/2019, DJe 26/09/2019.

141. Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura, o conceito de *justa causa* é mais abrangente, já que a autora leva em consideração tanto aspectos materiais quanto processuais. Segundo ela, em sentido estrito, a justa causa pode ser conceituada "como sendo o conjunto de elementos de direito e de fato que tornam legítima a acusação. [...] Em outras palavras, no direito brasileiro, a justa causa corresponde ao fundamento da acusação. [...] Vista sob o ângulo positivo, é a presença de fundamento de fato e de direito para acusar, divisando mínima probabilidade de condenação, na qual se baseia o juízo de acusação [...] Justa causa não se identifica com qualquer das condições da ação. A falta de uma delas conduz à falta de justa causa. Mas a recíproca não é verdadeira. A justa causa é mais do que uma condição [...] O ato que rejeita a imputação, sob o fundamento de falta de justa causa é, prevalentemente, de mérito, embora, por vezes, tenha caráter misto, quando não apenas processual". (*Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*. 1997. 339 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, p. 208).

Da própria redação do dispositivo depreende-se que é suficiente a demonstração de indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo desnecessária a indicação da sua autoria. Portanto, a autoria ignorada ou desconhecida do crime antecedente não constitui óbice ao ajuizamento da ação pelo crime de lavagem.[142]

Mas qual é o verdadeiro significado da palavra "indício" nesse dispositivo? Seria necessária prova cabal da existência do crime antecedente?

Como se sabe, a palavra *indício* é usada no âmbito processual penal com 02 (dois) sentidos distintos, ora como **prova indireta**, ora como **prova semiplena.**

No sentido de **prova indireta**, a palavra *indício* deve ser compreendida como uma das espécies do gênero prova, ao lado da prova direta, funcionando como um dado objetivo que serve para confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão judicial. Partindo-se de um fato base comprovado, chega-se, por meio de um raciocínio dedutivo, a um fato consequência que se quer provar. É exatamente nesse sentido que a palavra *indício* é utilizada no art. 239 do CPP. Na dicção de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, "indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo".[143]

Se o indício é o fato provado que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato, é certo dizer que, apesar de o CPP dispor sobre o indício como prova indireta entre os meios de prova (art. 239), o indício não é um meio de prova, mas apenas o resultado probatório de um meio de prova. Na verdade, como observa a doutrina, "o que pode ser provado é o fato indicativo (p. ex.: uma testemunha que viu o acusado com uma faca suja de sangue e a vítima esfaqueada aos seus pés). O indício é o fato certo que está na base da inferência da presunção. Em outras palavras, o indício é o ponto de partida da presunção. Ou, visto pelo outro lado, a presunção é um juízo fundado sobre um indício".[144]

A tentativa de se buscar um equilíbrio constante entre a eficácia da persecução penal nos crimes de lavagem de capitais e a observância da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência passa, obrigatoriamente, pela utilização e aceitação da prova indiciária, sobretudo para comprovar dois aspectos centrais da produção probatória desse crime, a saber: a origem ilícita dos bens, direitos e valores e o elemento subjetivo do tipo, isto é, a consciência e vontade de ocultar bens oriundos de determinada infração penal. Pela própria característica de um delito que busca ocultar a origem ilícita de um bem, e em virtude da enorme capacidade de camuflagem e hermetismo com que atuam as redes clandestinas de lavagem de capitais, é muito comum que não haja prova direta da procedência espúria dos valores, nem tampouco do elemento subjetivo. Daí sobressai a importância inquestionável da utilização da prova indiciária nos processos criminais referentes à lavagem de capitais.

Muito se discute acerca da possibilidade de se condenar alguém com base única e exclusivamente em indícios. A nosso juízo, com a incorporação ao processo penal do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz (CPP, art. 155, *caput*, e CF/88, art. 93, IX), e a consequente exclusão de qualquer regra de prova tarifada, permite-se que tanto a prova direta como a prova indireta sejam em igual medida válidas e eficazes para a formação da convicção do magistrado. Obviamente, não se pode admitir que um indício isolado e frágil possa fundamentar um decreto condenatório. De modo algum. Para tanto, a prova indiciária está sujeita às seguintes condições: a) os indícios devem ser plurais (somente excepcionalmente um único indício será suficiente, desde que esteja revestido de um potencial incriminador singular); b) devem estar estreitamente relacionados entre si; c) devem ser concomitantes, ou seja, univocamente incriminadores – não valem as meras conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidades; d) existência de razões dedutivas – entre os indícios provados e os fatos que se inferem destes deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional segundo as regras do critério humano.[145]

142. Em caso concreto em que indivíduos foram flagrados no aeroporto de Londrina, vindos de Foz do Iguaçu, na posse de aproximadamente US$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares), o TRF da 4ª Região entendeu que, em que pese a possibilidade de a denúncia por crime de lavagem estar apoiada em simples indícios da existência do crime conexo, havendo prisão em flagrante, não há como legitimar a manutenção da prisão sob o simples fundamento que os flagrados possam ter cometido algum delito abrangido pela Lei 9.613/98. Deve haver um mínimo de segurança sobre a materialidade do crime conexo para que o julgador possa determinar a custódia cautelar. Ausente a demonstração da origem do numerário e, portanto, sem que se possa aferir se tais valores são (ou não) provenientes de um dos crimes antecedentes listados no art. 1º da Lei nº 9.613/98, e diante da possibilidade de se tratar de mera irregularidade administrativa, concedeu-se liberdade provisória aos agentes: TRF-4.ª Reg., HC 1998.04.01.073459-7, 2.ª T., rel. Tânia Terezinha Cardoso Escobar, *DJ* 17.02.1999.

143. *A prova por indícios no processo penal*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

144. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012. p. 336.

145. Para o Supremo, "os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexo com o fato a ser provado seja lógico e próximo". (STF, HC 70.344/RJ, 2.ª

A comunidade internacional já vislumbrou a importância que essa prova indiciária tem para a formação da convicção do juiz por ocasião do julgamento da lavagem de capitais. A título de exemplo, consoante a jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol, os indícios mais relevantes da lavagem de capitais são: a) incremento inusual do patrimônio ou o manejo de quantidades de dinheiro que, por sua elevada quantidade, dinâmica das transações e tratar-se de dinheiro em espécie, ponham em manifesto operações estranhas às práticas comerciais ordinárias; b) inexistência de negócios lícitos que justifiquem o patrimônio, o incremento patrimonial ou as transmissões de dinheiro; c) constatação de algum vínculo ou conexão com atividades de tráfico de drogas ou outras atividades ilícitas graves ou com pessoas relacionadas com estas práticas.[146]

Apesar de grande parte da doutrina referir-se à expressão *indícios* apenas com o significado de prova indireta, nos termos do art. 239 do CPP, a palavra *indício* também é usada no ordenamento processual penal pátrio com o significado de uma **prova semiplena**, ou seja, no sentido de um elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo (v.g., arts. 126, 312 e 413, *caput*, todos do CPP). Nesta acepção, a expressão "indício" refere-se a uma cognição vertical (quanto à profundidade) não exauriente, ou seja, uma cognição sumária, não profunda, em sentido oposto à necessária completude da cognição, no plano vertical, para a prolação de uma sentença condenatória. E é exatamente nesse sentido que o art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, se refere à necessidade de indícios suficientes da existência da infração penal antecedente.[147]

Na verdade, a palavra "indício" usada na Lei de Lavagem representa uma prova dotada de eficácia persuasiva atenuada (prova semiplena), não sendo apta, por si só, a estabelecer a verdade de um fato. Em outras palavras, no momento do recebimento da denúncia, ainda que não seja exigido um juízo de certeza, é necessária a presença de, no mínimo, algum elemento de prova, ainda que indireto ou de menor aptidão persuasiva, que possa autorizar pelo menos um juízo de probabilidade de que os bens, direitos ou valores ocultados sejam provenientes, direta ou indiretamente, de determinada infração penal.

Apesar de não se exigir certeza, exige-se certa probabilidade, não se contentando a lei com a mera possibilidade. A título de exemplo, já se reconheceu como indício suficiente para efeito do recebimento da denúncia o fato de o agente "ter apresentado um enorme descompasso entre os rendimentos declarados ao Fisco, e aqueles valores que transitaram por suas contas bancárias".[148]

No momento do recebimento da denúncia, a lei exige indícios suficientes, e não uma certeza absoluta quanto à existência do crime antecedente. Segundo Rodolfo Tigre Maia, "indícios suficientes serão aqueles que, independentemente de sua quantidade, quando sopesados à luz dos princípios gerais de apreciação da prova em sede criminal, da experiência jurídica e das especificidades da modalidade de ilícito a que se vinculam, produzem no julgador o convencimento racional, explicitado fundamentadamente, de que existe um elevado grau de probabilidade de que determinado crime tenha sido praticado. Assim, e.g., se o exame microscópico do numerário apreendido revela a presença de resíduos de cloridrato de cocaína nas notas em poder do acusado, há uma grande probabilidade de que estas tenham se originado do tráfico daquela substância".[149]

Na mesma linha, como já se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, "a teor do art. 2º, II, da Lei 9.613/98, não se exige, para a aptidão da denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais exaustivamente previstas nos incisos I a VIII do art. 1º do referido diploma legal, bastando a existência de elementos indiciários de que o capital branqueado provenha de alguma de tais condutas ilícitas".[150] Em senti-

T., rel. Min. Paulo Brossard, publicado em 22.10.1993). Ainda no sentido da possibilidade de condenação com base em indícios, desde que coerentes e uníssonos: "O exame dos indícios resultantes do contexto probatório levam à conclusão de que houve entre os co-partícipes (magistrado e advogado) uma concorrência efetiva para a prática do delito de corrupção passiva. Denúncia procedente, com imposição das penalidades previstas lei". (STJ, Corte Especial, APn 224/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 01/10/2008, DJe 23/10/2008).

146. Nesse sentido podem ser citadas as seguintes decisões do: STS, sala segunda, de 23 de maio de 1997 (Pte. CONDE-PUMPIDO TOURÓN); STS, Sala segunda, de 15 de abril de 1998 (Pte MONER MUÑOZ); STS, Sala Segunda, de 28 de dezembro de 1999 (Pte. PUERTA LUIS); STS, Sala Segunda, de 10 de janeiro de 2000 (PTE GIMÉNEZ GARCIA). *Apud.* MENDONÇA, Andrey Borges de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 504. Segundo o autor, no Brasil, as diversas normativas de operações suspeitas do Banco Central podem ser usadas como indícios da lavagem de capitais.

147. Referindo-se à pronúncia (CPP, art. 413), o próprio Supremo já teve a oportunidade de asseverar que a expressão "indícios de autoria" não têm o sentido de prova indiciária – que pode bastar à condenação – mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado: STF, 1ª Turma, HC 83.542/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 09/03/2004, DJ 26/03/2004.

148. TRF-3.ª, HC 2002.03.00.046017-0/MS, Rel. Juíza Ramza Tartuce, DJ 14.10.2003.

149. Maia, Rodolfo Tigre, *Lavagem de dinheiro* – lavagem de ativos provenientes de crime – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 120.

150. TRF4, HC 2007.04.00.003551-3, 8.ª T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, *DE* 11.04.2007.

do semelhante, em caso concreto apreciado pelo STJ, entendeu-se que não seria possível arguir a ausência de prova do crime antecedente praticado em outro país se havia, nos autos, depoimentos colhidos em juízo de um agente especial da Drug Enforcement Administration (DEA) – entidade estatal americana de repressão ao tráfico de drogas – e a companheira de chefe de cartel no exterior, comprovando a prática de tráfico internacional de drogas de organização criminosa da qual participava o acusado com destacada atuação.[151]

De se notar que, por ocasião do recebimento da denúncia, a Lei nº 9.613/98 exige a presença de indícios suficientes apenas em relação à existência da infração penal antecedente. Portanto, para que haja justa causa para o oferecimento de denúncia pela prática do crime de lavagem de capitais, não há necessidade de indícios suficientes relativos à autoria da infração pretérita. Daí por que o próprio art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/98 dispõe que o crime de lavagem de capitais será punível ainda que desconhecido ou isento de pena o autor. Logo, a justa causa duplicada necessária para o oferecimento de denúncia em relação ao crime de lavagem de capitais exige a presença de indícios suficientes tão somente quanto à existência da infração antecedente, sendo dispensáveis quaisquer elementos de informação relacionados à autoria de tal infração.

Até mesmo para que seja possível aferir se há (ou não) indícios suficientes da existência da infração antecedente, é indispensável que conste da peça acusatória não apenas a narrativa dos meios utilizados pelo agente para a reciclagem de capitais, mas também em que consistiu a infração antecedente, e quais bens, direitos ou valores dela provenientes foram objeto de lavagem. Não é necessário descrever pormenorizadamente a conduta delituosa relativa à infração antecedente, que pode inclusive ser objeto de outro processo (art. 2º, II, da Lei 9.613/98), mas se afigura indispensável ao menos a sua descrição resumida, evitando-se eventual arguição de inépcia da peça acusatória, ou até mesmo trancamento do processo por meio de *habeas corpus*. Sem que haja indícios acerca da infração antecedente, deve o juiz rejeitar a peça acusatória, ante a inexistência de justa causa para a ação penal (CPP, art. 395, III).[152]

A propósito, para o STJ, "não é inepta a denúncia que descreve minuciosamente fatos subsumíveis ao disposto no art. 1º, V, da Lei 9.613/98, incluindo a narrativa dos crimes antecedentes que se amoldam ao previsto no inciso V, do mesmo artigo – Se não há injustiça ou erro manifestos, sendo vedada a incursão vertical na matéria fático-probatória, não há também que se falar em denúncia abusiva, absurda ou infundada e, nessa linha, também não se mostra injustificado o ato de recebimento da peça inaugural da Ação Penal – Não é necessária, para a instauração da ação penal ou para o ato de recebimento da denúncia, a certeza quanto aos crimes antecedentes".[153]

Se, por ocasião do juízo de admissibilidade da peça acusatória, não há necessidade de certeza acerca da existência de uma das infrações antecedentes (Lei nº 9.613/98, art. 2º, § 1º), raciocínio diverso deve ser utilizado ao final do processo para que o juiz possa proferir um decreto condenatório pela prática do crime de lavagem de capitais, sob pena de indevida violação à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

Como se sabe, por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória. Essa regra probatória deve ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Na dicção de Badaró, cuida-se de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza.[154]

Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro

151. STJ, 5ª Turma, HC 128.590/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 15/02/2011.

152. Com esse entendimento, inclusive fazendo referência expressa a trabalho anterior de nossa autoria sobre o crime de lavagem de capitais: STF, 1ª Turma, HC 93.368/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09/08/2011, DJe 163 24/08/2011.Na dicção do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Denúncia – Crime de lavagem de dinheiro – Art. 1º, § 1º, I, c/c o § 4º da Lei 9.613/98 – Inépcia – Admissibilidade – Vaga narrativa do fato típico – Não individualização das condutas inerentes à transformação do patrimônio ilícito em lícito – ordem concedida" (TJSP, 1.ª Câm. Crim., HC 278.695-3-SP, rel. Des. Andrade Cavalcanti, j. 22.03.1999).

153. STJ, 6ª Turma, RHC 14.575/MS, Rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 06.12.2004, p. 364.

154. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 285.

acaba sendo menos grave que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois o imputado não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.

Destarte, se a denúncia em relação ao crime de lavagem de capitais demanda apenas a presença de indícios suficientes acerca da existência da infração penal antecedente, para a prolação de um decreto condenatório faz-se necessária prova plena, capaz de produzir um juízo de certeza de que os bens, direitos ou valores objeto de lavagem são produto direto ou indireto de determinada infração penal. Por mais que não seja necessário o reconhecimento da infração antecedente em decisão judicial prévia ou transitada em julgado (Lei 9.613/98, art. 2º, II), a condenação exige prova inequívoca, certeza de sua materialidade, ainda que dispensada a identificação dos autores ou a punibilidade do crime. Logo, se, ao final do processo, subsistir uma dúvida razoável sobre a existência da infração penal antecedente, sobre a sua tipicidade ou antijuridicidade, o caminho natural será a absolvição do acusado pela prática do crime de lavagem de capitais.[155]

Art. 2º. (...)

(...)

§ 2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

155. A Exposição de Motivos do Poder Executivo referente ao texto original da Lei nº 9.613/98 (EM 692/MJ/1996), em seu item 61, não deixa qualquer dúvida sobre o tema: "Observe-se, no entanto, que a suficiência dos indícios relativos ao crime antecedente está a autorizar tão somente a denúncia, devendo ser outro o comportamento em relação a eventual juízo condenatório". Há, todavia, precedente isolado em sentido contrário do STJ: "Para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, não é necessária a prova cabal do crime antecedente, mas a demonstração de indícios suficientes da existência do crime antecedente". (STJ, 5ª Turma, REsp 1.133.944/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 27/04/2010, DJe 17/05/2010).

25. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA PRESCRIÇÃO (CPP, ART. 366).[156].

O art. 366 do CPP, com redação determinada pela Lei 9.271, de 17.04.1996, alterou sobremaneira a disciplina da revelia no processo penal brasileiro, visando salvaguardar a mais ampla defesa do acusado. Com efeito, em prol de maior garantia ao direito de defesa, notadamente no que tange ao direito de audiência e de presença, desdobramentos da autodefesa, a Lei nº 9.271/96 deu nova redação ao art. 366 do CPP.

Em sua redação original, o art. 366 do CPP previa que o processo seguiria à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixasse de comparecer sem motivo justificado. Portanto, caso o acusado fosse citado por edital e não comparecesse, era possível que fosse condenado à revelia, bastando que o juiz providenciasse a nomeação de defensor técnico.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.271/96, o art. 366 do CPP passou a ter a seguinte redação: "Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312". Conquanto os §§ 1º e 2º do art. 366 do CPP tenham sido revogados pela Lei nº 11.719/08, sendo vetada pelo Presidente da República a nova redação do art. 366, permanece em pleno vigor o *caput* do art. 366, cuja validade não foi afetada pela revogação de seus parágrafos.

Na dicção do art. 366 do CPP, para que ocorra a suspensão do processo e da prescrição, exige-se o preenchimento de três pressupostos: a) que o acusado tenha sido citado por edital; b) que o acusado não tenha comparecido para o interrogatório; c) que o acusado não tenha constituído defensor. Porém, tendo em conta que, por força da reforma processual de 2008, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato da instrução, passando a citação a ser feita no âmbito do procedimento comum para fins de apresentação da resposta à acusação, é intuitivo que a aplicação do art. 366 do CPP está condicionada à não apresentação da resposta à acusação a partir do prazo de 10 (dez) dias, contados do fim do prazo de dilação do edital.

O objetivo do art. 366 do CPP é evidente: visa assegurar uma atuação efetiva e concreta do contraditório e da ampla defesa, nos moldes

156. Para mais detalhes acerca do art. 366 do CPP, remetemos o leitor ao nosso *Manual de Processo Penal* e ao nosso *Código de Processo Penal Comentado*.

preconizados pela Carta Magna (art. 5º, LV). De fato, antes das mudanças produzidas pela Lei nº 9.271/96, o direito que o acusado tinha de ser comunicado pormenorizadamente acerca da imputação formulada era inviabilizado em face da citação por edital, que é espécie de citação ficta exatamente pelo fato de se basear em uma ficção de ciência que, na prática, nunca se realiza. Para além disso, quando o acusado era citado por edital e não comparecia nem constituía advogado, a subsequente decretação de sua revelia e nomeação de defensor público ou dativo causava patente prejuízo ao exercício do direito de audiência e do direito de presença, consectários lógicos da autodefesa inerente à ampla defesa, na medida em que o acusado ficava impossibilitado de apresentar ao juiz sua versão a respeito da imputação, ficando cerceando, ademais, do direito de acompanhar, ao lado de seu defensor, os atos da instrução processual.

Atende, portanto, o art. 366 do CPP, aos ditames da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92), que, em seu art. 8º, § 2º, assegura a toda pessoa acusada de delito as garantias mínimas de comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada ("b"), concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa ("c") e o direito de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor ("d").

25.1. Aplicação do art. 366 do CPP na Lei de Lavagem de Capitais.

De acordo com o art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, no processo por crime de Lavagem de Capitais, não se aplica o disposto no art. 366 do CPP, devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.

Antes mesmo de passarmos à análise do novel dispositivo legal, convém destacar que há uma evidente impropriedade em sua parte final. Isso porque o art. 2º, § 2º, *in fine*, da Lei nº 9.613/98, estabelece que, se o acusado não comparecer nem constituir advogado, deverá ser citado por edital. Ocorre que o não comparecimento do acusado e a não constituição de defensor não são motivos para a citação por edital, e sim consequência natural de tal citação ficta. Por isso, o acusado deve ser citado por edital não porque não compareceu nem constituiu advogado, mas sim porque não foi encontrado para ser citado pessoalmente (CPP, art. 361).

A vedação à aplicação da regra do art. 366 pela Lei de Lavagem de Capitais encontra a seguinte fundamentação feita pelo legislador na exposição de motivos: "Trata-se de medida de política criminal diante da incompatibilidade material existente entre os objetivos desse novo diploma legal e a macrocriminalidade representada pela lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores oriundos de crimes de especial gravidade. A suspensão do processo constituiria um prêmio para os delinquentes astutos e afortunados e um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em parceria com a lavagem ou a ocultação". (item 63 da Exposição de Motivos 692/MJ).[157]

Em que pese o teor do citado dispositivo, parece-nos ser plenamente possível a aplicação do art. 366 do CPP aos processos criminais referentes à lavagem de capitais. Isso em virtude de verdadeira inconstitucionalidade de que padece o dispositivo do art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/98. De fato, em prol de uma maior efetividade no combate à lavagem de capitais, não se pode desprezar a aplicação do preceito do art. 366, consectário lógico da garantia da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88). Trata-se, assim, o art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/98, de mais um exemplo de norma que ganhou vigência com sua publicação, mas que não possui validade.

Na verdade, conforme assevera Marco Antônio de Barros, "o prosseguimento do processo até final sentença, em ação penal na qual o réu foi fictamente citado, nos remete a um longo período de produção em série de condenações de réus revéis. Camuflava-se a efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa com o chamado faz-de-conta. Faz-de-conta que o réu tem ciência da existência da ação penal; faz-de-conta que o réu tem ciência da existência da ação penal; faz-de-conta que a sua defesa – ainda que elaborada em termos técnicos –, é a melhor; faz-de-conta que todas as providências tendentes ao estabelecimento da verdade foram determinadas e realizadas, enfim, faz-de-conta que o processo criminal, assim concluído, não representa uma séria restrição à defesa de mérito".[158]

---

157. Concordando com essa interpretação, Gilmar Mendes: "Uma questão polêmica é a cláusula constante da lei que determina a não aplicação do disposto no art. 366 do CPP, relativa à suspensão do processo na hipótese de citação por edital. É claro que dentro de uma visão ortodoxa é razoável que se faça crítica. Quem considerar a gravidade do crime, certamente com interesse na persecução, não terá também dificuldade para justificar a opção legisaltiva que aqui se fez". (Mendes, Gilmar. Aspectos penais e processuais penais da Lei de Lavagem de Dinheiro. Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro, Série Cadernos do CEJ, Conselho da Justiça Federal, 2000. p. 32.)

158. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas* – com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 226. Ainda no sentido da inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.613/98, por clara violação da ampla defesa e por impossibilitar o exercício do contraditório: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

A ausência do acusado citado por edital, com a subsequente suspensão do processo, jamais funcionará como um prêmio ou obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos relacionados à lavagem de capitais. A uma, porque o próprio art. 366, além de impor a suspensão da prescrição, pesado fardo que recai sobre o acusado que se encontra em local incerto e não sabido, possibilita que o juiz determine a produção antecipada das provas consideradas urgentes, além de estar autorizado a decretar sua prisão preventiva, desde que presente uma das hipóteses listadas no art. 312 do CPP. A duas porque ao juiz é deferido o poder de determinar a execução de medidas assecuratórias (Lei nº 9.613/98, art. 4º, *caput*), salvaguardando, assim, a eficácia do processo principal, com a ressalva de que a restituição dos bens só poderá ser deferida com o comparecimento pessoal do acusado (art. 4º, § 3º, da Lei 9.613/98). A três porque, consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 460.971, a prescrição deve permanecer suspensa por prazo indeterminado, afastando-se, assim, eventual argumento no sentido de que a aplicação do art. 366 seria sinônimo de impunidade. Por fim, com a reforma processual de 2008, o art. 362 do CPP passou a admitir a citação por hora certa no processo penal, a ser utilizada quando houver suspeita de que o acusado se oculta para não ser citado, hipótese em que não haverá necessidade de se determinar a suspensão do processo. Logo, a citação por edital e a consequente aplicação do art. 366 do CPP, inclusive para os processos criminais envolvendo lavagem de capitais, ficaria reservada apenas para aqueles casos em que não houver má-fé por parte do acusado, nem tampouco exercício abusivo do direito de defesa, o que jamais poderia ser considerado um prêmio à impunidade.

Art. 3º Revogado pela Lei nº 12.683/12.

26. LIBERDADE PROVISÓRIA.[159]

Em sua redação original, o art. 3º da Lei nº 9.613/98 dispunha que os crimes de lavagem de capitais eram insuscetíveis de fiança e liberdade provisória. De plano, já se pode notar um evidente equívoco na redação do revogado dispositivo legal, porquanto vedava a fiança e a liberdade provisória, como se fossem coisas distintas, quando, na verdade, a liberdade provisória funciona como o gênero, do qual são espécies a liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança.

Sempre se discutiu sobre a possibilidade de a lei vedar, em abstrato, a concessão da liberdade provisória a determinado delito, tal qual o fazia o revogado art. 3º da Lei nº 9.613/98.

Ao longo dos anos, sempre prevaleceu o entendimento de que não haveria qualquer inconstitucionalidade na vedação peremptória à concessão de liberdade provisória sem fiança, sobretudo em virtude do teor da própria Constituição, que diz que *ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança* (CF, art. 5º, LXVI). Assim, se a lei vedava a concessão de liberdade provisória, fazendo uso do permissivo constitucional, não haveria razão para se questionar a validade do dispositivo legal.

Esse entendimento, todavia, foi sendo gradativamente modificado. Isso porque o inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal não pode ser interpretado de maneira isolada dos demais dispositivos constitucionais que cuidam da prisão cautelar. Em outras palavras, apesar de o inciso LXVI do art. 5º da Carta Magna parecer deixar nas mãos do legislador ordinário a discricionariedade para vedar (ou não) a concessão da liberdade provisória, não se pode perder de vista que a mesma Constituição contempla o princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), bem como a regra de que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória tem natureza cautelar, ficando sua decretação condicionada à ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI). Em outras palavras, ao se restringir a liberdade provisória em relação a determinado delito, estar-se-ia estabelecendo hipótese de prisão cautelar obrigatória, em clara e evidente afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade. De mais a mais, ao se vedar de maneira absoluta a concessão da liberdade provisória, tais dispositivos legais estariam privando o magistrado da análise da necessidade da manutenção da prisão cautelar do agente, impondo verdadeira prisão *ex lege*. Criar-se-ia, então, um juízo prévio e abstrato de periculosidade, feito pelo Legislador, retirando do Poder Judiciário o poder de tutela cautelar do processo e da jurisdição penal, que só pode

2012. p. 269; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 125.

159. Para mais detalhes acerca da liberdade provisória, remetemos o leitor ao capítulo referente à Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º), onde o assunto foi detalhadamente abordado.

ser realizado pelo magistrado a partir dos dados concretos de cada situação fática.

Quando o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, de modo algum afirma que o acusado deva, ao longo da fase investigatória e judicial, permanecer em liberdade e que nenhuma tutela cautelar possa recair sobre ele. Afinal, a própria Constituição Federal permite a prisão cautelar nos casos de flagrante delito, bem como *por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente* (CF, art. 5º, LXI). Na verdade, o que se pode extrair do princípio da presunção de inocência é a premissa básica de que a liberdade do acusado, ao longo do processo penal, configura a regra geral; a permanência do acusado preso, a exceção. Outra premissa que decorre do citado princípio é a de que as prisões cautelares não são com ele incompatíveis, desde que preservem seu caráter excepcional, não percam sua qualidade instrumental, estando a necessidade da segregação cautelar devidamente demonstrada em decisão fundamentada da autoridade judiciária competente, à luz das hipóteses listadas nos arts. 312 e 313 do CPP. Não se pode admitir, pois, que medidas de cautela percam seu caráter instrumental, transformando-se em mecanismos de coerção pessoal a funcionar como cumprimento antecipado de pena.

Salutar, portanto, a revogação do art. 3º da Lei nº 9.613/98 pela Lei nº 12.683/12, que, como se percebe, não escapava, quer a um controle de constitucionalidade, quer a um controle de convencionalidade em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura que toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais (Dec. 678/92, art. 7º, § 6º).

Com a revogação desse dispositivo, o regime das medidas cautelares de natureza pessoal nos crimes de lavagem de capitais passa a ser aquele previsto no Código de Processo Penal. Isso significa dizer que, doravante, será cabível a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, sem prejuízo da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (v.g., comparecimento periódico em juízo, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira).

Especificamente em relação ao crime de lavagem de capitais, não há qualquer óbice à concessão de fiança, já que somente há vedação para sua concessão nas novas hipóteses dos arts. 323 e 324 do CPP. Como a pena cominada ao branqueamento de capitais é de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa, o valor da fiança poderá variar entre 10 (dez) e 200 (duzentos) salários mínimos, nos termos do art. 325, II, do CPP, com a ressalva de que, a depender da situação econômica do preso, a fiança poderá ser dispensada, ou ter seu montante reduzido até o máximo de 2/3 (dois terços), ou aumentado em até 1.000 (mil) vezes (CPP, art. 325, § 1º, incisos I, II e III).

27. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR.[160]

De acordo com o revogado art. 3º, *in fine*, da Lei nº 9.613/98, em caso de sentença condenatória, o juiz poderia decidir fundamentadamente se o réu poderia apelar em liberdade. De maneira bem semelhante ao quanto disposto no revogado art. 594 do CPP, referido dispositivo legal autorizava o juiz a impor o recolhimento do acusado à prisão como condição de admissibilidade recursal.

Durante anos, o recolhimento à prisão figurou no Código de Processo Penal e na legislação especial como condição de admissibilidade recursal. Desde o advento da Constituição Federal, este draconiano fato impeditivo do conhecimento de um recurso já era questionado por boa parte da doutrina, sob o argumento de que o direito ao duplo grau de jurisdição não podia ser tolhido em virtude do não recolhimento do acusado à prisão. Não obstante a posição doutrinária, tal requisito era tido como válido pelos Tribunais Superiores, como se depreende da própria súmula nº 9 do STJ: "A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

Aliás, especificamente em relação ao revogado art. 3º da Lei nº 9.613/98, o Plenário do Supremo já teve a oportunidade de asseverar que tal dispositivo não seria inconstitucional. Na visão da Corte, era suficiente apenas que se procedesse a uma interpretação conforme a Constituição, para se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar.[161]

160. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor aos comentários feitos ao art. 2º, § 3º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90).

161. STF, Pleno, HC 83.868/AM, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 71 16/04/2009.

Ocorre que, em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento acerca do assunto, pondo um fim à vinculação do conhecimento do recurso ao recolhimento do acusado à prisão. Entendeu a Suprema Corte que haveria um conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, § 2º, "h", do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, § 2º, da CF, e a exigência de o condenado recolher-se ao cárcere para que a apelação fosse processada.[162]

Do referido julgado podem ser extraídas duas importantes conclusões: a) o direito de apelação pode ser exercido no âmbito criminal, independentemente do recolhimento do acusado à prisão, pouco importando também se ele é primário ou não, portador de bons antecedentes ou não; b) nada impede que o juiz, na sentença condenatória, decrete a prisão preventiva do acusado, fazendo-o de maneira fundamentada à luz dos pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP, e desde que revelada a ineficácia ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Consolidando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC 88.420, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou em 23 de abril de 2008 o enunciado da súmula nº 347, segundo o qual *o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão*. Por consequência, deixou de ter qualquer validade a súmula nº 09 do STJ.

Diante dessa mudança de entendimento jurisprudencial, surge a reforma processual de 2008, passando a constar expressamente do Código de Processo Penal que, por ocasião da sentença condenatória, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta" (CPP, art. 387, § 1º, renumerado pela Lei nº 12.736/12).

Certamente, haverá quem diga que o art. 3º da Lei nº 9.613/98 não fora revogado tacitamente pela nova sistemática adotada pelas Leis 11.719/08 e 12.403/11, sob o argumento de que, por se tratar de lei especial, devia prevalecer a regra *lex specialis derrogat legi generalis*, com o que não podemos concordar. De fato, como adverte Badaró, quando uma lei especial excepciona uma regra geral, o faz diante da inadaptabilidade daquela disciplina comum para as peculiaridades dos casos regidos pela lei especial. Obviamente, no caso de uma verdadeira revolução na disciplina da lei geral, que passa a seguir um sistema completamente novo, não se pode, pura e simplesmente, negar aplicação à nova lei geral, ou melhor, ao novo sistema global às situações disciplinadas pela lei especial. Isso porque desaparece, em tal caso, a justificativa de adoção do fator de diferenciação.[163]

Hoje, portanto, independentemente do recolhimento à prisão, ou até mesmo de eventual fuga durante a tramitação do recurso, o acusado terá assegurado o direito ao duplo grau de jurisdição. O recolhimento do condenado à prisão não pode ser exigido como requisito para o conhecimento do recurso de apelação, sob pena de violação ao duplo grau de jurisdição e aos direitos de ampla defesa e à igualdade entre as partes no processo.[164]

Se o conhecimento da apelação independe do recolhimento à prisão, isso, no entanto, não significa dizer que o acusado não possa ser preso quando da sentença condenatória. A prisão preventiva pode ser decretada no momento da sentença condenatória, desde que o magistrado o faça de maneira fundamentada, apontando a presença dos pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP, associada à insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão para assegurar a eficácia do processo. Porém, o fato de a prisão cautelar ter sido decretada de maneira fundamentada jamais pode servir como óbice ao conhecimento do recurso, sob pena de afronta ao duplo grau de jurisdição, previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Louvável, nesse sentido, a revogação do art. 3º da Lei nº 9.613/98 pelo art. 4º da Lei nº 12.683/12, o que acaba por afastar qualquer dúvida quanto à impossibilidade de se condicionar o conhecimento do recurso ao recolhimento do acusado à prisão. Como se trata, o art. 4º da Lei nº 12.683/12, de norma processual material mais benéfica, porquanto a revogação do art. 3º da Lei nº 9.613/98 resulta na possibilidade de se recorrer independentemente do recolhimento à prisão, é evidente que referida norma terá caráter retroativo. Destarte, supondo que, com fundamento no revogado art. 3º da Lei

162. STF, 1ª Turma, HC 88.420/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/04/2007, DJe 32 06/06/2007. Mesmo antes da decisão proferida no HC 88.420, o Supremo Tribunal Federal já caminhava no sentido de declarar inválidos (total ou parcialmente) os dispositivos da revogada Lei nº 9.034/95 (art. 9º – "o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei") e da Lei nº 9.613/98 (art. 3º – "... o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade"), quando a reclamação 2.391 perdeu seu objeto. Na mesma linha, porém pelo Tribunal Pleno do Supremo: HC 90.279/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/03/2009, DJe 157 20/08/2009.

163. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 269.

164. STF, Pleno, RHC 83.810/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 200 22/10/2009.

nº 9.613/98, determinado juiz tenha determinado o recolhimento do acusado à prisão única e exclusivamente como condição de admissibilidade recursal, é de se concluir que referida prisão tornou-se ilegal a partir do dia 10 de julho de 2012, data de vigência da Lei nº 12.68312, razão pela qual o acusado deve ser colocado imediatamente em liberdade, salvo se presente alguma hipótese que autorize sua prisão preventiva.

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

§ 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

§ 3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o caput deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º.

§ 4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

28. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PREVISTAS NA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS.

As medidas cautelares reais têm como objetivo assegurar o confisco como efeito da condenação, garantir a futura indenização ou reparação à vítima da infração penal, o pagamento das despesas processuais ou das penas pecuniárias ao Estado, sendo úteis, ademais, para fins de se evitar que o acusado se locuplete indevidamente da prática delituosa. Visam garantir, em síntese, a preservação das coisas, a fim de que possam suportar os efeitos genéricos da sentença penal condenatória a que se refere o art. 91 do CP e o art. 7º da Lei nº 9.613/98. Tradicionalmente, sempre houve pouca preocupação em relação à adoção dessas medidas, por estarem as autoridades mais preocupadas com a sanção retributiva de natureza privativa de liberdade.

Se, até bem pouco tempo atrás, essas medidas assecuratórias de natureza patrimonial eram pensadas apenas para garantir os interesses da União no confisco e do ofendido quanto ao ressarcimento civil do dano, hoje, no entanto, há uma crescente mudança de mentalidade, que passa a tratar essas medidas como importante instrumento de combate à movimentação financeira proporcionada por algumas infrações penais (v.g, lavagem de capitais, crimes contra o sistema financeiro nacional, etc.), nos quais é de todo irrelevante a prisão de um agente se não houver a recuperação dos ativos ilícitos. Tendo em conta que o dinheiro é a alma da organização criminosa, o rastreamento (*follow the money)* e confisco desses bens que têm origem em crimes e contravenções penais é o primeiro passo para uma política criminal eficiente nesse setor.[165]

Com efeito, o eficaz combate a certos crimes, notadamente aqueles praticados por organizações criminosas, passa invariavelmente pelo confisco do dinheiro e dos bens que possuem, pelos seguintes motivos: a) o confisco dos bens e valores promove a asfixia econômica de certos crimes;[166] b) a in-

165. A recuperação de ativos pode ser definida como um conjunto de atividades estatais destinadas à retomada, por parte do Estado, de todos os bens, direitos e valores provenientes de determinada prática delituosa (v.g., crimes contra a administração pública, lavagem de capitais, etc.), por meio do confisco (perdimento em favor do Estado brasileiro) ou da repatriação (quando se localizam em outros países), podendo ser alcançada, portanto, internamente ou por meio da cooperação internacional. Em sentido semelhante: Barcelos, Andrea Beatriz Rodrigues. Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União* – ESMPU, ano 5, nº 18-19, p. 130, Brasília, jan.-junº 2006.

166. Aos olhos da Corte Especial do STJ (STJ, Corte Especial, SEC 10.612-FI, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/5/2016, DJe 28/6/2016), é perfeitamente possível a homologação de sentença penal estrangeira que determine o perdimento de imóvel situado no Brasil em razão de o bem ser produto do crime de lavagem de capitais. Como a legislação brasileira prevê a possibilidade de perda, em favor da União, do produto do crime, como um dos efeitos da condenação (CP, art. 91, II, "b"), não merece acolhida a tese de que a homologação de sentença estrangeira de expropriação de bem imóvel – situado no Brasil – reconhecido como proveniente de atividades ilícitas ocasionaria ofensa à soberania nacional, pautada no argumento de que competiria à autoridade judiciária brasileira conhecer de ações relativas a imóvel situado no País, com fundamento no art. 12, §1º, da LINDB. Ora, não se trata especificamente sobre a situação de bem imóvel, sobre a sua titularidade, mas sim sobre os efeitos civis de uma condenação penal determinando o perdimento de bem que foi objeto de crime de lavagem de capitais. De mais a mais, o bem imóvel não será transferido para a

suficiência e ineficiência das penas privativas de liberdade; c) a capacidade de controle das organizações criminosas do interior dos estabelecimentos penitenciários; d) fungibilidade dos membros das organizações criminosas, que podem ser substituídos por outros com facilidade em determinados contextos; e) a possibilidade de investimento ou guarda de valores para uso após o cumprimento da pena; f) regime legal deficiente de acompanhamento da execução da pena; g) a inutilidade da prisão para a reinserção social da elite social ou econômica; h) a possibilidade de deixar a salvo dos efeitos da condenação bens transferidos a terceiros (familiares, comparsas, procuradores etc.) durante o processo; i) os membros da organização podem ser substituídos, mas a obtenção de dinheiro é algo lento e difícil.

Daí a conclusão de que um dos meios mais eficientes para a repressão de certos delitos passa pela recuperação de ativos ilícitos, sendo imperiosa a criação de uma nova cultura, uma nova mentalidade, que, sem deixar de lado as penas privativas de liberdade, passe a dar maior importância às medidas cautelares de natureza patrimonial e ao confisco dos valores espúrios.

Especificamente em relação à lavagem de capitais, o art. 4º da Lei nº 9.613/98, em sua redação original, dispunha que o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes, poderia decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o sequestro *de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei*, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do CPP.

Referindo-se o dispositivo aos bens, direitos ou valores sobre os quais recaíam suspeitas de guardar vinculação com a lavagem de capitais, prevalecia o entendimento de que eram cabíveis apenas a apreensão e o sequestro. Logo, como a inscrição da hipoteca legal e o arresto, prévio ou subsidiário, incidem sobre o patrimônio lícito do acusado, objetivando resguardar a reparação do dano causado pelo delito, entendia-se que tais medidas assecuratórias não podiam ser decretadas na hipótese de crime de lavagem de capitais. Por isso, ao apreciar pedido de levantamento de numerário transportado em malas apreendidas, concluiu o Supremo ser inviável a substituição de tais valores por caução de bens imóveis que não guardassem nenhuma relação com possível crime de lavagem de capitais.[167]

Este regramento acabou sofrendo profundas alterações com o advento da Lei nº 12.683/12, haja vista a nova redação que foi conferida ao art. 4º da Lei nº 9.613/98: "O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar *medidas assecuratórias de bens*, direitos ou valores do investigado ou acusado, *ou existentes em nome de interpostas pessoas*, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei *ou das infrações penais antecedentes*".

Perceba-se que, em relação à redação original do art. 4º da Lei nº 9.613/98, a Lei nº 12.683/12 eliminou a menção expressa apenas ao sequestro e à apreensão, referindo-se genericamente a *medidas assecuratórias*. Ademais, passou a permitir que tais medidas assecuratórias incidam sobre bens do acusado em nome de interpostas pessoas, sobre os instrumentos do crime, e, por fim, não mais apenas sobre o produto ou proveito dos crimes de lavagem de capitais, mas também sobre aquele decorrente das infrações penais antecedentes.

Apesar de a nova redação do art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613/98 fazer uso da expressão que indica o gênero – medidas assecuratórias –, ao invés de *apreensão e sequestro*, como constava da redação original, o dispositivo ainda faz menção à incidência dessas medidas tão somente sobre bens de natureza ilícita, ou seja, "instrumento, produto ou proveito dos crimes". Logo, à primeira vista, poder-se-ia concluir que continuariam sendo cabíveis tão somente a apreensão e o sequestro, cujo objetivo é exatamente assegurar o cumprimento dos efeitos da condenação consistentes na perda dos instrumentos e do produto do crime.

Ocorre que a nova redação conferida ao art. 4º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, passou a permitir que as medidas assecuratórias também sejam decretadas sobre bens, direitos ou valores para reparação *do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas*.[168] Na mesma

titularidade do país interessado. Será tão somente levado à hasta pública, nos termos do art. 133 do CPP.

167. STF, Inq-QO 2.248/DF, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, DJU 20.10.2006, p. 49.

168. Apesar de o art. 4º, § 4º, da Lei nº 9.613/98 estabelecer as finalidades que terão os bens constritos em razão das medidas assecuratórias, não consta do referido dispositivo legal uma ordem de preferência a ser observada pelo juiz. Por isso, por força do art. 17-A da Lei nº 9.613/98, que autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, aplica-se o quanto disposto no art. 140 do CPP: "As garantias do ressarcimento do dano

linha, o art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/98 também faz menção à liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, hipótese em que a própria Lei determina que deve ser mantida a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes *para a reparação dos danos e para o pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.* Ora, tendo em conta que as medidas cautelares patrimoniais que visam à reparação do dano causado pelo delito são a inscrição e registro da hipoteca legal e o arresto prévio, é de se concluir que, doravante, tais medidas também serão admissíveis em processos atinentes ao crime de lavagem de capitais.

Portanto, em se tratando de lavagem de capitais, as medidas cautelares patrimoniais passíveis de decretação são as seguintes:

a) **sequestro**: deve recair sobre bens móveis ou imóveis que sejam produto indireto da infração antecedente ou do crime de lavagem de capitais, com o objetivo precípuo de assegurar o efeito da condenação de perda do produto da infração (Lei nº 9.613/98, art. 7º, I, c/c art. 91, II, alínea "b", do Código Penal);

b) **especialização e registro da hipoteca legal**: recai sobre bens imóveis e tem como objetivo precípuo assegurar a reparação do dano causado pelo delito (Lei nº 9.613/98, art. 4º, § 4º, c/c art. 91, I, do Código Penal);[169]

c) **arresto prévio à especialização e registro da hipoteca legal e arresto subsidiário de bens móveis:** o primeiro recai apenas sobre bens imóveis, o segundo sobre bens móveis, tendo como finalidade preservar o efeito genérico da sentença condenatória com trânsito em julgado de tornar certo o dever de reparar o dano causado pelo delito.

Ante o novo regramento trazido pela Lei nº 12.683/12, tais medidas assecuratórias poderão incidir sobre os seguintes bens:

i) **produto direto da infração antecedente (*producta sceleris*):** consiste no resultado imediato da operação delinquencial. São os bens que chegam às mãos do criminoso como resultado direto do crime: objeto furtado (art. 155, caput, do CP), dinheiro obtido com a prática da corrupção passiva (art. 317, caput, do CP), ou o dinheiro obtido com a venda da droga (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006);

ii) **produto indireto (ou proveito) da infração antecedente (*fructus sceleris*):** consiste no resultado mediato do crime, ou seja, trata-se do proveito obtido pelo criminoso como resultado da utilização econômica do produto direto do delito (v.g., dinheiro obtido com a venda do objeto furtado, veículos ou imóveis adquiridos com o dinheiro obtido com a venda de drogas etc.);

iii) **produto direto da lavagem de capitais:** consiste no lucro ou ganho aparentemente lícito, já reinserido na economia formal, que decorre da prática da lavagem de capitais (v.g., rendimento financeiro obtido com o depósito de valores espúrios em contas correntes abertas em nome de laranjas);

iv) **produto indireto da lavagem de capitais:** consiste no proveito obtido a partir do produto direto da lavagem de capitais, quando já finalizada a atividade de reciclagem. Basta imaginar a utilização do dinheiro lavado com aparência lícita e em nome do beneficiário do branqueamento para a aquisição de bens de luxo ou de alto valor;

v) **patrimônio lícito do acusado:** como o art. 4º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, autoriza a decretação de medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para *reparação do dano decorrente da infração penal antecedente*, tais medidas também poderão recair sobre o patrimônio lícito do acusado (v.g., especialização e registro da hipoteca legal). Ademais, quando o produto direto ou indireto da lavagem de capitais ou da infração antecedente não for encontrado ou quando se localizar no exterior, as medidas assecuratórias também poderão recair sobre bens ou valores equivalentes licitamente adquiridos pelo acusado (CP, art. 91, §§ 1º e 2º, com redação dada pela Lei nº 12.694/12).

Conquanto não possa ser rotulada como medida cautelar patrimonial propriamente dita, a **apreensão** também funciona como importante instrumento de combate à prática da lavagem de capitais, notadamente quando se tratar de bem móvel que seja produto direto do crime (CPP, art. 240, § 1º, alínea "b") ou de instrumentos do crime (CPP, art. 240, § 1º, alínea "d"). Com efeito, ante a enorme facilidade de ocultação de bens móveis, que geralmente não são submetidos a um registro oficial para transmissão de propriedade, a apreensão da coisa e subsequente desapossamento de seu titular é de todo relevante para preservar os efeitos genéricos da condenação consubstanciados na perda dos instrumentos do crime (CP, art. 91,

alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido".

169. Há quem entenda que, ao contrário do sequestro e do arresto prévio, a especialização a o registro da hipoteca legal não é uma medida cautelar, mas sim um procedimento de jurisdição voluntária, tal qual ocorre no processo civil, promovido perante o juiz penal. Nessa linha: POLASTRI LIMA, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 181.

II, alínea "a") e na perda do produto direto do crime, quando se tratar de coisa móvel (CP, art. 91, II, alínea "b").

Em sua redação anterior, o art. 4º da Lei nº 9.613/98 fazia menção expressa quanto à possibilidade de as medidas assecuratórias serem decretadas "no curso do inquérito ou da ação penal". Apesar de a nova redação conferida ao art. 4º pela Lei nº 12.683/12 silenciar acerca do assunto, não houve qualquer modificação em relação à questão. Logo, tais medidas poderão ser decretadas em qualquer fase da persecução penal, seja durante as investigações, seja no curso do processo penal, aplicando-se, subsidiariamente, o regramento constante do Código de Processo Penal, nos moldes do permissivo constante do art. 17-A da Lei nº 9.613/98.

28.1. Noções introdutórias.

28.1.1. Jurisdicionalidade.

Se estamos diante de medidas cautelares, não se pode perder de vista que sua decretação está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário (princípio da jurisdicionalidade). Se a Constituição Federal enfatiza que 'ninguém será privado de sua liberdade *ou de seus bens sem o devido processo legal*' (art. 5º, LIV), fica evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar de natureza patrimonial à apreciação do Poder Judiciário.

Considerando que todas essas medidas cautelares afetam, direta ou indiretamente, o patrimônio do agente, conclui-se que uma comissão parlamentar de inquérito não tem competência para expedir decreto de indisponibilidade de bens de particular, que não é medida de instrução – a cujo âmbito se restringem os poderes de autoridade judicial a elas conferidos no art. 58, § 3º –, mas de provimento cautelar de eventual sentença futura, que só pode caber ao Juiz competente para proferi-la.[170]

Quanto à possibilidade de decretação do sequestro pelo juiz de ofício, apesar de o art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, admiti-la sem quaisquer restrições, parece-nos que essa possibilidade foi tacitamente revogada diante das mudanças produzidas no Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime, não apenas ao introduzir o art. 3º-A, mas também diante da nova redação conferida aos arts. 282, §§2º e 4º, e 311. Com efeito, se ao juiz não é dado decretar uma cautelar pessoal de ofício, seria no mínimo contraditório admitir que pudesse fazê-lo, tão somente por se tratar de cautelar patrimonial.

28.1.2. Legitimidade.

Diz o art. 4º da Lei nº 9.613/98 que o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do Delegado de Polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar as medidas assecuratórias.

Leitura precipitada do referido dispositivo legal pode levar à conclusão, equivocada, de que apenas a autoridade policial e o Ministério Público poderiam pleitear a decretação das medidas assecuratórias no âmbito da Lei de Lavagem de Capitais. No entanto, mais uma vez, não se pode perder de vista que o próprio art. 4º da Lei nº 9.613/98, em sua nova redação, passou a admitir que as medidas cautelares patrimoniais recaiam não apenas sobre o produto ou proveito dos crimes de lavagem de capitais, mas também sobre aquele decorrente das infrações penais antecedentes. Por isso, não se pode afastar a legitimidade do ofendido de uma das infrações antecedentes em pleitear, nos autos do processo de lavagem de capitais, a decretação de medidas cautelares capazes de preservar seu interesse patrimonial na reparação do dano causado por tal delito. Portanto, nos termos do art. 17-A da Lei nº 9.613/98, que admite a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, parece-nos ser plenamente viável a utilização do art. 127 do CPP, que dispõe que o juiz poderá ordenar o sequestro a requerimento do Ministério Público, do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial.

Raciocínio semelhante, a nosso ver, deve ser aplicado ao assistente da acusação. Em que pese o art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, referir-se apenas à autoridade policial e ao Ministério Público, repetindo, nesse ponto, a antiga redação desse dispositivo legal, sem, todavia, atentar para as demais mudanças produzidas pela Lei nº 12.683/12, notadamente quanto à possibilidade de incidência das medidas assecuratórias sobre o produto direto ou indireto das infrações antecedentes, não há qualquer óbice à legitimidade do assistente de acusação. A uma porque o próprio art. 127 do CPP, aplicável subsidiariamente à Lei de Lavagem de Capitais, prevê a legitimação do ofendido, sendo que o assistente nada mais é do que o ofendido ou seu representante legal habilitado em processo judicial de crimes de ação penal pública. A duas porque

170. STF, Pleno, MS 23.466/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/05/2000, DJ 06/04/2001. STF, Pleno, MS 23.466/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/05/2000, DJ 06/04/2001.

não se pode negar o evidente interesse que o assistente possui na reparação do dano causado pela infração penal. Negar a ele a possibilidade de requerer a decretação de medidas cautelares patrimoniais poderia representar, em última análise, a negativa de instrumento indispensável à garantia de satisfação de seus interesses. Por fim, não se pode perder de vista que as recentes mudanças do CPP têm destacado a crescente importância do papel do assistente no processo penal. A título de exemplo, com a nova redação do art. 311 do CPP, dada pela Lei nº 12.403/11, o assistente passou a ter legitimidade expressa para requerer a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal (v.g., prisão preventiva, cautelares diversas da prisão do art. 319, etc). Logo, se o assistente pode requerer medidas cautelares de natureza pessoal, não há como não se deferir a ele a possibilidade de requerer cautelares patrimoniais.

28.1.3. Pressupostos.

Como espécies de provimentos de natureza cautelar, as medidas assecuratórias jamais poderão ser adotadas como efeito automático da prática de determinada infração penal. Sua decretação também está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O *fumus boni iuris* enseja a análise judicial da plausibilidade da medida pleiteada ou percebida como necessária a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança, em cognição sumária dos elementos disponíveis no momento, ou seja, basta que se possa perceber ou prever a existência de indícios suficientes para a denúncia ou eventual condenação de um crime descrito ou em investigação, bem como a inexistência de causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade. Daí dispor o art. 4º da Lei nº 9.613/98 que, para a decretação das medidas assecuratórias, devem constar dos autos indícios suficientes de infração penal.

Portanto, para a decretação das medidas cautelares reais, há necessidade da presença de indícios suficientes da prática do crime de lavagem de capitais. Como a Lei se refere apenas à necessidade de *indícios suficientes*, não se exige que o juiz tenha certeza absoluta. Na verdade, basta que haja elementos de informação ou provas que permitam afirmar a existência de indício veemente, isto é, probabilidade conclusiva acerca da origem espúria do bem.

Conquanto não haja necessidade de um juízo de certeza para a decretação das medidas assecuratórias, esse *standard* probatório consistente em indícios veementes não pode ser confundido com uma simples suspeita ou mera suposição. Se os "indícios suficientes" a que se refere o art. 4º da Lei nº 9.613/98 devem ser compreendidos como espécie de prova indireta ou semiplena, sempre funcionando como um dado objetivo, a *suspeita* ou *desconfiança* não passa de um estado anímico, um fenômeno subjetivo, que pode até servir para desencadear as investigações, mas que de modo algum se apresenta idôneo para fundamentar a convicção do juiz ao decretar uma medida cautelar. Nas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho, enquanto o indício é constituído por um fato demonstrado que autoriza a indução sobre outro fato ou, pelo menos, constitui um elemento de menor valor, a *suspeita* é pura intuição, que pode gerar desconfiança, dúvida, mas também conduzir a engano.[171]

O *periculum in mora*, por sua vez, caracteriza-se pelo fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser concedida, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tornasse inócua, ineficaz. Em outras palavras, *periculum in mora* nada mais é do que o perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional. No tocante às medidas cautelares de natureza real, como o sequestro, a hipoteca legal e o arresto, esse *periculum in mora* caracteriza-se pela necessidade de se garantir a preservação dos bens, direitos ou valores, pois a demora da prestação jurisdicional pode vir a possibilitar a dilapidação do patrimônio do acusado. No tocante à alienação antecipada, recentemente introduzida no art. 144-A do CPP pela Lei nº 12.694/12, o perigo na demora guarda relação com a possibilidade de deterioração ou depreciação dos bens constritos, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

Interessante perceber que, ao tratar das medidas assecuratórias em seu art. 4º, a Lei de Lavagem de Capitais refere-se expressamente apenas à necessidade de indícios suficientes de infração penal. Apesar de tal dispositivo não fazer referência expressa ao *periculum in mora*, grande parte da doutrina entende que, tratando-se de medida de natureza cautelar, sua demonstração é imprescindível.[172]

28.1.4. Contraditório prévio.

Grande parte da doutrina sustenta que, com o fim de se evitar que as medidas acautelatórias

171. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 311.

172. É nesse sentido a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira: *Curso de processo penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 280.

patrimoniais tenham seus objetivos frustrados, deverão ser deferidas independentemente de prévia oitiva dos envolvidos (*inaudita altera pars*). *In casu*, não há falar em violação ao princípio do contraditório, eis que o contraditório e a ampla defesa ficarão diferidos para um momento posterior.

Ocorre que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, o art. 282, § 3º, do CPP, passou a prever o contraditório prévio em relação à decretação das medidas cautelares de *natureza pessoal*. A nosso ver, se a regra quanto às medidas cautelares de natureza pessoal passou a ser o contraditório prévio, idêntico raciocínio também deve ser aplicado às medidas cautelares de natureza patrimonial. Portanto, pelo menos em regra, a parte contrária deve ser chamada a opinar e contra argumentar em face da representação da autoridade policial, do requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, confiando-se ao juiz a ponderação plena e com visibilidade, em face da presença de mais uma e justificada variável, de todos os aspectos que tangenciam a extensão da medida, permitindo-lhe chegar a um convencimento mais adequado sobre a necessidade (ou não) de adoção da medida cautelar pleiteada.

Certamente, haverá quem diga que o contraditório e a ampla defesa já são exercidos por meio da possibilidade de oposição de embargos (v.g., o acusado pode embargar o sequestro sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração). Logo, não haveria necessidade de observância desse contraditório prévio previsto no art. 282, § 3º, do CPP. A propósito, é firme a posição jurisprudencial no sentido de que o deferimento de medidas cautelares patrimoniais sem anterior intimação da defesa não é causa de nulidade. Como se manifestou o STJ, na hipótese de sequestro, o *contraditório será diferido* em prol da integridade do patrimônio e contra a sua eventual dissipação, sem que se possa objetar qualquer cerceamento à defesa, que terá a oportunidade de impugnar a determinação judicial *a posteriori*, utilizando os meios recursais legais previstos para tanto.[173]

A nosso ver, tal entendimento não pode prosperar. Em primeiro lugar, há de se lembrar que os embargos a que se referem os arts. 129 e 130 do CPP somente poderão ser opostos após a efetivação da medida cautelar, o que significa dizer que a parte prejudicada não terá tido a oportunidade de influenciar o magistrado no momento da formação de seu convencimento. Ademais, os embargos do acusado ou do terceiro de boa fé previstos no art. 130, I e II, do CPP, somente serão apreciados após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CPP, art. 130, parágrafo único). Daí por que se pode dizer que tais embargos não promovem o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, porquanto a discussão acerca da validade do sequestro somente será realizada ao final do processo.[174]

De todo modo, apesar de o art. 282, § 3º, do CPP, ter instituído o contraditório prévio como regramento geral para a decretação de toda e qualquer medida cautelar, é interessante perceber que o próprio dispositivo ressalta que, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o provimento cautelar poderá ser determinado pelo magistrado sem a prévia oitiva da parte contrária. É o que pode ocorrer por ocasião da decretação de sequestro de bens móveis obtidos com o provento da infração penal, situação em que a prévia comunicação ao acusado pode levá-lo a desaparecer com tais bens. Nesse caso, a limitação ao exercício do direito de defesa é plenamente constitucional e se apresenta em franca compatibilidade com a medida cautelar decretada, que pressupõe a surpresa e a imprevidência, preservando a eficácia do processo. Aqui, a defesa terá condições de interferir na decretação da medida cautelar apenas em momento posterior, questionando sua legalidade por meio de eventuais embargos, hipótese em que o contraditório será diferido.

28.2. Sequestro.

O sequestro pode ser compreendido como uma medida cautelar de natureza patrimonial, fundada, precipuamente, no interesse público consubstanciado no ulterior perdimento de bens como efeito da condenação (confisco), e, secundariamente, no interesse privado do ofendido na reparação do dano causado pela infração penal, que recai sobre bens ou valores adquiridos pelo investigado ou acusado com os proventos da infração, podendo incidir sobre bens móveis e imóveis, ainda que em poder de terceiros, valendo ressaltar que, na hipótese de o produto ou proveito do crime não ser encontrado ou se localizar no exterior, também poderá recair sobre bens ou valores equivalentes de origem lícita (CP, art. 91, §§ 1º e 2º, com redação dada pela Lei nº 12.694/12).

173. STJ, 6ª Turma, RMS 30.172/MT, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 04/12/2012, DJe 11/12/2012.

174. Com entendimento semelhante: LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011. p. 323-4.

Cuida-se de medida assecuratória da competência do juízo penal, que visa assegurar a indisponibilidade dos bens imóveis ou móveis adquiridos pelo agente com o proveito extraído da infração penal, permitindo, assim, a operacionalização dos dois efeitos extrapenais da sentença condenatória transitada em julgado: reparação do dano causado pelo delito e perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (CP, art. 91, I e II, "b").

O termo *sequestro* não é utilizado pelo Código de Processo Penal em seu sentido mais técnico, que seria a retenção de coisa litigiosa até que se descubra seu verdadeiro proprietário. No âmbito processual penal, o sequestro é utilizado para recolher os proventos do crime, ou seja, o proveito obtido pelo criminoso como resultado da utilização econômica do produto direto da infração penal (v.g., dinheiro obtido com a venda do objeto furtado, veículos ou imóveis adquiridos com o dinheiro obtido com a venda de drogas etc.), visando impedir que o agente aufira qualquer tipo de vantagem com a prática delituosa, mas também indenizar a parte lesada.

Portanto, em se tratando de bens móveis ou imóveis adquiridos pelo agente com o proveito obtido pela infração penal, a medida assecuratória a ser utilizada será o sequestro. Em se tratando de provento do crime, ou seja, de coisas adquiridas pelo rendimento que a prática delituosa proporcionou ao agente, deve ser aplicado o sequestro previsto no art. 132 do CPP, já que incabível a apreensão. No entanto, na hipótese de se tratar de bem móvel, sendo ele próprio o *produto direto* da infração, a medida assecuratória a ser utilizada será a apreensão, prevista no art. 240, § 1º, b, do CPP. Outrossim, diante da ausência de previsão legal expressa, há quem entenda ser cabível a utilização do sequestro do art. 125 do CPP sobre o produto direto da infração quando se tratar de bens imóveis (v.g., imóvel cuja propriedade a vítima lesada tenha transferido para o estelionatário).

Visando resguardar a reparação do dano e, simultaneamente, impedir que o agente possa usufruir as vantagens patrimoniais ilicitamente obtidas por meio da prática delituosa, deve o sequestro recair sobre os proventos do delito, nos exatos termos dos arts. 125 e 132 do CPP. Porém, não basta que recaia sobre o proveito de qualquer infração penal. Na verdade, como observa Badaró, "sendo o sequestro, como toda medida cautelar, um instrumento destinado a assegurar a utilidade e a eficácia de uma provável sentença penal condenatória, somente poderá incidir sobre bens que tenham relação com o próprio crime objeto da investigação ou da ação penal. Caso contrário, não haverá referibilidade, o que é uma nota característica das medidas cautelares. Não se pode sequestrar bens que integrem o patrimônio ilícito do acusado, mas que tenham sido obtidos pela prática de um crime diverso daquele que é objeto do inquérito policial ou da ação penal em que se requereu a medida cautelar".[175]

Por isso, em caso concreto apreciado pelo STJ, concluiu-se que, na medida em que os fatos delituosos descritos na denúncia ocorreram, em tese, a partir do ano de 2002, devia ser considerada inválida a decretação da referida medida assecuratória quanto a imóvel adquirido pelo acusado em 1987, consoante cópias de escritura pública e certidão do cartório de registro de imóveis.[176]

Especificamente em relação ao crime de lavagem de capitais, o art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, deixa entrever que essa **referibilidade é dupla**, porquanto alcança tanto o proveito da lavagem de capitais quanto o da infração antecedente.

Se, até bem pouco tempo atrás, só era possível que o sequestro recaísse sobre o produto indireto da infração penal, especial atenção deve ser dispensada às mudanças produzidas pela Lei nº 12.694/12. Doravante, poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior (CP, art. 91, § 1º). Neste caso, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda (CP, art. 91, § 2º).

Compreendidos os proventos da infração como o lucro auferido pelo produto direto do crime, é de se concluir que o sequestro pode recair sobre bens imóveis (CPP, arts. 125 a 131) e sobre bens móveis (CPP, art. 132). A única diferença entre eles é que o sequestro de bens móveis tem um requisito negativo de não ser cabível a apreensão da coisa sequestrada, o qual, à evidência, não se aplica ao sequestro de imóveis.

De acordo com o Código Civil, são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente (art. 79). Os arts. 80 e 81 do

175. Com esse entendimento: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares patrimoniais no processo penal, in Direito Penal Econômico – Crimes econômicos e Processo Penal.* São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 179.

176. STJ, 5ª Turma, RMS 28.627/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/10/2009, DJe 30/11/2009.

Código Civil também listam outros bens imóveis para os efeitos legais. Lado outro, são tidos como móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social (CC, art. 82). Os arts. 83 e 84 do Código Civil também listam outros bens móveis.

Quanto aos bens imóveis, diz o art. 128 do CPP que, realizado o sequestro, o juiz ordenará a sua inscrição no Registro de Imóveis, nos termos do disposto no art. 239 da Lei nº 6.015/73 (Registros Públicos). O objetivo desse registro é evitar que o imóvel seja vendido a terceiros de boa-fé, uma vez que qualquer certidão extraída do Registro de Imóveis será capaz de atestar a indisponibilidade do bem. Se, não obstante o sequestro, o imóvel vier a ser objeto de compra e venda, o terceiro adquirente perderá o bem, que será vendido em hasta pública, encaminhando-se o *quantum* apurado para a vítima ou para a União (ou para os Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual) ao final do processo. A despeito de o sequestro e ulterior registro tornarem o bem imóvel sequestrado inalienável, isso, no entanto, não priva o uso do bem nem mesmo o aproveitamento de seus frutos. É possível, pois, que o acusado continue morando no imóvel, ou que continue percebendo os aluguéis, caso o bem esteja locado, pelo menos até que haja eventual venda judicial.

Ainda em relação aos bens imóveis, é oportuno destacar que as restrições consagradas na Lei nº 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, não se aplicam ao sequestro. Isso porque, segundo o art. 3º, VI, da Lei nº 8.009/90, a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Logo, é plenamente possível o sequestro do único bem imóvel residencial pertencente ao acusado.

Nos exatos termos do art. 125 do CPP, caberá o sequestro dos bens imóveis adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, *ainda que já tenham sido transferidos a terceiro*. Como será visto adiante ao tratarmos dos embargos, esse terceiro somente conseguirá afastar a medida cautelar se demonstrar que a aquisição se deu a título oneroso *e de boa-fé* (CPP, art. 130, II). Assim, se esse terceiro tiver recebido o bem de maneira leviana, com a intenção de ocultar sua procedência ilícita, não será possível o afastamento da constrição.

Tratando-se de sequestro de bens móveis, é evidente que não há falar em inscrição da medida no Registro de Imóveis. Isso, no entanto, não impede que a medida constritiva seja registrada em órgãos próprios de registro, tal qual se dá com veículos automotores, em que a inscrição pode ser feita junto ao Detran. Ademais, nada impede que o juiz determine o depósito do referido bem, quer na pessoa do próprio proprietário, quer na pessoa de terceiro, que assim ficará obrigado a zelar pelo material e a prestar constas, sob pena de sofrer as penalidades destinadas ao depositário infiel, que não mais abrangem a prisão civil, tal qual disposto na súmula vinculante nº 25 do STF.

Nas hipóteses de lavagem de capitais, quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso (Lei nº 9.613/98, art. 5º, com redação dada pela Lei nº 12.683/12). Essa administração não retira a propriedade do acusado, mas tão-somente a gestão dos bens, que é transferida a um órgão auxiliar do juízo, no sentido de maximizar os frutos e rendimentos decorrentes do bem, atendendo ao interesse particular do acusado, se acaso vier a ser absolvido ao final do processo, e também ao interesse público de manter o valor e os rendimentos dos bens. Nesse caso, este administrador fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita com o produto dos bens objeto da administração, devendo prestar, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados. O andamento do processo criminal não pode ser turbado por essa prestação de contas, razão pela qual deverá ser tratado como mero incidente e, por conseguinte, ser apreciado e julgado em apenso aos autos do processo principal, como ocorre no processo civil.

28.2.1. Procedimento.

Como visto acima, o sequestro só pode ser determinado pela autoridade judiciária, que poderá fazê-lo mediante requerimento do Ministério Público ou do ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros, ou mediante representação da autoridade policial. De mais a mais, durante o curso da fase judicial, também se admite a decretação do sequestro *ex officio* pelo juiz. É nesse sentido o teor do art. 127 do CPP: "o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido,

ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa".[177]

O sequestro pode ser determinado no curso das investigações ou durante a fase judicial da persecução penal. É nesse sentido o teor do art. 127, *in fine*, do CPP, que dispõe que o juiz poderá ordenar o sequestro em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

Quanto à decretação da medida durante a fase investigatória, sendo o inquérito policial peça dispensável ao oferecimento da peça acusatória, desde que a justa causa necessária à deflagração da ação penal esteja respaldada por outros elementos de convicção (CPP, art. 39, § 5º), não sendo a função investigatória uma atribuição exclusiva da Polícia Judiciária (CPP, art. 4º, parágrafo único), a prévia instauração de inquérito policial não é condição *sine qua non* para a decretação do sequestro. Na verdade, o que interessa é a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Se tais pressupostos estiverem evidenciados a partir de procedimento investigatório diverso (v.g., comissão parlamentar de inquérito, procedimento investigatório criminal presidido pelo órgão do Ministério Público, etc.), será plenamente possível a decretação da referida medida cautelar.

De acordo com o art. 129 do CPP, o sequestro deve ser autuado em apartado, o que evita tumultuar o processo principal. Assim, mesmo que o juiz decrete a medida de ofício no curso da fase judicial, deve fazê-lo em separado, indicando os motivos que o levam a decretar o sequestro e permitindo a ciência das partes, inclusive das que tiverem interesse em impugnar referida decisão.[178]

Pelo menos em regra, havendo indícios veementes de que bens móveis ou imóveis foram adquiridos pelo investigado com os proventos da infração, impõe-se a decretação do sequestro. No entanto, não se pode perder de vista a possibilidade de sobrestamento da medida. Segundo o art. 4º-B da Lei nº 9.613/98,[179] com redação dada pela Lei nº 12.683/12, as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderá podem ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações. Em sentido semelhante, o art. 60, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), também prevê que a ordem de apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

Como se percebe, temos aí verdadeira espécie de *ação controlada*, permitindo o retardamento do sequestro, para que se dê no momento mais oportuno sob o ponto de vista da colheita de elementos probatórios. Como destaca a doutrina, essa possibilidade de suspensão do sequestro não se confunde com as hipóteses de levantamento da medida. No levantamento, o sequestro havia sido decretado e a superveniência de determinada circunstância legal produziu a perda da eficácia da medida constritiva (v.g., procedência dos embargos). Na suspensão, a medida cautelar foi decretada e encontra-se plenamente apta a produzir seus efeitos regulares, porém sua concretização é postergada para momento posterior, objetivando não prejudicar a identificação dos demais coautores e partícipes, assim como a identificação de outros bens, direitos e valores objeto da lavagem de capitais (ou de tráfico de drogas).[180]

28.2.2. Defesa.

No que tange ao procedimento do sequestro, que deverá correr em apartado, a defesa a ser realizada pela pessoa que teve o bem constrito deve se dar por meio de embargos, os quais podem ser oferecidos pelo próprio acusado ou por um terceiro, cuja matéria passível de apreciação já vem delimitada pelo próprio Código. Tais embargos serão apreciados pelo juízo criminal, porquanto partiu dele a determinação judicial objeto da irresignação.

Vejamos, então, cada um dos possíveis embargos que poderão ser opostos como meio de defesa contra a constrição patrimonial:

1) **Embargos do acusado**: se opostos pelo próprio acusado, o fundamento haverá de ser o fato de não ter sido o bem adquirido com os proventos da infração (CPP, art. 130, I). Na mesma linha, segundo o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, o juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados *quando comprovada a licitude de sua origem*, mantendo-se a constrição dos bens, direitos

177. Da decisão que defere ou indefere pedido de sequestro, não cabe recurso. Todavia, nada impede o uso do mandado de segurança por parte da acusação.

178. Em sentido semelhante: NUCCI (op. cit. p. 366).

179. Para mais detalhes acerca do conflito aparente de normas entre o art. 4º-B e art. 1º, §6º, ambos da Lei n. 9.613/98, consultar comentários a este último dispositivo.

180. Nessa linha: AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 422.

e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.[181]

Considerando que o próprio CPP estabelece que o sequestro deve recair sobre bens móveis ou imóveis adquiridos pelo agente com os proventos da infração (arts. 126 e 132), não se afigura possível que a constrição recaia sobre bens diversos (v.g., bens que já pertenciam ao acusado antes da prática delituosa). Portanto, o único argumento que pode ser utilizado pela defesa nesses embargos é o de que o bem sequestrado fora adquirido de forma lícita. De todo modo, com o advento da Lei nº 12.694/12, caso o produto direto ou indireto do crime não seja encontrado ou se encontre no exterior, o sequestro poderá recair sobre bens em valor equivalente, mesmo que de procedência lícita.

Portanto, pelo menos em regra, o fundamento a ser utilizado pela defesa por ocasião da oposição desses embargos é o de que os bens sequestrados não foram adquiridos com os proventos da infração. Isso, todavia, não significa dizer que a defesa não possa se valer de outras teses, tais como a ausência de "indícios suficientes" da proveniência ilícita dos bens, assim como matérias processuais (v.g., incompetência da autoridade jurisdicional, ilegitimidade do requerente da medida, etc.).

Como a anterior decretação do sequestro pelo juízo criminal só foi possível em virtude da constatação da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, conclui-se que o ônus da prova quanto à aquisição lícita desse bem constrito recai sobre o próprio acusado. Incumbe ao embargante, portanto, não apenas alegar, mas também comprovar a licitude da origem dos valores utilizados para a aquisição do bem sequestrado. Portanto, na hipótese de o acusado pretender obter a liberação dos bens sequestrados, há verdadeira inversão do ônus da prova.[182]

Como adverte a doutrina, essa **inversão do ônus da prova** seria representada por uma carga mais leve para a acusação do que para a defesa, no sentido de que, para o sequestro, bastarão indícios suficientes, formando um juízo de probabilidade, enquanto que, para a liberação, será necessária a comprovação da licitude, entendida como exigência de prova plena, formando um juízo de certeza.[183]

Essa inversão do ônus da prova em matéria de confisco de bens relacionados ao crime de lavagem de capitais também é prevista no direito comparado. Deveras, de acordo com o art. 12.7. da Convenção de Palermo, incorporada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 5.015/2004, "Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais".[184]

Ao exigir que o acusado comprove a origem lícita dos bens para obter a imediata desoneração dos bens, os arts. 130, I, do CPP, e 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/98, não violam a regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência. Na verdade, esses dispositivos devem ser interpretados conforme a Constituição para que se entenda que, na hipótese de o pedido de restituição ser formulado antes da sentença condenatória, recai sobre o acusado o ônus de comprovar a licitude da origem dos bens. No entanto, por ocasião da sentença condenatória, o ônus da prova quanto à demonstração da ilicitude da origem dos bens volta a recair sobre o Ministério Público, que deverá comprovar a origem espúria dos bens sequestrados, sob pena de consequente desoneração dos bens constritos. Portanto, para que seja possível a aplicação do efeito da condenação consistente na perda do produto ou proveito do crime (CP, art. 91, II, "b", c/c art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98), deve a acusação carrear aos autos prova plena de que se trata de produto ou proveito da infração antecedente.[185]

181. Este dispositivo deve ser interpretado no sentido de que só haverá liberação de bens quando comprovada sua origem lícita no caso de medidas cautelares que tenham recaído sobre bens, direitos e valores de proveniência ilícita, ou seja, que tenham sido objeto de sequestro. Em se tratando de medidas assecuratórias visando à reparação do dano, como a especialização e o registro da hipoteca legal, o arresto prévio de bens móveis e o arresto subsidiário de bens móveis, o fato de ter havido a comprovação da origem lícita não exercerá qualquer influência em termos de liberação da constrição, justamente porque são medidas que incidem sobre patrimônio lícito. Daí a importância da parte final do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/98, acrescentada pela Lei nº 12.683/12: o objetivo foi desvincular da origem ilícita o patrimônio do acusado destinado a suportar a reparação do dano, pagamento de multa e prestação pecuniária e custas processuais.

182. Referindo-se ao dispositivo da Lei nº 9.613/98, Gustavo Henrique Badaró (*Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 370) assevera: "embora não haja óbice constitucional para tal 'inversão', a referida lei não instituiu qualquer inversão do ônus da prova. O que se previu foi a mera possibilidade de concessão de medida cautelar – sequestro ou apreensão – baseada no *fumus boni iuris* – 'indícios suficientes'. Por outro lado, para a revogação da medida cautelar, com a liberação dos bens apreendidos, será necessário mais do que apenas afastar a fumaça do bom direito. O legislador exige a 'comprovação da licitude dos bens apreendidos'."

183. Em sentido semelhante, fazendo referência ao art. 4º, § 2º, da Lei de Lavagem de Capitais: GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais 20/64*, RT, São Paulo, out.-dez. 1997.

184. A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, aprovada em Viena e incorporada ao direito interno brasileiro pelo Decreto nº 154/1991, também trata da inversão do ônus da prova em seu art. 7º.

185. Nesse sentido, como já se pronunciou o TRF/1ª Região, "a medida acautelatória de apreensão de bens ou objetos decorrentes do delito de lavagem de dinheiro segue o rito específico determinado no art. 4º da

Aliás, essa impossibilidade de se adotar a inversão do ônus da prova por ocasião da sentença condenatória é bem destacada pela própria Exposição de Motivos do Poder Executivo referente ao texto original da Lei nº 9.613/98 (EM 692/MJ/1996), que, em seu item 66 adverte: "o projeto inverte o ônus da prova relativamente à licitude de bens, direitos ou valores que tenham sido objeto da busca e apreensão ou do sequestro (art. 4º). Essa inversão encontra-se prevista na Convenção de Viena (art. 5º, nº 7) e foi objeto de previsão no direito argentino (art. 25, Lei 23.737/1989)". Mais adiante, no item 67, consta: "Observe-se que essa inversão do ônus da prova circunscreve-se à apreensão ou ao sequestro dos bens, direitos ou valores. Não se estende ela ao perdimento dos mesmos, que somente se dará com a condenação (art. 7º, I). Na medida em que fosse exigida, para só a apreensão ou o sequestro, a prova da origem ilícita dos bens, direitos ou valores, estariam inviabilizadas as providências, em face da virtual impossibilidade, nessa fase, de tal prova".

Ainda em relação aos embargos do acusado, especial atenção deve ser dispensada à Lei de Drogas e à Lei de Lavagem de Capitais, que condicionam a oposição dos embargos ao *comparecimento pessoal do acusado*. De acordo com o art. 4º, § 3º, da Lei 9.613/98, nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou da interposta pessoa que tem em seu nome bens do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo de eventual alienação antecipada. Na mesma linha, segundo o art. 60, § 3º, da Lei nº 11.343/06, nenhum pedido de restituição será conhecido sem o *comparecimento pessoal do acusado*, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

Como se percebe, nessas duas hipóteses, a Lei não se contenta com a mera representação por advogado, pois é obrigatório o comparecimento pessoal do acusado ou da interposta pessoa. Sem o comparecimento pessoal, o pedido de liberação sequer será conhecido, acarretando a consequente manutenção da constrição cautelar, o que significa dizer que, até o advento de eventual sentença condenatória ou absolutória, a coisa continuará apreendida, sequestrada, arrestada ou com o registro da hipoteca legal. Daí por que a própria Lei prevê, em ambos os casos, a possibilidade de o juiz adotar as medidas necessárias para a conservação dos bens, direitos ou valores objeto da constrição. Nesse caso, também será possível a alienação antecipada da coisa. Para tanto, para além do não comparecimento pessoal do acusado, que, por si só, não autoriza a alienação automática da coisa, deve restar comprovado que a expropriação antecipada se faz necessária pelo fato de os bens constritos estarem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

2) **Embargos de terceiro estranho à infração penal**: a primeira possibilidade de embargos de terceiro diz respeito ao sequestro que recai sobre bem imóvel de propriedade de terceiro completamente estranho ao fato discutido no processo penal (v.g., condômino, sócio, etc.). A título de exemplo, possamos supor que, por ocasião do sequestro, tenha havido algum equívoco acerca do bem em relação ao qual foi imposta a medida cautelar (v.g., apesar de o juiz determinar o sequestro da casa "A", a medida é levada a efeito contra a casa "B").

Nesse caso, os embargos devem ser opostos pelo terceiro com fundamento no art. 129 do CPP, c/c art. 674 do CPC, *in verbis*: "Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos". Esses embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor (art. 674, §1º, do CPC). Ainda segundo o CPC, equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser

Lei 9.613/1998, em especial o § 2º, que inverte o ônus da comprovação da licitude dos meios de aquisição do bem apreendido. Não cabe a restituição se inexiste comprovação inequívoca de que o automóvel apreendido teria sido licitamente adquirido por meio da transação imobiliária envolvendo um apartamento de propriedade da apelante, bem como de que ocorra a irrelevância do aparelho celular para o cometimento de delitos relacionados ao feito principal, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei 9.613/1998" (TRF-1.ª Reg., ACR 2007.37.00.000886-8/MA, 3.ª T., rel. Des. Olindo Menezes, *DJ* 13.07.2007, p. 27). Em sentido semelhante: "O sequestro previsto no art. 4º da Lei 9.613/98 requer apenas indícios suficientes da origem ilícita dos bens, estabelecendo em seu § 2º a justa inversão do ônus da prova para que ocorra sua liberação, sem ofender o direito de propriedade e os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, porquanto não há perda do domínio, que só ocorrerá após o trânsito em julgado de eventual decreto condenatório. Documentos relativos à transferência e conversão cambial de numerário são incapazes de atestar sua origem idônea, pois demonstram mera movimentação financeira, sendo necessário indicar exatamente por meio de que operações lícitas se aferiu tais valores. Suposta compatibilidade entre a situação financeira dos sócios e o capital aportado na empresa não basta para evidenciar a licitude dos recursos, pois é necessário apurar se aqueles acumularam patrimônio através de práticas criminosas. Pertencendo os bens objeto de constrição à pessoa jurídica, ora recorrente, cujo administrador e membros do quadro societário foram indiciados pela prática de lavagem de dinheiro, face a inúmeras irregularidades encontradas em fazenda de sua propriedade, restam preenchidos os requisitos legais para manutenção da medida constritiva". (TRF-4.ª Reg., ACR 2004.71.00.029403-0, 8.ª T., rel. Élcio Pinheiro de Castro, *DJ* 25.05.2005).

atingidos pela apreensão judicial, também sendo considerado terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação (art. 674, §2º, do CPC).

Por força do art. 675 do CP esses embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Logo, em sede processual penal, esses embargos serão cabíveis até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Após o trânsito em julgado, os embargos podem ser opostos até 5 (cinco) dias depois da arrematação, desde que antes da assinatura da respectiva carta.[186]

Ao contrário dos embargos do acusado ou do terceiro que comprou o bem do acusado de boa fé, previstos no art. 130, I, e II, do CPP, que são julgados apenas depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, os embargos opostos pelo terceiro de boa-fé completamente alheio à infração penal devem ser julgados pelo juízo criminal imediatamente após o encerramento da instrução probatória do procedimento incidental, ou seja, não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Afinal, se se trata de terceiro inocente, que muito provavelmente teve seu bem constrito em virtude de algum equívoco por ocasião da imposição da medida cautelar, não faz sentido privá-lo do gozo de seu bem por tempo tão excessivo quanto aquele necessário para o trânsito em julgado do decreto condenatório. Se julgado procedente o pedido constante desses embargos, deve haver a imediata desoneração do bem imóvel sequestrado.

3) **Embargos de terceiro que comprou o bem do acusado de boa-fé**: quando oposto por terceiro a quem o bem tenha sido transmitido a título oneroso, a tese de defesa está restrita à qualidade e à idoneidade da aquisição, caracterizada pela presença de boa-fé (CPP, art. 130, inciso II). Em outras palavras, o terceiro de boa-fé que teve seu bem sequestrado deve alegar e comprovar que, ao adquirir o bem do acusado a título oneroso, não tinha consciência de que este o teria adquirido com verbas ilícitas.

Este terceiro de boa-fé a que se refere o art. 130, II, do CPP, não se confunde com o terceiro de boa fé estranho ao processo penal, cujos embargos são opostos com fundamento no art. 129 do CPP. O primeiro adquiriu o bem a título oneroso do acusado, sem que tivesse consciência de sua origem espúria. O segundo é senhor e possuidor do bem sequestrado que foi equivocadamente submetido à constrição, sem manter qualquer relação com o delito ou com seu suposto autor, visto que não adquiriu o bem imóvel diretamente dele.

Como se percebe, se o terceiro que comprou o bem imóvel do acusado conseguir demonstrar que a aquisição foi feita de boa-fé, deve ser afastada a constrição patrimonial. Nesse sentido, como já se pronunciou a jurisprudência, "se demonstrada, à saciedade, a lisura do adquirente de imóvel pertencente ao réu, é de rigor o levantamento da constrição judicial efetuada sobre a *res*".[187]

O art. 130, II, do CPP, deixa claro que o êxito dos embargos do terceiro de boa-fé está condicionado à aquisição do bem do acusado *a título oneroso* e ao menos a justo preço, já que aquele que adquire a coisa a preço vil não age de boa-fé. Logo, se a aquisição do bem não ocorreu a título oneroso (v.g., doação), não será cabível o afastamento da constrição, nem tampouco de ulterior confisco (CP, art. 91, II, "b"), ainda que o terceiro tenha recebido o bem de boa-fé. Afinal, como a aquisição ocorreu a título gratuito, não haverá qualquer prejuízo a ser suportado pelo terceiro de boa-fé. Não por outro motivo, em caso concreto em que o acusado registrou, em nome de seus filhos absolutamente incapazes, bens imóveis adquiridos durante o período objeto da investigação, concluiu o Supremo que tal procedimento seria indicativo de possível intuito de fraudar ao erário, razão pela qual deliberou pela manutenção da medida assecuratória.[188]

Com a procedência dos embargos do terceiro adquirente de boa-fé, haverá a desoneração imediata dos bens. Na hipótese desses embargos serem julgados improcedentes, o terceiro ainda pode conseguir a liberação dos bens, caso seja aceita a caução a que se refere o art. 131, II, do CPP.

Quanto ao lapso temporal para a oposição dos embargos ao sequestro pelo terceiro de boa-fé, prevalece o entendimento de que, por força de aplicação analógica do Código de Processo Civil (art. 674 do CPC), tais embargos podem ser opostos

186. STJ, 4ª Turma, REsp 110.297, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 25/02/2003, DJ 05/05/2003 p. 298.

187. TRF4, AG 2009.04.00.013581-4, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 08/07/2009.

188. STF, Pleno, AC 1.011 AgR/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10/11/2006, DJ 02/02/2007.

até cinco dias após a arrematação, desde que antes da assinatura da respectiva carta.[189]

Em se tratando de embargos opostos pelo acusado ou pelo terceiro que comprou o bem sequestrado do acusado, não poderá ser pronunciada decisão pelo juiz criminal nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória. É esse, aliás, o teor do art. 130, parágrafo único, do CPP, que prevê que não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória. Por conta disso, prevalece o entendimento de que tais embargos podem ser opostos até o trânsito em julgado da sentença condenatória. De se notar que o fato de ter havido o trânsito em julgado da sentença condenatória não implica, obrigatoriamente, a improcedência dos embargos. Afinal, por mais que o acusado tenha sido condenado, é possível, por exemplo, que seja demonstrado que o bem sequestrado tinha origem lícita (v.g., aquisição com o salário percebido regularmente pelo embargante).

Contrariamente ao quanto previsto no CPP, a Lei de Drogas prevê que, decretado a apreensão ou o sequestro de bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão. Nesse caso, provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação (Lei nº 11.343/06, art. 60, §§ 1º e 2º). Como se percebe, diversamente do que ocorre no âmbito do CPP, em que os embargos opostos pelo acusado só poderão ser apreciados após o trânsito em julgado da sentença condenatória (CPP, art. 130, parágrafo único), na Lei de Drogas é possível a imediata liberação dos bens sequestrados, caso o acusado consiga convencer o juízo acerca da licitude dos bens no prazo de 5 (cinco) dias de que dispõe para manifestação após a concretização da medida cautelar.

Há quem entenda que, diante do silêncio da Lei de Lavagem de Capitais, o procedimento a ser observado para o pedido de liberação de bens previsto art. 4º, §§ 2º e 3º, não é aquele previsto no Código de Processo Penal – embargos do acusado (CPP, art. 130, I) e embargos de terceiro de boa-fé (CPP, art. 130, II) –, mas sim aquele previsto na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06, art. 60, §§ 1º e 2º). Nesse caso, diversamente dos embargos, que só são julgados após o trânsito em julgado da sentença penal (CPP, art. 130, parágrafo único), o pedido de liberação poderia ser julgado no curso da ação penal. Nesse caso, comprovada a origem lícita dos bens, dar-se-á sua liberação imediata, sem que haja necessidade de se aguardar o trânsito em julgado.[190]

Em que pese o CPP prever os embargos do acusado ou de terceiro para a impugnação das medidas cautelares patrimoniais, doutrina e jurisprudência também admitem a utilização da apelação (CPP, art. 593, II) e do mandado de segurança (Lei nº 12.016/09). Como adverte Avena, "havendo provas de que o bem foi adquirido licitamente, mas que não sejam ostensivas a ponto de justificar o ingresso de mandado de segurança – provas, enfim, que demandem exame aprofundado para formação da convicção do julgador quanto à veracidade dos argumentos expendidos pelo insurgente –, deverá o prejudicado apelar da decisão que ordenar o sequestro".[191]

Admite-se, pois, a interposição de apelação, com fundamento no art. 593, II, do CPP, contra decisão que tenha determinado medida assecuratória prevista no art. 4º, *caput*, da Lei de Lavagem de Capitais, a despeito da possibilidade de postulação direta ao juiz objetivando a liberação total ou parcial dos bens, direitos ou valores constritos (Lei n. 9.613/98, art. 4º, §§2º e 3º). Ora, se o CPP estatui, para as cautelares patrimoniais, como o sequestro e o arresto, mecanismos de impugnação a serem veiculados perante o juízo de primeiro grau, que decretou a medida constritiva, e, não obstante, a jurisprudência vem admitindo que se valha o interessado do recurso de apelação, não há razão idônea conducente ao afastamento do mesmo alvitre no âmbito específico da Lei de Lavagem de Dinheiro.[192]

No entanto, se houver elementos concretos que confirmem que o sequestro viola o direito líquido e certo do proprietário em ter seu patrimônio livre e desembaraçado, a medida adequada será o

189. STJ, 4ª Turma, REsp 110.297/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 25/02/2003, DJ 05/05/2003 p. 298.

190. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 312.

191. AVENA, Norberto. Op. cit. p. 414. Ainda segundo o autor, "não havendo provas de aquisição lícita do bem, sendo, ainda, necessária sua produção, o correto é o manejo dos embargos contemplados no Código de Processo Penal, os quais admitem ampla produção probatória, v.g., oitiva de testemunhas, perícias, requisição e juntada de documentos". No sentido do cabimento da apelação contra decisão que defere o sequestro, por entender que se trata de decisão com força de definitiva (CPP, art. 593, II): STJ, 5ª Turma, RMS 28.093/MG, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 21/06/2011, DJe 03/08/2011; STJ, 5ª Turma, REsp 258.167/MA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 02/05/2002, DJ 10/06/2002 p. 241.

192. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, REsp 1.585.781/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28/06/2016, DJe 01/08/2016.

mandado de segurança, o qual, além de permitir a concessão de medida liminar, tem procedimento bem mais célere. O fato de ser cabível a apelação com fundamento no art. 593, II, do CPP, não funciona como óbice à impetração do mandado de segurança, já que referida impugnação não é dotada de efeito suspensivo. Logo, se se trata de decisão judicial da qual cabe recurso, *porém sem efeito suspensivo*, admite-se a impetração do *writ of mandamus*, nos termos do art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/09.[193]

28.2.3. Levantamento do sequestro.

O levantamento do sequestro deve ser compreendido como a perda da eficácia da medida constritiva, que pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

1) **Se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que ficar concluída a diligência (CPP, art. 131, I)**: em sua redação original, a Lei de Lavagem de Capitais também previa o levantamento do sequestro pelo decurso de certo lapso temporal, porém fixava este prazo em 120 (cento e vinte) dias (Lei nº 9.613/98, antiga redação do § 1º do art. 4º). Ocorre que, ante as alterações produzidas pela Lei nº 12.683/12, a Lei nº 9.613/98 deixou de fazer menção a este prazo. Logo, o levantamento das medidas assecuratórias decretadas em processos referentes ao crime de lavagem de capitais também passará a observar o prazo constante do art. 131, I, do CPP, já que a própria Lei de Lavagem faz referência à aplicação subsidiária do CPP (Lei nº 9.613/98, art. 17-A, com redação dada pela Lei nº 12.683/12). De todo modo, é bom esclarecer que este lapso temporal não tem natureza absoluta. À luz do princípio da razoabilidade, admite-se eventual dilação em casos de complexidade da causa e/ou pluralidade de acusados.[194] Evidentemente, se o excesso for abusivo, não encontrando qualquer justificativa, deve ser determinada a liberação dos bens. Por isso, em caso concreto em que a constrição dos bens ocorrera em 22/08/2003, com o oferecimento da denúncia depois de transcorrido mais de sete anos do bloqueio, sem previsão para o término do processo, concluiu o STJ que a liberação dos bens seria medida de rigor;[195]

2) **Admissão judicial de caução prestada pelo terceiro**: de acordo com o art. 131, II, do CPP, o sequestro será levantado se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 91, II, "b", segunda parte, do CP. Perceba-se que o dispositivo é claro ao permitir que apenas o terceiro preste caução, jamais o acusado. Esta caução pode ser prestada por meio de qualquer modalidade, não necessariamente apenas por depósito em dinheiro;[196]

3) **Extinção da punibilidade ou absolvição do acusado**: de acordo com o art. 131, III, do CPP, o sequestro será levantado se for julgada extinta a punibilidade ou se o acusado for absolvido, *por sentença transitada em julgado*. Como se percebe, pelo texto expresso do art. 131, III, do CPP, ainda que o acusado seja absolvido em primeira instância, o levantamento do sequestro somente será possível quando houver o trânsito em julgado da referida decisão. No entanto, à luz da Constituição Federal e do próprio CPP, esse entendimento não pode prosperar. A uma porque a apelação contra sentença absolutória e o RESE contra a extinção da punibilidade não são dotados de efeito suspensivo, o que significa dizer que tais decisões produzem efeitos de imediato, pouco importando a interposição de recurso. Em segundo lugar, considerando que a absolvição do acusado corresponde à análise de maior profundidade do que aquela realizada para o deferimento da medida cautelar, não é racional que o sequestro, anteriormente decretado com base em um juízo de cognição sumária de verossimilhança, venha a prevalecer sobre um provimento posterior, que lhe é contrário e tem por base uma análise exauriente. Em outras palavras, como observa Larissa Leite, "por possuir maior nível de aprofundamento sobre o crime (que constitui a origem ilícita suspeitada quando do decreto de sequestro), a sentença absolutória é, em si, uma declaração (ainda que provisória) de

193. Admitindo a impetração de mandado de segurança quando se tratar de ilegalidade flagrante: TRF4, MS 2005.04.01.025703-0, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, DJ 19/10/2005. De seu turno, o STJ já admitiu mandado de segurança em caso concreto no qual, a despeito do sequestro dos bens do acusado, o inquérito se prolongara por 3 (três) anos sem que a denúncia tivesse sido oferecida: STJ, 6ª Turma, RMS 27.230/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. 16/03/2010, DJe 24/05/2010.

194. Admitindo a prorrogação do prazo previsto na antiga redação do § 1º do art. 4º da Lei nº 9.613/98 em caso concreto no qual as investigações policiais dependiam de diligências a serem realizadas pela Interpol em diversos países, bem como de relatórios fornecidos por instituições financeiras sobre contas bancárias mantidas pelos indiciados: TRF-4.ª Reg., ACR 2004.71.00.040763-8, 8.ª T., rel. Élcio Pinheiro de Castro, *DJ* 25.05.2005. No mesmo contexto: TRF-3.ª Reg., ACR 2004.61.09.004379-6, 5.ª T., rel. Juiz André Nekatschalow, *DJU* 05.12.2006, p. 572. Admitindo a prorrogação do prazo previsto no art. 131, I, do CPP: STJ, RMS 9.999/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 01/06/1999, DJ 28/06/1999.

195. STJ, 6ª Turma, REsp 865.163/CE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 02/06/2011, DJe 01/07/2011. Em outro caso concreto, no qual o decreto do sequestro de bens e do bloqueio dos ativos financeiros ocorreu em 2006 e perdurou até o ano de 2011, concluiu-se pelo deferimento do levantamento deles porquanto ultrapassados os limites da razoabilidade: STJ, HC 144.407/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/06/2011.

196. Nessa linha: TRF4, AG 2001.04.01.036332-8, Oitava Turma, Relator Élcio Pinheiro de Castro, DJ 17/10/2001.

inexistência do *fumus comissi delicti*".[197] Ademais, se o sequestro é uma medida cautelar, traz consigo a nota da acessoriedade, devendo seguir, portanto, a sorte do principal. Logo, se o acusado foi absolvido ou se foi declarada extinta a punibilidade, a medida cautelar deve ser levantada de imediato, independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Esse mesmo raciocínio também se aplica às hipóteses de arquivamento do inquérito policial ou rejeição da peça acusatória.[198] De mais a mais, com a reforma processual de 2008, o art. 386, parágrafo único, inciso II, do CPP, passou a dispor que, na sentença absolutória, o juiz ordenará a cessação das medidas cautelares provisoriamente aplicadas. Logo, esse aparente conflito entre o art. 386, parágrafo único, II, com o disposto no art. 131, III, ambos do CPP, deve ser resolvido com fundamento na regra *lex posterior derogat legi priori*, preponderando o primeiro dispositivo. Por isso, ainda que se trate de sentença absolutória recorrível, as medidas cautelares eventualmente impostas durante o curso das investigações ou do processo em primeiro grau de jurisdição deverão ser revogadas. Todavia, diante de possível suspensão do processo, deve ser mantido o sequestro. Na dicção do STJ, "a mera suspensão do processo não constitui causa extintiva da punibilidade, somente ocorrendo esta com o pagamento integral do débito tributário. O levantamento do sequestro e o cancelamento da hipoteca impõem-se como efeitos acessórios da não incriminação, seja pela absolvição ou pela extinção da punibilidade, sendo que, inexistindo essas causas, não há óbice para a decretação ou manutenção do sequestro e da hipoteca, que se orientam por regras e princípios próprios".[199] Destarte, temos que a absolvição do acusado ou a extinção da punibilidade repercutem de imediato na medida assecuratória do sequestro, que deve ser levantada, seguindo a sorte do processo principal. Isso, no entanto, não significa dizer que está prejudicado o direito do Estado de buscar, no cível, a recomposição civil pelos prejuízos causados pelo delito. Afinal, a decisão que extingue a punibilidade não faz coisa julgada no cível (CPP, art. 67, II). O mesmo pode ser dito em relação à sentença absolutória, a depender do motivo da absolvição: se a absolvição do acusado se der por falta de provas, não estará trancada a via da ação cível; todavia, se o acusado for absolvido em face do reconhecimento categórico da inexistência do fato delituoso ou por estar provado não ter ele concorrido para a infração penal (CPP, art. 386, I e IV), tal decisão faz coisa julgada na esfera cível. Portanto, apesar de o *sequestro penal* ter sido levantado em virtude da absolvição do acusado ou da extinção da punibilidade, ou, ainda, do arquivamento do inquérito ou da rejeição da peça acusatória, quando tal decisão não fizer coisa julgada no cível, subsiste a possibilidade de o ofendido buscar o ressarcimento do prejuízo por meio de ação indenizatória a ser proposta no juízo cível, onde poderá obter êxito no deferimento de uma das medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil;

4) **Procedência dos embargos**: apesar do silêncio do art. 131 do CPP acerca do assunto, é evidente que a procedência dos embargos também acarreta o levantamento do sequestro, seja porque reconhecido que o bem constrito não fora adquirido pelo acusado com os proventos da infração penal, seja porque reconhecido que o terceiro comprou o bem sequestrado do acusado, tendo-o feito de boa-fé. Idêntico raciocínio também se aplica aos embargos do terceiro não adquirente (CPP, art. 129). Nesse caso, restará ao ofendido buscar resguardar o ressarcimento do seu prejuízo mediante a adoção de medidas cautelares patrimoniais contra outros bens do acusado, valendo-se da inscrição da hipoteca legal (CPP, art. 134) ou do arresto (CPP, art. 137).

28.2.4. Destinação final do sequestro.

Se não ocorrer o levantamento do sequestro no curso do processo penal, sobrevindo sentença condenatória, a medida cautelar será absorvida por essa decisão. A propósito, o art. 387, § 1º, do CPP, dispõe que, na sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva *ou outra medida cautelar*, sem prejuízo do conhecimento da apelação. Portanto, por ocasião da sentença condenatória, incumbe ao magistrado fazer menção ao destino a ser dado aos bens sequestrados.

Transitada em julgado a sentença condenatória, dispõe o art. 133, *caput*, do CPP, com redação determinada pelo Pacote Anticrime, que o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado, o que deve ser feito pelo próprio juízo penal. Como o juízo cível não decretou a constrição, não lhe é permitido interferir

197. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011. p. 360.

198. No sentido de que o decreto constritivo de bens, exarado em medida cautelar, não subsiste em face de decisão proferida no processo principal que rejeitara a denúncia, sendo desnecessário que se aponte nesse, o trânsito em julgado da referida decisão: TRF4, MS 2008.04.00.044947-6, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Amaury Chaves de Athayde, D.E. 15/04/2009.

199. STJ, 5ª Turma, REsp 733.455/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27/09/2005, DJ 07/11/2005 p. 370.

na disposição dos bens. De mais a mais, quando o legislador quer se referir ao juízo cível, sempre o faz de maneira expressa, tal qual ocorre no art. 143. Ademais, os arts. 122 e 133 do CPP determinam que compete ao Juízo Criminal determinar a realização de hasta pública para a venda de bens sequestrados ou confiscados nos autos de ação penal. Consequentemente, também será do juízo penal a competência para processar e julgar todos os incidentes posteriores, inclusive aqueles relativos à arrematação.[200]

O dinheiro obtido com a venda dos bens será utilizado para o ressarcimento do dano causado à vitima da infração penal, sendo o restante recolhido aos cofres públicos, consoante disposto no art. 133, §1º, do CPP, incluído pelo Pacote Anticrime. Como se vê, há prioridade de reparação do dano em face do pagamento da multa, das custas processuais e da realização do confisco. Na mesma linha, o art. 140 do CPP preceitua que as garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido.

Funciona o confisco, portanto, como efeito patrimonial da condenação subsidiário à reparação do dano. De fato, os bens apreendidos ou sequestrados durante a instrução se destinam prioritariamente à reparação do dano e ao cumprimento das penas pecuniárias. Consequentemente, o confisco dos bens somente ocorrerá quando os bens apreendidos ou sequestrados tiverem valor maior do que a soma do dano a ser reparado e das penas pecuniárias propriamente ditas.

Na hipótese de a sentença condenatória ter fixado o valor mínimo a título de reparação pelos danos causados pela infração penal (CPP, art. 387, IV, com redação determinada pela Lei nº 11.719/08), uma vez realizada a venda judicial dos bens sequestrados, poderá ser feito o imediato repasse do valor correspondente à vitima, sem prejuízo de posterior liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido (CPP, art. 63, parágrafo único, *in fine*).

28.3. Especialização e registro da hipoteca legal.[201]

A hipoteca pode ser compreendida como um direito real de garantia instituído sobre imóvel alheio de modo a assegurar uma obrigação de cunho patrimonial, sem que ocorra a transferência da posse do bem gravado para o credor. A hipoteca pode ser: a) convencional, quando resulta de acordo entre credor e devedor; b) judicial, quando advém do direito do credor que obteve sentença contra o devedor; c) legal, quando resulta da lei, que a institui em favor de determinadas pessoas em virtude de situação peculiar em que se encontram, estando sempre relacionadas a uma dívida eventual, que pode vir a ser reconhecida (ou não).

O art. 1489, inciso III, do Código Civil, confere hipoteca legal ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais. Como se pode ver, objetivando assegurar que o acusado tenha patrimônio disponível para responder pela indenização do dano causado pela infração penal e pelo pagamento das custas, o Código Civil institui um direito real de garantia em favor da vítima, direito este que recai sobre bens imóveis lícitos pertencentes ao acusado, não podendo atingir patrimônio registrado em nome de terceiros.

Face o disposto no art. 1.489, III, do Código Civil, conclui-se que a hipoteca legal que recai sobre os imóveis do acusado para satisfação do dano causado pelo delito deriva da própria lei, independentemente de qualquer requerimento do ofendido ou de seu representante legal. Portanto, o que o CPP prevê nos arts. 134 e 135 é apenas a possibilidade de o ofendido requerer perante o juízo penal a especialização e registro da hipoteca legal sobre os imóveis do acusado. Em outros termos, o que o juiz defere, no âmbito processual penal, não é o direito ou a hipoteca em si, porque este direito deriva da própria lei – Código Civil, art. 1.489, III –, mas tão somente a sua especialização e ulterior inscrição no Registro de Imóveis, daí por que tal hipoteca é chamada de *hipoteca penal*.[202]

Logo, a especialização e registro da hipoteca legal disciplinada pelo CPP está condicionada à existência de regras que explicitamente prevejam o direito real de garantia que se pretende especializar. Daí a importância de se ficar atento ao novo Código Civil, que não contemplou todas as situações de hipoteca legal previstas anteriormente no Código Civil de 1916.

200. TRF4, AG 2002.04.01.004712-5, Oitava Turma, Relator Élcio Pinheiro de Castro, DJ 19/03/2003.

201. Apesar de o CPP fazer uso da expressão "inscrição" da hipoteca legal (art. 135, § 4º), a Lei de Registros Públicos prevê o "registro" da hipoteca (Lei nº 6.015/73, art. 167, I, nº 2), sendo que o Código Civil também menciona o "registro" da hipoteca em seu art. 1.492. Por isso, optamos por fazer uso da expressão especialização e *registro* da hipoteca legal.

202. Com esse entendimento: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares patrimoniais no processo penal, in Direito Penal Econômico – Crimes econômicos e Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 191.

Especificamente no que interessa ao processo penal, a legislação revogada previa duas hipóteses de cabimento de hipoteca legal. Em seu art. 827, o Código Civil de 1916 conferia hipoteca legal nas seguintes situações: VI – ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas; VII – à Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, sobre os imóveis do delinquente, para o cumprimento das penas pecuniárias e o pagamento das custas. Por conta dessas duas hipóteses de hipoteca legal previstas no antigo Código Civil, era correto dizer, então, que a especialização e inscrição do direito real de garantia no âmbito processual penal podia ser requerida pelo ofendido, para satisfação do dano causado pelo delito, ou pelo Ministério Público, em defesa dos interesses da Fazenda Pública, para o cumprimento das penas pecuniárias e o pagamento das custas.

Ocorre que o novo Código Civil não contemplou essas duas hipóteses de hipoteca legal. No que interessa ao processo penal, a hipoteca legal continua prevista no Código Civil, porém é conferida apenas ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais (art. 1.489, III). Como se percebe, foi excluído do rol das hipóteses de hipoteca legal a instituição do direito real de garantia em favor da Fazenda Pública para assegurar o pagamento de multa e outras penas pecuniárias decorrentes de eventual sentença condenatória transitada em julgado.[203]

Diante dessa diminuição das hipóteses de hipoteca legal pelo novo Código Civil, a conclusão evidente é que somente se afigura possível a especialização e inscrição da hipoteca legal em sede processual penal para a satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais, em favor do ofendido ou de seus herdeiros. A nosso ver, não se pode querer objetar que o art. 140 do CPP continua prevendo que as garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias. Isso porque o CPP trata exclusivamente da especialização e inscrição da hipoteca legal, não cabendo a ele definir as hipóteses de reconhecimento desse direito real de garantia.

Como se pode perceber, ao contrário do sequestro, que visa garantir não só a reparação do dano (CP, art. 91, I), como também o confisco (CP, art. 91, II), a especialização e inscrição da hipoteca legal destinam-se apenas a assegurar a indenização ao ofendido pelos danos causados pelo delito e o pagamento das despesas judiciais. A inscrição da hipoteca legal não tem, portanto, qualquer finalidade de confisco. Por isso, pode-se dizer que tanto ela quanto o arresto, a ser estudado na sequência, são medidas assecuratórias fundadas no interesse privado, que têm por finalidade assegurar a reparação civil do dano causado pelo delito, em favor do ofendido ou de seus sucessores.

Daí deriva outra importante diferença entre o sequestro e a inscrição da hipoteca legal: diversamente do sequestro, que, desde que os bens sejam encontrados ou se localizem no território nacional, só pode recair sobre aqueles adquiridos pelo agente com os proventos da infração (CPP, art. 125), a especialização de hipoteca legal recai sobre bens imóveis adquiridos licitamente pelo acusado, objetivando garantir que o acusado não se desfaça desses bens, inviabilizando a reparação do dano causado pelo delito. Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, "como o arresto (procedimento antecedente à hipoteca legal) visa a constrição de bens necessários ao pagamento das responsabilidades do acusado (reparação do dano, pena pecuniária e custas processuais),

caso venha a ser condenado, pouco importa que eles tenham sido adquiridos antes ou depois da infração penal. Inteligência do artigo 140 do Código de Processo Penal. Apenas o sequestro deve recair sobre os produtos, diretos ou indiretos, do crime, pois seu escopo é o de propiciar o perdimento desses bens".[204]

Pelo fato de recair sobre os bens imóveis obtidos licitamente pelo acusado, a especialização e inscrição da hipoteca legal deve ser utilizada como medida subsidiária à busca e apreensão e ao sequestro de bens, visto que a reparação do dano pode ocorrer com a simples restituição do próprio produto direto do crime, apreendido durante as investigações, ou com o valor apurado com o leilão dos bens sequestrados. A especialização e inscrição da hipoteca legal deve funcionar, portanto, como medida de *ultima ratio*, isto é, deve ser empregada

203. É nessa linha a lição de Larissa Leite: *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011. p. 371. A autora acrescenta que, após a edição da Lei nº 9.268/96, a pena de multa teve sua natureza jurídica modificada, passando a funcionar como dívida de valor. Como tal, a cobrança judicial da dívida ativa passou a ser regulamentada pela Lei nº 6.830/80, a qual, apesar de diversas disposições protetivas do crédito em favor do Estado, nada diz acerca da hipoteca legal.

204. STJ, 6ª Turma, RMS 23.044/PR, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 05/05/2009, DJe 08/06/2009.

apenas quando as demais medidas assecuratórias se revelarem insuficientes para garantir a reparação do dano causado pelo delito.

Na mesma linha, verificando-se que o ofendido já requereu e obteve no cível medidas cautelares idôneas a assegurar, *de per si*, a reparação do dano causado pelo delito, há de ser reconhecida a desnecessidade da constrição patrimonial pleiteada em sede processual penal.

Apenas o sequestro pode atingir bens de terceiros, desde que existam indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126 CPP). A inscrição da hipoteca legal e o arresto terão finalidade idêntica à da penhora civil: assegurar patrimônio lícito do acusado – e apenas deste – para o pagamento de danos do crime e despesas processuais. A inscrição de hipoteca legal e o arresto somente podem atingir bens do acusado, e não bens que se discute possam eventualmente ser do acusado.[205]

Portanto, pelo menos em regra, a inscrição da hipoteca legal deve recair exclusivamente sobre bens do acusado. Porém, é plenamente possível que a constrição recaia sobre imóveis de pessoa jurídica da qual o acusado figure como sócio proprietário, sobretudo nas hipóteses em que restar caracterizada confusão patrimonial dos bens particulares do suposto autor do delito e do ente de ficção. Nessa linha, em caso concreto envolvendo a prática de crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de capitais, concluiu o STJ que, evidenciando-se que dois dos acusados são sócios de uma empresa (um deles majoritário e controlador), confundindo seus patrimônios pessoais com o da pessoa jurídica, de cunho familiar (cujo objetivo é justamente o de administrar os bens da família), é possível o arresto de seus bens a fim de garantir o pagamento de obrigações pecuniárias em caso de eventual condenação de ambos, posto que, nessa hipótese, não está o Magistrado ferindo o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal, mas tão-somente resguardando o patrimônio dos acusados para futura execução.[206]

De modo semelhante ao sequestro, as restrições consagradas na Lei nº 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, também não são aplicáveis à especialização da hipoteca legal. Isso porque, segundo o art. 3º, VI, da Lei nº 8.009/90, a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo, *salvo se movido para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens*. Logo, é plenamente possível a inscrição da hipoteca legal sobre bem imóvel gravado como bem de família.[207]

28.3.1. Momento.

Como visto anteriormente, o art. 134 do CPP dispõe que a hipoteca legal pode ser requerida em qualquer fase do *processo*. Perceba-se que há uma impropriedade técnica no preceito em questão, visto que a hipoteca legal deriva do Código Civil (art. 1.489, III), daí por que não há falar em *requerimento de hipoteca legal*. Na verdade, o que o ofendido pode fazer é requerer a especialização e ulterior inscrição da hipoteca legal junto ao Registro de Imóveis, com o intuito de garantir o cumprimento de responsabilidade patrimonial estimada decorrente da infração penal.

A especialização e inscrição da hipoteca legal só podem ser requeridas durante a fase judicial. Portanto, diversamente do sequestro, que pode ser decretado durante o curso das investigações e na fase judicial (CPP, art. 127), a especialização da hipoteca legal só pode ser requerida pelo interessado no curso do processo penal (CPP, art. 134). E isso por uma razão muito óbvia: tal medida representa grave constrição ao patrimônio licitamente adquirido pelo acusado, não sendo razoável seu deferimento antes da deflagração do processo penal.[208]

Como existe a possibilidade de demora no início do processo penal, inviabilizando o requerimento de especialização de hipoteca legal, o art. 136 do CPP permite que o arresto do imóvel seja decretado pelo juiz de início. Esse *arresto prévio* a que se refere o art. 136 do CPP também tem natureza cautelar e funciona como providência liminar a ser decretada pelo juízo penal antecedendo a inscrição da hipoteca legal. Destarte, como adverte Mirabete, quaisquer bens imóveis do acusado poderão ser arrestados, para posteriormente ser objeto de especificação e registro, não se confundindo a medida em pauta com o sequestro previsto no art.

205. TRF4, MS 2005.04.01.025703-0, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, DJ 19/10/2005.

206. STJ, 6ª Turma, RMS 23.189/PR, Rel. Min. Jane Silva, j. 06/02/2009, DJe 02/03/2009. Com raciocínio semelhante: STJ, 5ª Turma, RMS 13.675/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/04/2005, DJ 23/05/2005 p. 307.

207. No sentido de que a hipoteca legal pode recair sobre bem imóvel gravado como *bem de família*, a teor do contido no art. 3º, VI, da Lei 8.009/90: TRF4, ACR 2005.70.00.005045-3, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 11/07/2007.

208. No sentido de que a inscrição da hipoteca legal só pode ser feita na fase judicial: AVENA (op. cit. p. 427); MIRABETE (op. cit. p. 235). Em sentido diverso, Nucci (op. cit. p. 369) entende que a especialização de hipoteca legal também é cabível durante o inquérito policial.

125, que se refere somente aos bens adquiridos com os proventos da infração.[209]

De todo modo, levado a efeito esse arresto prévio, na hipótese de o processo de inscrição da hipoteca legal não ser promovido em até 15 (quinze) dias, dar-se-á a revogação da medida, nos termos do art. 136, *in fine*, do CPP.

28.3.2. Pressupostos.

Tratando-se de medida cautelar, a especialização de hipoteca legal também está condicionada à presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Sobre o assunto, a própria lei estabelece a necessidade de certeza da infração e indícios suficientes de autoria (CPP, art. 134, *in fine*).

Ao se referir à *certeza da infração*, o dispositivo deixa entrever que, quanto à existência do crime em si, não basta um juízo de possibilidade, nem tampouco de probabilidade, devendo o magistrado estar plenamente convicto de que realmente houve uma infração penal. De seu turno, quanto à autoria (ou participação), a lei exige a presença de *indícios suficientes*. Novamente, o termo *indício* é usado como sinônimo de prova semiplena, isto é, uma prova com menor valor persuasivo.

Como a inscrição da hipoteca legal só é possível na fase judicial, o *fumus boni iuris* a que se refere o art. 134 do CPP é tido como presumido. Afinal, a falta de justa causa para o exercício da ação penal é uma das causas de rejeição da peça acusatória (CPP, art. 395, III). Ora, se houve o recebimento da denúncia (ou da queixa), presume-se que o juiz vislumbrou a presença de lastro probatório mínimo para que se possa dar início à persecução penal *in iudicio*.

Por conseguinte, o que realmente deve ser demonstrado pelo interessado para lograr êxito na inscrição da hipoteca legal é o *periculum in mora*. Este pressuposto deve ser evidenciado a partir de dados concretos que demonstrem que, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, esteja o acusado praticando atos de disposição de seu patrimônio com o objetivo de se tornar insolvente, o que poderia vir a prejudicar o direito do ofendido de conseguir obter a reparação dos danos causados pela infração penal.

28.3.3. Legitimidade.

Considerando que o objetivo precípuo da inscrição da hipoteca legal é assegurar que o acusado tenha patrimônio disponível para que possa responder pelo prejuízo causado pela infração penal, é evidente que a legitimidade para requerer a inscrição da hipoteca legal recai sobre o ofendido (CPP, art. 134), sobre seu representante legal – no caso de incapaz – (CC, art. 1.490), ou sobre seus herdeiros, no caso de morte (CC, art. 1.489, III).

Sobre a legitimidade para o requerimento de inscrição da hipoteca legal, especial atenção deve ser dispensada ao art. 142 do CPP, que prevê que cabe ao Ministério Público promover a especialização de hipoteca legal ou o arresto de bens móveis se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer. O dispositivo deve ser analisado separadamente: primeiro, quanto à atuação do *Parquet* para defender interesse da Fazenda Pública; segundo, em relação à atuação do órgão ministerial como substituto processual em favor de vítima pobre.

Por força da Constituição Federal, passou a ser vedado ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (CF, art. 129, IX, *in fine*). Logo, a nosso juízo, a primeira parte do disposto no art. 142 do CPP não foi recepcionada pela Constituição Federal, porquanto não se admite que o *Parquet* proceda à especialização de hipoteca legal ou ao arresto de bens móveis defendendo interesses da Fazenda Pública. Se há interesse da Fazenda, como pode ocorrer, por exemplo, em crimes contra a administração pública, a legitimidade para pleitear a decretação das medidas cautelares é da própria Fazenda, por intermédio da Procuradoria do Município, do Estado ou da Fazenda Nacional, conforme o caso.

Ainda que se entenda que tal preceito fora recepcionado pela Constituição Federal, não se pode perder de vista que, com o advento do novo Código Civil, não há mais previsão de hipoteca legal em favor da Fazenda Pública sobre os imóveis do acusado para o cumprimento das penas pecuniárias e o pagamento das custas (revogado art. 827, inciso VII, do Código Civil de 1916). Especificamente no que interessa ao processo penal, o novo Código Civil previu a possibilidade de hipoteca legal apenas em favor do ofendido ou de seus herdeiros sobre os imóveis do acusado, para a satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais (art. 1.489, III).

Diante da exclusão do direito real de garantia em favor da Fazenda Pública para assegurar o pagamento de multa e outras penas pecuniárias decorrentes de eventual sentença condenatória

209. Op. cit. p. 237.

transitada em julgado, o Ministério Público deixou de ter legitimidade para promover a especialização e inscrição da hipoteca legal em favor da Fazenda Pública, subsistindo sua *legitimatio* apenas em favor de vítima pobre, nos termos a seguir analisados.[210]

Quanto à possibilidade de requerimento de inscrição da hipoteca legal pelo Ministério Público como substituto processual em favor de vítima pobre, pensamos que o preceito da parte final do art. 142 do CPP deve ser interpretado nos mesmos moldes que o art. 68 do CPP, que prevê que, quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, a execução da sentença condenatória ou a ação civil poderão ser promovidas, a seu requerimento, pelo Ministério Público, desde que não haja Defensoria Pública na comarca.[211]

Por fim, deve ser destacado que, ao contrário do sequestro, que pode ser decretado de ofício pelo juiz durante o curso do processo, a inscrição da hipoteca legal só pode ser levada a efeito pelo juízo penal diante de requerimento do interessado, haja vista que a medida visa à preservação de interesses patrimoniais de natureza disponível. Outra diferença entre tais medidas assecuratórias é que a inscrição da hipoteca legal não pode ser determinada em face de representação da autoridade policial.

28.3.4. Procedimento.

A especialização deve ser compreendida como uma estimativa do valor da responsabilidade civil do agente, assim como uma estimativa do valor do bem ou dos bens designados, sendo que seu procedimento pode ser subdividido em 4 (quatro) etapas distintas: 1) petição de especialização; 2) nomeação de perito e apresentação de laudo; 3) manifestação das partes; 4) decisão do juiz (CPP, art. 135, §§ 1º a 5º).

Pedida a especialização mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, designando e estimando o imóvel (ou imóveis) que terá de ficar especialmente hipotecado, o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação dos bens, nos termos do art. 135, *caput*, do CPP.

Como a hipoteca legal que recai sobre os imóveis do acusado para satisfação do dano causado pelo delito deriva da própria lei (CC, art. 1.489, II), subentende-se que não é dado ao juiz indeferi-la, desde que evidenciada, logicamente, a presença do *fumus boni iuris* – prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (ou de participação) – e do *periculum in mora*, ou seja, dados concretos que demonstrem a iminência de que o acusado se desfaça de seu patrimônio durante o curso do processo penal.

Na verdade, cabe ao interessado apenas requerer sua especialização, apontando o imóvel (ou imóveis) sobre os quais deve recair a constrição. Essa petição deve ser instruída com as provas ou indicação das provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, com a relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento, e com os documentos comprobatórios do domínio (CPP, art. 135, § 1º).

Apresentado o requerimento de especialização, este deve ser autuado em apartado (CPP, art. 138), evitando-se, assim, desnecessários transtornos ao processo principal. Na sequência, presentes os pressupostos da medida cautelar pleiteada, o arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos imóveis designados devem ser feitos por perito nomeado pelo juiz, onde não houver avaliador judicial, sendo-lhe facultada a consulta dos autos do processo respectivo (CPP, art. 135, § 2º). Todos os imóveis relacionados pelo requerente devem ser avaliados, o que, de certa forma, possibilita que o juiz verifique se são suficientes para garantir a reparação do dano causado pela prática delituosa.

210. Nesse sentido: Larissa Leite (op. cit. p. 374-5). Não obstante, a jurisprudência ainda insiste em entender que o Ministério Público está legitimado para requerer o arresto e posterior hipoteca legal, visando resguardar o montante necessário para pagamento de multa, custas e reparação do prejuízo causado. Nesse sentido: TRF4, ACR 2003.70.00.043884-7, Sétima Turma, Relatora Salise Monteiro Sanchotene, DJ 16/08/2006. Na mesma linha: TRF4, ACR 2003.70.00.045594-8, Sétima Turma, Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJ 21/06/2006. Especificamente em relação à lavagem de capitais, Badaró sustenta que, tendo em conta que o bem tutelado é a administração da justiça, e considerando os prejuízos que esta pode sofrer com a ocultação dos produtos do crime e a dificuldade para sua investigação, não é desarrazoado legitimar o Ministério Público para requerer a especialização e registro da hipoteca legal. (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 289).

211. Com o advento da Constituição Federal, outorgando ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e *individuais indisponíveis* (CF, art. 127, *caput*), e à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (CF, art. 134), houve forte discussão quanto à recepção do art. 68 do CPP, já que, ao promover a ação civil *ex delicto* em favor de vítima pobre, o Ministério Público estaria agindo em nome próprio na defesa de interesse alheio, de natureza patrimonial e, portanto, *disponível*. Chamado a se pronunciar a respeito do assunto, o Supremo entendeu que o dispositivo seria dotado de inconstitucionalidade progressiva (ou temporária), ou seja, de modo a viabilizar o direito à assistência jurídica e judiciária dos necessitados, assegurado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXIV), enquanto não houvesse a criação de Defensoria Pública na Comarca ou no Estado, subsistiria, temporariamente, a legitimidade do Ministério Público para a ação de ressarcimento e de execução prevista no art. 68 do CPP, sendo irrelevante o fato de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento. A propósito, confira-se: STF, Tribunal Pleno, RE 135.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/06/1994, DJ 20/04/2001. Em sentido semelhante: STF, 1ª Turma, RE 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/05/1998, DJ 19/06/1998, p. 136; STJ, 4ª Turma, REsp 219.815/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal convocado do TRF/1ª –, j. 11/11/2008, DJe 24/11/2008.

Uma vez realizada a avaliação, deve o juiz ouvir as partes, aí incluído o Ministério Público, no prazo de dois dias. Diz o art. 135, § 3º, do CPP, que este prazo de 2 (dois) dias correrá em cartório, o que significa dizer que haverá vista comum às partes. Todavia, sob a ótica do contraditório e da ampla defesa, o ideal é que os prazos não sejam comuns, e sim sucessivos, com o que se permite que cada parte proceda à retirada dos autos de cartório. Nesse momento, as partes poderão impugnar o laudo pericial, seja no tocante à avaliação dos bens, seja em relação à estimativa do dano, podendo, ademais, requerer a realização de outra perícia, sem prejuízo, ademais, da indicação de assistentes técnicos.

Como o magistrado não fica vinculado ao laudo de avaliação (CPP, art. 182), é plenamente possível que o magistrado faça a correção do arbitramento do valor da responsabilidade, se acaso o montante lhe parecer excessivo ou deficiente (CPP, art. 135, § 3º). Afinal, verificando o juiz, por exemplo, que o valor de futura e eventual indenização não é tão elevado, não há necessidade de se bloquear todo o patrimônio do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A despeito da importância da avaliação dos bens e da estimativa do dano causado pelo delito, é bom destacar que essa avaliação não é definitiva. De fato, o real prejuízo causado pelo delito só será apurado de maneira definitiva em eventual liquidação de sentença condenatória transitada em julgado perante o juízo cível. Na verdade, essa avaliação dos bens indicados para a hipoteca legal e a estimativa do prejuízo causado pelo delito, feitas no curso do procedimento de especialização da hipoteca legal, são importantes apenas para servir como teto para a inscrição do gravame real, impedindo, assim, que a medida recaia sobre bens mais (ou menos) valiosos do que realmente se necessita. Não por outro motivo, o próprio CPP estabelece que o valor da responsabilidade será liquidado definitivamente após a condenação, podendo ser requerido novo arbitramento se qualquer das partes não se conformar com o arbitramento anterior à sentença condenatória (art. 135, § 5º).[212]

Em seguida, por meio de decisão que deve obedecer aos requisitos do art. 381 do CPP, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX), deve o juiz deve indicar os nomes das partes, identificar o patrimônio de quem foi destacado bem imóvel e em favor de quem o foi, fazendo referência, ademais, ao total do débito garantido. À evidência, incumbe ao juiz autorizar a inscrição da hipoteca apenas sobre o imóvel (ou imóveis) necessário (s) à garantia da responsabilidade (CPP, art. 135, § 4º).

Contra a decisão do juiz que determina (ou não) a inscrição da hipoteca legal no Registro de Imóveis, cabe apelação, nos termos do art. 593, II, do CPP.[213] De todo modo, como essa apelação não é dotada de efeito suspensivo, é plenamente possível a impetração de mandado de segurança, *ex vi* do art. 5º, II, da Lei nº 12.016/09, desde que haja prova documental pré-constituída acerca do direito líquido e certo.

Levada a efeito a inscrição da hipoteca legal junto ao Registro de Imóveis com a expedição de mandado ao oficial competente, isso não significa dizer que o bem tenha se tornado inalienável. Na verdade, pelo menos em tese, continua sendo possível que o acusado venda o bem imóvel hipotecado. Porém, face a inscrição no Registro de Imóveis, o direito real de garantia passa a ser oponível *erga omnes*, gerando para o ofendido o direito de sequela e a excussão da coisa onerada, para se pagar, preferencialmente. Nesse momento, dar-se-á apenas a inscrição da indisponibilidade do bem no registro de imóveis, já que a liquidação ocorrerá apenas depois do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com a inscrição da hipoteca junto ao registro do imóvel, os autos correspondentes ao procedimento em análise devem permanecer no aguardo da conclusão do processo penal. Havendo o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, caberá ao ofendido requerer a liquidação da medida junto ao juízo cível.

28.3.5. Defesa.

Ao estudarmos a medida assecuratória do sequestro, vimos que a lei prevê a possibilidade de oposição de embargos por parte de terceiro estranho à infração penal (CPP, art. 129), do próprio acusado (CPP, art. 130, I), e de terceiro que

212. No sentido de que esse arbitramento do valor da responsabilidade do acusado, estimado para a garantia dos efeitos patrimoniais da sentença penal condenatória, constitui medida de caráter provisório que somente repercutirá no seu patrimônio no caso de condenação transitada em julgado: TRF4, ACR 2005.70.00.005045-3, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 11/07/2007.

213. A apelação do art. 593, II, do CPP, será cabível para desconstituir decisão definitiva que impõe cautelar penal típica – arresto, sequestro ou hipoteca legal –, após procedimento contraditório legal, ou mesmo ao fim dos competentes embargos. Nesse sentido: TRF/4ª, RSE 0000495-80.2010.404.7102, Sétima Turma, Relator Marcos Roberto Araujo dos Santos, D.E. 12/08/2010. No sentido do cabimento da apelação do art. 593, II, do CPP, para a impugnação do arresto prévio seguido de especialização da hipoteca legal de bens imóveis, haja vista o caráter definitivo da medida concedida: STJ, 5ª Turma, REsp 258.167/MA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 02/05/2002, DJ 10/06/2002.

comprou a coisa sequestrada do acusado, tendo-o feito de boa fé (CPP, art. 130, II).

Em sentido diverso, ao tratar da inscrição da hipoteca legal, nada diz o CPP acerca de instrumentos de defesa que possam vir a ser utilizados pela parte prejudicada. Sem embargo do aparente silêncio do CPP, há algumas possibilidades:

1) **Embargos de terceiro estranho à infração penal**: nos mesmos moldes que ocorre no sequestro, parece-nos ser plenamente possível a oposição de embargos de terceiro, quando atingidos bens, quota-parte ideal ou meação de terceiros, completamente estranhos à relação entre a vítima e o acusado. Nesse caso, os embargos devem ser opostos com fundamento no art. 674 do CPC[214]

2) **Substituição da hipoteca legal por caução:** a despeito da presença de todos os requisitos necessários para a especialização da hipoteca legal, o art. 135, § 6º, do CPP, prevê que, se o acusado oferecer caução suficiente, em dinheiro ou em títulos de dívida pública, pelo valor de sua cotação em Bolsa, poderá o juiz deixar de mandar *proceder à inscrição da hipoteca legal.* Interpretação literal do disposto no art. 135, § 6º, pode levar à conclusão (equivocada) de que essa substituição da hipoteca legal pela caução só poderia ocorrer antes de o juiz proceder à inscrição do gravame. No entanto, a nosso juízo, não há justificativa razoável para não se autorizar essa mesma substituição ainda que já tenha havido a inscrição da hipoteca legal. Com efeito, a depender do caso concreto (v.g., substituição da hipoteca legal por caução em dinheiro), essa substituição pode acabar se revelando muito mais conveniente aos interesses do ofendido. Diversamente do quanto disposto no art. 1.491 do Código Civil, que prevê que a hipoteca legal pode ser substituída por caução de títulos da dívida pública federal ou estadual, *recebidos pelo valor de sua cotação mínima no ano corrente*, o CPP faz referência aos títulos de dívida pública pelo valor de sua cotação em bolsa, isto é, deve ser levada em consideração a cotação do dia em que for prestada a caução. Quanto à obrigatoriedade de se aceitar (ou não) a substituição da hipoteca legal pela caução oferecida pelo acusado, estando os interesses do ofendido devidamente garantidos, não há qualquer faculdade conferida ao juiz, que se vê, nesse caso, obrigado a deferir a substituição;

3) **Oitiva das partes no curso do procedimento de especialização e inscrição da hipoteca legal:** segundo o art. 135, § 3º, do CPP, no curso do procedimento de inscrição da constrição, o juiz deve ouvir as partes no prazo de 2 (dois) dias, após a apresentação do laudo pericial. Essa regra acaba por assegurar o exercício do contraditório ao acusado, que poderá se valer dessa oportunidade não só para se insurgir contra o valor estimado para a reparação do dano e dos imóveis, como também para questionar a própria existência dos pressupostos indispensáveis para a concessão da medida pleiteada.

28.3.6. Finalização.

Uma vez levada a efeito a inscrição da hipoteca legal no Registro de Imóveis, e desde que não ocorra seu cancelamento (v.g., extinção da punibilidade ou absolvição do acusado), o procedimento incidental permanecerá sobrestado até o trânsito em julgado da decisão no processo penal a que responde o acusado.

De acordo com o art. 143 do CPP, passando em julgado sentença condenatória, que funciona como título executivo judicial (art. 515, VI, do CPC), os autos da hipoteca devem ser encaminhados e distribuídos a uma vara cível, aguardando-se as providências do ofendido. Reside aqui mais uma diferença entre o sequestro e a inscrição da hipoteca legal. Com efeito, enquanto todo o procedimento referente ao sequestro se dá perante o juízo penal (CPP, art. 133), a inscrição da hipoteca legal tem início perante o juízo criminal, mas se encerra no juízo cível, nos termos do art. 143 do CPP.

Como a inscrição da hipoteca legal no Registro de Imóveis não tem aptidão, *de per si*, para satisfazer o prejuízo causado pela infração penal, caberá ao ofendido tomar as iniciativas perante o juízo cível para promover a execução do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração já fixados no próprio decreto condenatório, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido (CPP, arts. 387, IV, e 63, parágrafo único).

Verificada a inadimplência do acusado nos autos da execução, dar-se-á expropriação do bem imóvel hipotecado, na ordem preferencial estabelecida no art. 825 do CPC: I – na adjudicação em favor do exequente; II – na alienação

214. No sentido de que eventuais quotistas alheios aos crimes sob apuração poderão discutir a constrição de seus patrimônios em sede de embargos de terceiros perante o Juízo competente: STJ, 6ª Turma, RMS 23.189/PR, Rel. Min. Jane Silva, j. 06/02/2009, DJe 02/03/2009.

por iniciativa particular; III – na alienação em hasta pública; IV – no usufruto de bem móvel ou imóvel.

Nada diz o CPP acerca do prazo que os bens devem permanecer hipotecados até que o acusado dê início à execução perante o juízo cível. A nosso ver, se a liquidação da medida corre perante o juízo cível, o prazo para o início da execução deve ser buscado na legislação processual civil. Assim, caso a execução não seja requerida no prazo de 6 (seis) meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido do interessado.

Noutro giro, se for proferida sentença absolutória ou declaratória extintiva da punibilidade, a hipoteca deve ser cancelada, independentemente do trânsito em julgado (CPP, art. 141).[215]

Considerando-se que a medida cautelar tem natureza acessória, seguindo a sorte do principal, e tendo em conta que a finalidade da inscrição da hipoteca legal é garantir o êxito de futura execução de sentença penal condenatória, se o acusado for absolvido ou se for declarada extinta a punibilidade, o gravame real firmado sobre o bem imóvel do acusado deve ser cancelado.

Isso, no entanto, não significa dizer que ao acusado estará vedada a possibilidade de buscar no cível o ressarcimento dos prejuízos causados pelo delito. De fato, como visto anteriormente, a decisão que declara extinta a punibilidade não impede a propositura da ação indenizatória no âmbito cível, tal qual disposto no art. 67, II, do CPP. Raciocínio semelhante se aplica à sentença absolutória, salvo nos casos em que o acusado for absolvido em face do reconhecimento categórico da inexistência do fato delituoso ou por estar provado não ter ele concorrido para a infração penal (CPP, art. 386, I e IV), hipótese em que a decisão fará coisa julgada na esfera cível, inviabilizando a propositura de ação ordinária de indenização.

28.4. Arresto prévio (ou preventivo).

De acordo com o art. 136 do CPP, o arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal. Na redação original do CPP, essa medida era equivocadamente denominada de "sequestro prévio". Felizmente, a Lei nº 11.435/06 substituiu o termo *sequestro* por *arresto*.

Como visto no tópico anterior, o procedimento pertinente à inscrição da hipoteca legal é extremamente complexo e moroso. Apesar de se tratar de medida cautelar, há necessidade de uma petição inicial, com uma estimativa do prejuízo causado pela infração penal, assim como uma relação dos imóveis de propriedade do acusado. Depois, haverá a designação de um perito para arbitrar o valor da responsabilidade e avaliar os imóveis indicados. Na sequência, as partes serão ouvidas, ocasião em que poderão impugnar os valores fixados pelo perito. O juiz, então, poderá corrigir o valor da responsabilidade, se lhe parecer que o montante é por demais excessivo ou deficiente, autorizando, enfim, a inscrição da hipoteca apenas sobre o(s) imóvel(is) necessário(s) à garantia da responsabilidade.

À evidência, ante a complexidade desse procedimento, existe a possibilidade concreta de que a demora para a inscrição da hipoteca legal possa vir a prejudicar a eficácia da medida cautelar. Daí o motivo pelo qual o art. 136 do CPP prevê a possibilidade de ser decretado o arresto do imóvel *de início*, ou seja, em momento anterior à deflagração do procedimento pertinente à inscrição da hipoteca legal.

Esse arresto prévio do bem imóvel a que se refere o art. 136 do CPP funciona, portanto, como uma medida preparatória da inscrição da hipoteca legal, de natureza pré-cautelar, cuja finalidade é tornar os bens imóveis do acusado inalienáveis durante o lapso temporal necessário à tramitação do pedido de registro do gravame real.[216]

Destarte, como adverte Mirabete, quaisquer bens imóveis do acusado poderão ser arrestados, para posteriormente ser objeto de especificação e registro, não se confundindo a medida em pauta com o sequestro previsto no art. 125, que se refere somente aos bens adquiridos com os proventos da infração.[217]

Não há referência expressa no CPP acerca da legitimidade para requerer o arresto prévio. Porém, por meio de interpretação sistemática, como se trata de medida que visa acautelar bens imóveis

215. Ao tratarmos do levantamento do sequestro, verificamos que não há necessidade do trânsito em julgado da sentença absolutória e da decisão declaratória da extinção da punibilidade, a despeito da redação do art. 131, III, do CPP. O mesmo raciocínio é aplicável à hipoteca legal e ao arresto, não obstante o teor do art. 141 do CPP. Para evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao referido tópico.

216. Nessa linha: AVENA. Op. cit. p. 433.

217. Op. cit. p. 237.

para futura especialização e registro da hipoteca legal, o ideal é entender que a legitimidade para ambas as medidas é idêntica, abrangendo apenas o ofendido.

Esse arresto prévio deve ser promovido perante o juízo criminal, cabendo ao interessado convencer o juízo acerca da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com a ressalva de que, diversamente do procedimento pertinente à inscrição da hipoteca legal, não há necessidade de estimação do dano causado pela infração penal, nem tampouco do valor dos bens cujo arresto é pleiteado. Como se percebe, o arresto prévio depende dos mesmos pressupostos necessários para a inscrição da hipoteca legal, aos quais se acrescenta uma urgência excepcional, caracterizada pelo risco de perda do bem imóvel durante o curso do procedimento de especialização do gravame real.

Apesar de o Código de Processo Penal não ser claro nesse sentido, prevalece o entendimento de que o arresto prévio é cabível na fase investigatória e durante o curso do processo penal, valendo esse mesmo raciocínio para o arresto subsidiário de bens móveis. O arresto do art. 136 do CPP, justamente por funcionar como uma medida subsidiária em relação à especialização e registro da hipoteca legal, deve ser cabível na fase investigatória, exatamente o período em que esta não é cabível. Por isso mesmo, há previsão legal de um prazo de eficácia da medida – 15 (quinze) dias – para que seja promovida a inscrição da hipoteca legal.

Durante o processamento do arresto prévio, não é cabível a oposição dos embargos de que cuida o art. 130 do CPP, visto que se trata de instrumento destinado exclusivamente ao sequestro. Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, a via impugnativa dos embargos, prevista no art. 130 do CPP, é cabível no caso de o sequestro recair sobre bens imóveis adquiridos com os proventos da infração, medida constritiva prevista no art. 125 do mesmo diploma processual. Logo, mostra-se inviável o oferecimento dos embargos previstos no art. 130, I, do CPP, contra o arresto prévio a que se refere o art. 136 do CPP, que tem natureza de garantia à hipoteca legal (art. 134 do CPP) e que atinge quaisquer bens imóveis do réu para assegurar posterior especialização e inscrição desses bens.[218]

Ademais, em se tratando de decisão inicial de arresto provisório (CPP, art. 136), ainda pendente de especialização e manifestação das partes, bem como de decisão final definitiva, não se afigura cabível a interposição de apelação, visto que, por força do art. 593, II, do CPP, tal recurso só pode ser interposto contra decisões com força de definitivas.[219]

Uma vez deferido o arresto prévio (ou preventivo), o art. 136, *in fine*, do CPP prevê que, na hipótese de o processo de inscrição da hipoteca legal não ser promovido em até 15 (quinze) dias, dar-se-á a revogação da medida. Tendo em conta que o objetivo do arresto prévio é assegurar a eficácia de ulterior inscrição da hipoteca legal, a desídia do ofendido em levar adiante este procedimento acarretará o cancelamento do gravame de inalienabilidade, restaurando-se o *status quo*. Na mesma linha, uma vez levantado o arresto prévio por não ter sido promovido o processo de registro dentro do prazo de 15 (quinze) dias, o juiz não poderá atender a outro pedido de arresto prévio à hipoteca legal.

28.5. Arresto subsidiário de bens móveis.

De acordo com o art. 137 do CPP, se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis.

Este arresto subsidiário de bens móveis previsto no art. 137 do CPP não se confunde com o arresto prévio a que se refere o art. 136. O arresto prévio do art. 136 do CPP funciona como medida pré-cautelar incidente apenas sobre bem imóvel, cujo objetivo precípuo é assegurar a eficácia de ulterior procedimento de inscrição da hipoteca legal. Em sentido diverso, o arresto subsidiário de bens móveis a que se refere o art. 137 não é destinado a assegurar os imóveis que serão objeto de hipoteca, assemelhando-se, na verdade, à própria inscrição da hipoteca legal prevista no art. 134 do CPP, com a ressalva de que, ao contrário dela, recai apenas sobre bens móveis

218. STJ, 5ª Turma, RMS 14.465/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/03/2005, DJ 09/05/2005 p. 433.

219. Nesse sentido: TRF/4ª, RSE 0000495-80.2010.404.7102, Sétima Turma, Relator Marcos Roberto Araujo dos Santos, D.E. 12/08/2010.

de origem lícita pertencentes ao acusado.[220] Em síntese, pode-se dizer que o arresto prévio a que se refere o art. 136 do CPP tende a ser substituído pelo registro da hipoteca legal, ao passo que o arresto subsidiário de bens móveis previsto no art. 137 do CPP será convertido em penhora na fase de execução.

Além da insuficiência de bens imóveis do acusado, o arresto subsidiário de bens móveis a que se refere o art. 137 do CPP tem seu deferimento condicionado à demonstração dos mesmos requisitos afetos à inscrição da hipoteca legal. Ao dizer, na parte final do art. 137, que tal medida deve ser feita nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis, o legislador quis dizer que o arresto subsidiário está sujeito aos mesmos pressupostos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e às mesmas condições de legitimidade e de oportunidade que o pedido de especialização e inscrição da hipoteca legal dos imóveis.

Por isso, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, fazemos opção por destacar apenas as diferenças existentes entre a inscrição da hipoteca legal e o arresto subsidiário previsto no art. 137 do CPP, a saber:

1) Caráter subsidiário (ou residual) em relação à hipoteca legal: o art. 137 do CPP é categórico ao dizer que os bens móveis só poderão ser arrestados se o acusado não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente. Como se percebe, o arresto do art. 137 do CPP tem natureza residual, ou seja, só deve ser utilizado se a inscrição da hipoteca legal não for suficiente, por si só, para resguardar os interesses do ofendido. Daí a razão de ser chamado de *arresto subsidiário*. Logo, estimado o prejuízo causado pelo delito em R$ 100.000,00 (cem mil reais), se forem hipotecados bens imóveis do acusado avaliados em R$ 80.000 (oitenta mil reais), é possível que o saldo descoberto seja resguardado por arresto de bens móveis até o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Se comparado com o procedimento pertinente à inscrição da hipoteca legal, temos aqui um requisito procedimental a mais, na medida em que se exige do autor a demonstração, na inicial do arresto subsidiário, da impossibilidade de se proceder àquela outra medida, seja porque o acusado não dispõe de bens imóveis, seja porque o valor dos bens imóveis de que dispõe são insuficientes para responder pelo prejuízo causado pela infração penal. Sobre a dificuldade de se comprovar essa insuficiência de bens imóveis registrados em nome do acusado, a doutrina adverte que "é virtualmente impossível provar que alguém não possui bens imóveis, pois ele pode possui-los em outro Estado – ou até em outro país. A declaração de bens, entregue à Receita Federal, nem sempre é completa e, o mais das vezes, é inacessível ao ofendido pela infração penal. Impor-lhe uma *probatio diabólica* desse gênero seria absurdo. Logo, o mais razoável é admitir-se uma mitigação do requisito e entender-se que o requerente há de provar que o criminoso não possui bens imóveis ou os possui de valor insuficiente, no seu domicílio. Feita essa prova, com as demais válidas para hipoteca legal, há que se deferir o *arresto subsidiário*";[221]

2) Depósito ou alienação dos bens fungíveis e facilmente deterioráveis: segundo o art. 137, § 1º, do CPP, se os bens móveis arrestados forem coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, proceder-se-á na forma do § 5º do art. 120, dispositivo este que prevê duas possibilidades:

2.1) os bens podem ser entregues em regime de depósito ao próprio acusado ou ser encaminhados a terceiros nomeados pela autoridade judiciária. Como estabelece o art. 139 do CPP, o depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil (arts. 159 a 161 do CPC);

2.2) tratando-se de coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, é possível que os bens sejam avaliados e levados a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado. Para além disso, nos mesmos moldes do que ocorre com o sequestro de bens móveis, se possível, a medida constritiva pode ser registrada em órgãos próprios de registro, tal qual se dá com veículos automotores, em que a inscrição pode ser feita junto ao Detran.

3) Suscetibilidade de penhora: o art. 137 do CPP prevê que somente poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora. Os bens impenhoráveis estão previstos no art. 649 do Código Civil. Nesse ponto, especial atenção deve ser dispensada a uma aparente contradição entre o disposto no

220. Como destaca Tourinho Filho, os bens móveis sujeitos ao arresto subsidiário não podem consistir no produto ou no instrumento do crime, ou ainda naqueles que tiverem sido adquiridos com os proventos da infração. Para estes, as medidas são outras: a busca e apreensão e o sequestro. (*Processo penal*. Vol. 3. 31ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 44).

221. RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 309.

art. 137 do CPP e o quanto previsto no art. 3º, VI, da Lei nº 8.009/90. Este último dispositivo prevê que a impenhorabilidade do bem de família não é oponível em se tratando de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Logo, em se tratando de medidas cautelares patrimoniais que visam assegurar o ressarcimento do prejuízo causado pelo delito, tais medidas podem recair inclusive sobre o bem de família. No entanto, ao tratar do arresto dos bens móveis, o art. 137 do CPP foi expresso: não se admite o arresto de bens móveis insuscetíveis de penhora. Portanto, diversamente das demais medidas cautelares anteriormente estudadas – sequestro, inscrição da hipoteca legal e arresto prévio –, o arresto a que se refere o art. 137 do CPP não pode recair sobre bem móvel de família que guarnece a casa (Lei nº 8.009/90, art. 1º, parágrafo único), porquanto tais objetos são impenhoráveis;[222]

4) Fornecimento de recursos para a manutenção do acusado e de sua família: de acordo com o art. 137, § 2º, do CPP, das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz, para a manutenção do indiciado e de sua família. Na hipoteca legal, a despeito da inscrição do gravame real no Registro de Imóveis, o acusado mantém a posse do bem imóvel, podendo, portanto, perceber frutos e rendimentos. No arresto subsidiário a que se refere o art. 137 do CPP, é possível que um terceiro seja nomeado como depositário dos bens móveis arrestados. Há necessidade, pois, de se contemplar as necessidades mínimas do acusado e de sua família. Daí por que há previsão legal autorizando o juiz a destinar recursos das rendas dos bens móveis arrestados para a subsistência do acusado;

5) Arresto prévio como medida pré-cautelar preparatória do arresto: como visto anteriormente, o art. 136 do CPP refere-se ao arresto prévio de bens imóveis como medida pré-cautelar destinada a assegurar a eficácia apenas de ulterior inscrição de hipoteca legal. Nada diz acerca da possibilidade de sua utilização de modo a assegurar a eficácia do arresto previsto no art. 137 do CPP. Não obstante, prevalece o entendimento no sentido de que o arresto prévio do art. 136 do CPP também pode ser utilizado de modo a assegurar a eficácia do arresto de bens móveis a que se refere o art. 137 do CPP. A uma porque, considerando que o arresto do art. 137 está submetido ao mesmo procedimento moroso da inscrição da hipoteca legal, sua eficácia também pode restar comprometida se não houver uma medida pré-cautelar capaz de resguardar os bens móveis sobre os quais irá recair o ulterior arresto. Em segundo lugar, em se tratando de bens móveis, ante a maior facilidade de transferência do domínio, que geralmente ocorre por força de simples tradição, é evidente que o risco de alienação do bem móvel enquanto tramita o procedimento do arresto é bem maior do que aquele atinente à inscrição da hipoteca legal sobre bens imóveis. Ademais, convém notar que o próprio art. 137 do CPP, ao cuidar do arresto dos bens móveis insuscetíveis de penhora, prevê que a medida deve ser executada nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis. Ora, considerando a possibilidade de utilização do arresto prévio de modo a assegurar a eficácia do registro da hipoteca legal, não há motivo para não se deferir idêntico instrumento a fim de se tentar inviabilizar que o acusado consiga promover a alienação prematura e fraudulenta dos bens móveis pretendidos pelo arresto.[223]

28.6. Apreensão.

Apesar de comumente citadas como se fossem uma coisa só – busca e apreensão –, a busca não se confunde com a apreensão. A busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa. Não é de todo impossível que ocorra uma busca sem apreensão, e vice-versa. Deveras, pode restar frustrada uma diligência de busca, não se logrando êxito na localização do que se procurava. De seu turno, nada impede que uma apreensão seja realizada sem prévia medida de busca, quando, por exemplo, o objeto é entregue de maneira voluntária à autoridade policial.

Em sua redação original, o art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613/98 fazia referência expressa à *apreensão* e ao sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos

222. De se lembrar que, consoante dispõe a súmula nº 486 do STJ, "é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família". Outrossim, o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas (súmula n. 364 do STJ).

223. Nesse contexto: AVENA. Op. cit. p. 435.

crimes de lavagem de capitais. Com as mudanças produzidas pela Lei nº 12.683/12, a nova redação do art. 4º deixa de fazer referência a uma medida específica, prevendo apenas a possibilidade de decretação de medidas assecuratórias.

Como a apreensão não pode ser rotulada como medida cautelar *patrimonial* propriamente dita, poder-se-ia pensar que não mais seria possível sua utilização em relação aos crimes de lavagem de capitais. Todavia, na medida em que o art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, faz menção expressa à possibilidade de incidência dessas medidas assecuratórias sobre os instrumentos e sobre o produto direto ou indireto dos crimes de lavagem de capitais e da infração antecedente, é evidente que a apreensão continua sendo cabível, visto que é ela a medida adequada para a apreensão dos instrumentos do crime e de bens móveis que sejam produto direto do crime. Afinal, esta medida possui dupla finalidade: busca de meios de prova ou apreensão do produto direto do crime.[224]

De mais a mais, apesar de o art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, não mais se referir expressamente acerca da apreensão, é a própria Lei de Lavagem em seu art. 17-A que admite a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal. Logo, é perfeitamente possível a apreensão de bens móveis que sejam produto direto do crime (CPP, art. 240, § 1º, "b"), que, com o trânsito em julgado de sentença condenatória, serão atingidos pelos confisco (CP, art. 91, II), como também instrumentos utilizados para a prática da lavagem de capitais.

De se lembrar que é possível a apreensão de quaisquer objetos que guardem relação com o fato delituoso, pouco importando sua origem lícita ou ilícita. A lei enumera como coisas que podem ser apreendidas: as achadas ou obtidas por meios criminosos; instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; armas de munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; objetos necessários à prova de infração ou à defesa do acusado; cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato (CPP, art. 240, § 1º).

Para que a apreensão seja considerada lícita, há de se ficar atento aos requisitos de cada modalidade específica:

a) a busca pessoal independe de prévia autorização judicial quando realizada sobre o indivíduo que está sendo preso, quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam o corpo de delito, assim como na hipótese de cumprimento de mandado de busca domiciliar (CPP, art. 244). A busca por objetos em interior de veículo de propriedade do investigado fundada no receio de que a pessoa esteja na posse de material que possa constituir corpo de delito também independe de prévia autorização judicial, salvo nos casos em que o veículo é utilizado para moradia, como é o caso de cabines de caminhão, barcos, trailers;[225]

b) A busca domiciliar está condicionada à observância do art. 5º, XI, da Constituição Federal, segundo o qual a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Não há justificativa para o acompanhamento da mídia aos atos de busca e apreensão, notadamente em tempo real. Portanto, é recomendável que o mandado de busca e apresnão determine que a polícia se abstenha de convocar a imprensa e observe a discrição necessária no seu cumprimento. Por mais que, nesse caso, a exposição indevida da intimidade e da vida privada das pessoas não torne o ato viciado e nem acarrete a ilicitude da prova obtida, poderá gerar indenizações e responsabilidades dos agentes envolvidos. De mais a mais, o cumprimento dos mandados em órgãos públicos deve manter a discrição necessária, evitando-se, pelo menos em regra, o uso de armamento ostensivo.

De se notar que não podem ser apreendidas as coisas e valores adquiridos com os proventos da infração (produto indireto): a) mediante sucessiva

224. A apreensão pode, eventualmente, acarretar a preservação de elementos sensíveis da infração penal. Em certas situações, traz consigo indícios do fato delituoso, muito embora tal fato jamais baste para lhe dar exclusiva natureza de meio de prova. O apossamento de prova material não lhe esgota a essência, também. A eventual necessidade de apreender-se, com urgência, coisa ou pessoa, de igual modo, não autoriza, só por isso, classificar a apreensão qual medida cautelar, daí afirmar-se que tem natureza variada. Nesse sentido, segundo Cleunice Bastos Pitombo (*Da busca e apreensão no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 230), a apreensão, no processo penal, apresenta natureza jurídica variada, multifária. A sua classificação vincula-se à função que se lhe der. Ora é tida como medida cautelar, ora como meio de prova e outras vezes como instrumento de sua obtenção.

225. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, HC 216.437/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/9/2012.

especificação (joias feitas a partir do ouro subtraído, etc.); b) mediante alienação (dinheiro correspondente à venda da coisa furtada). Diversamente do que se dá com o produto direto do crime (v.g., carro furtado), que pode ser apreendido, o produto indireto da infração penal é passível de sequestro, nos termos dos arts. 125 a 132 do CPP. Assim, enquanto o dinheiro subtraído da vítima pode ser objeto de apreensão, a motocicleta comprada com essa quantia será objeto de sequestro (CPP, art. 132). Não obstante, na hipótese de haver indevida apreensão do produto indireto da infração penal, nada impede que o juiz faça a conversão desta medida em sequestro.[226]

Em relação à busca e apreensão em escritório de advocacia (ou mesmo nas hipóteses de escritório residencial, mas desde que o fato delituoso esteja relacionado ao exercício da advocacia), de acordo com o art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.906/94, com redação dada pela Lei nº 11.767/08, a diligência, além de prévia autorização judicial decretada com base em indícios e materialidade da prática de crime por parte de advogado, com mandado de busca e apreensão específico e pormenorizado, também demanda a presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesse caso de busca e apreensão em escritório de advocacia, é vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes, salvo se tais clientes também estiverem sendo formalmente investigados como partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade (Lei nº 8.906/94, art. 7º, §§ 6º e 7º). Logo, se o agente não estava sendo formalmente investigado e o crime então apurado não guardava relação com o crime que deu origem à cautelar de busca e apreensão, devem ser desentranhados os documentos obtidos por meio de busca e apreensão no escritório de seu advogado.[227]

É bem verdade que o referido dispositivo, em sua redação original, teve sua eficácia suspensa em decisão cautelar na apreciação da ADI 1.105/DF e ADI 1.127-8/DF. No entanto, retomado o julgamento em 17 de maio de 2006 (*informativo nº 427 do Supremo Tribunal Federal*), concluiu-se por sua constitucionalidade, sob o fundamento de que o âmbito material da inviolabilidade não elide o art. 5º, XII, da CF, e que a exigência do acompanhamento da diligência ficará suplantada, não gerando ilicitude da prova resultante da apreensão, a partir do momento em que a OAB, instada em caráter confidencial e cientificada com as cautelas próprias, deixar de indicar o representante.[228]

Portanto, mandado judicial de busca e apreensão em escritório de advocacia não pode ser expedido de modo genérico, em aberto, sem objeto definido, mas sim de forma delimitada, restrita ou fechada, mesmo sendo o advogado investigado. Com base nesse entendimento, a 2ª Turma do Supremo deferiu habeas corpus para declarar a ilicitude de provas apreendidas em escritório de advocacia, porquanto o endereço anotado no mandado era o da residência do investigado, demandando a busca e apreensão em escritório de advocacia uma especificidade muito maior, que não fora observada.[229]

28.6.1. Defesas contra a apreensão.

Pelo menos em regra, uma vez cumprida a finalidade da apreensão, as coisas apreendidas devem ser restituídas a quem de direito. Porém, por força de lei, não será possível a restituição dos objetos apreendidos nas seguintes hipóteses:

a) **enquanto interessarem à persecução penal**: segundo o art. 118 do CPP, antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Apesar de o dispositivo fazer uso da

226. Como o ofendido não é obrigado a ficar com o provento da infração, merecendo receber de volta o dinheiro que lhe foi tomado, incumbe ao Estado determinar a venda de tais bens, em leilão público, visando à futura satisfação da parte lesada.

227. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 227.799/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 10/04/2012.

228. De acordo com o enunciado 21 do I Fórum Nacional dos Juizés Federais Criminais (FONACRIM), "é válida a busca e apreensão em escritório de advocacia se a OAB, comunicada da diligência, não indica representante em tempo hábil". Na denominada Operação "Teníase", foram expedidos sete mandados de busca a serem realizados em escritórios de advocacia, com a determinação de comunicação à OAB, para acompanhar a execução da ordem. Às cinco da manhã, a autoridade policial comunicou à OAB e solicitou a imediata indicação de sete advogados para acompanhar a execução das ordens, que teriam início às sete horas da manhã do mesmo dia. A OAB conseguiu indicar apenas quatro representantes. A autoridade policial, entretanto, cumpriu todos os mandados de busca e apreensão, sendo três realizdas sem o acompanhamento do representante da OAB. Apesar de nos parecer que a diligência fora realizada nos moldes preconizados pelo STF no julgamento da ADI 1.127, porquanto houve a comunicação à OAB, que, no entanto, quedou-se inerte quanto à indicação do representante, o TRF da 2ª Região declarou a ilicitude das provas obtidas nos (três) escritórios em que a diligência não foi acompanhada por representante da OAB: TRF 2ª Região, 1ª Turma, AP 0802119-43.2011.4.02.5101, Rel. Paulo Espirito Santo, j. 08/05/2012.

229. STF, 2ª Turma, HC 91.610/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/06/2010, DJe 200 21/10/2010.

palavra "processo", é evidente que essa vedação à restituição da coisa apreendida abrange tanto a fase investigatória quanto a fase judicial da persecução penal. Exemplificando, se determinada pessoa foi encontrada morta a tiros no interior de um veículo automotor, que havia sido anteriormente furtado, é evidente que a restituição somente será possível ao legítimo proprietário após a realização do trabalho pericial em busca de vestígios de pólvora, resíduos de sangue, impressões digitais, etc. Portanto, enquanto for útil à persecução penal, não será possível a devolução da coisa apreendida, ainda que tal bem pertença a terceiro de boa-fé e não seja coisa de posse ilícita. Apesar de o art. 118 do CPP referir-se ao trânsito em julgado da *sentença final*, esta *sentença* a que se refere o dispositivo não deve ser compreendida necessariamente como sentença de mérito, visto que as decisões interlocutórias com força de definitiva, que põem termo ao processo, como a impronúncia, também podem acarretar a devolução das coisas apreendidas. Raciocínio semelhante também se aplica à decisão declaratória extintiva da punibilidade, arquivamento do inquérito policial e rejeição da peça acusatória;[230]

b) **instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*), desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito**: de acordo com o art. 119 do CPP, os objetos a que se refere o art. 91, II, "a", do CP, ou seja, os instrumentos do crime, desde que seu fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, não poderão ser restituídos, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.[231] Como se percebe, no tocante aos instrumentos do crime, a restituição será vedada apenas na hipótese de objeto proibido ou que se encontre em situação de ilegalidade no momento da prática delituosa. Ademais, deve ser respeitado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. Exemplificando, possamos supor que alguém tenha cometido um crime valendo-se de uma arma de fogo, em relação à qual não possuía o devido porte e registro, sendo condenado por decisão condenatória transitada em julgado. Como a arma estava em situação de ilegalidade à época do crime, não será possível sua restituição. Noutro giro, se a arma utilizada pelo agente fora anteriormente subtraída de alguém que tinha o porte e o registro, deve ser respeitado o direito do terceiro de boa-fé, daí por que é possível a restituição da coisa, a partir do momento em que não mais interessar à persecução penal. Por fim, se a posse do instrumento utilizado para a prática do delito não constituir fato ilícito, nada impede que o bem seja restituído, desde que não mais interesse à persecução penal (v.g., computador utilizado para a prática de determinado ilícito). Também não será possível a restituição da coisa, objeto do crime, cujo fabrico, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Por exemplo, as cédulas falsas apreendidas com o agente não lhe serão restituídas, ainda que absolvido ao final do processo; a maconha apreendida com o agente não será devolvida aos seus herdeiros, ainda que operada a extinção da punibilidade em virtude da morte no curso da persecução penal;

c) **qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso**: segundo o art. 119 do CPP, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé, não poderá ser restituído, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, o produto do crime ou qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato delituoso (CP, art. 91, II, "b"). Como se percebe, a vedação à restituição guarda relação com o produto direto e indireto da infração penal. Produto direto do crime (*producta sceleris*) é o resultado imediato da operação delinquencial. São os bens que chegam às mãos do criminoso como resultado direto do crime: objeto furtado (art. 155, *caput*, do CP), dinheiro obtido com a prática da corrupção passiva (art. 317, *caput*, do CP), ou o dinheiro obtido com a venda da droga (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006). Esse produto direto do crime não pode ser restituído ao autor do fato delituoso em hipótese alguma. No entanto, não interessando mais à persecução penal, e desde que não haja dúvida quanto ao direito do reclamante, tais bens podem ser restituídos ao seu legítimo dono. Produto indireto ou proveito da infração (*fructus sceleris*) configura o resultado mediato do delito, ou seja, trata-se do proveito obtido pelo criminoso como resultado da utilização econômica do produto direto da infração penal (e.g., dinheiro obtido com a venda do objeto furtado, veículos ou imóveis adquiridos

230. Nesse contexto: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 224-5.

231. Como observa Nucci (op. cit. p. 361), "a expressão *crime*, constante do art. 91, II, do Código Penal, admite interpretação extensiva, abrangendo *contravenção penal*, como tem interpretado majoritariamente a jurisprudência".

com o dinheiro obtido com a venda de drogas etc.). De modo a se evitar que o agente venha a se locupletar indevidamente da renda obtida com a prática delituosa e, levando-se em consideração que tais bens serão objeto de ulterior confisco, não se afigura possível a restituição do produto direto e indireto da infração penal. Todavia, diante da ressalva feita pelo próprio art. 119 do CPP, o bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática delituosa pode ser restituído ao lesado ou ao terceiro de boa-fé;

d) **quando houver dúvida quanto ao direito do reclamante**: interpretando-se *a contrario sensu* o art. 118 do CPP, conclui-se que as coisas apreendidas que não mais interessarem ao processo podem ser restituídas ainda durante o curso das investigações, mas desde que não haja dúvida quanto ao direito do interessado. Portanto, quando cabível, a restituição poderá ser ordenada pela autoridade policial ou pelo juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante (CPP, art. 120, *caput*). Nesse caso, quando certa a propriedade da coisa apreendida, não interessando mais à persecução penal, será possível a restituição a quem de direito, sem necessidade de procedimento incidental em apartado. Legitimados a pedir a restituição da coisa são o próprio investigado (acusado), a vítima ou terceiro não interessado no deslinde do processo, mas unicamente na devolução de bem que julga lhe pertencer. Restituída a coisa, deve ser lavrado o termo de restituição, devolução ou entrega. Havendo dúvidas quanto ao direito do reclamante, ou se a apreensão tiver sido feita em poder de terceiro de boa-fé (v.g., coisa furtada passada a terceiro, que não teria condições de avaliar a origem do bem), o CPP prevê a possibilidade de instauração de um processo incidental de modo a solucionar a controvérsia, o qual será objeto de nosso estudo na sequência;

e) **sem o comparecimento pessoal do acusado**: segundo o art. 60, § 3º, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) e o art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais), em relação aos bens que tiverem sido apreendidos em razão dos crimes tipificados por tais diplomas legais, nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

28.6.2. Destinação das coisas apreendidas não restituídas.

Consoante disposto no art. 122 do CPP, com redação determinada pelo Pacote Anticrime, sem prejuízo de eventual restituição, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do art. 133 do CPP.

Inicialmente, convém destacar que há certas coisas aparentemente ilícitas que podem ser vendidas em leilão, como alguns tipos de armas que interessam a colecionadores; outras, todavia, como drogas, devem ser incineradas. O dinheiro apurado da venda de bens será recolhido ao Tesouro Nacional, ressalvado o *quantum* que couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

Apreendidos instrumentos do crime cuja posse constitua fato ilícito, a consequência também será sua perda em favor da União. Com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, essa perda será automática. A restituição não será possível sequer na hipótese de arquivamento do inquérito policial, extinção da punibilidade ou prolação de decreto absolutório, *ex vi* dos arts. 119, 122 e 124 do CPP.

Atente-se que, segundo o art. 124 do CPP, os instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e as coisas confiscadas serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação.

Na hipótese de as coisas apreendidas não estarem sujeitas ao confisco, se, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data em que transitar em julgado a sentença final, condenatória ou absolutória, os objetos apreendidos não forem reclamados ou não pertencerem ao acusado, serão vendidos em leilão, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes (CPP, art. 123). Esse mesmo dispositivo é aplicado às hipóteses de arquivamento do inquérito ou decisão declaratória extintiva da punibilidade.

28.6.3. Procedimento da restituição de coisas apreendidas.

Como visto anteriormente, se a coisa apreendida não mais interessar ao processo, poderá ser restituída inclusive durante o curso das investigações, desde que não haja dúvidas em relação ao direito do interessado. Nessa hipótese, o que se tem é um simples pedido, que pode ser formulado perante a autoridade policial, durante

as investigações, ou perante o juiz, no curso do processo penal. Não há necessidade de autuação em apartado.

Esse pedido tem por objeto os instrumentos do crime, o produto do crime e as coisas destinadas à prova que tenham sido apreendidas no curso do inquérito ou da ação penal. Em regra, a restituição deve ser requerida pelo proprietário da coisa. No entanto, o possuidor que legitimamente a detinha também terá legitimidade para requerê-la, se contra isso não se insurgir terceiro que se diga proprietário ou possuidor. Nessa categoria podem ser incluídos o investigado ou acusado, o lesado e o terceiro de boa-fé.

A restituição de coisa apreendida pode ser feita desde a instauração do inquérito policial – logicamente, depois da apreensão da coisa –, até 90 (noventa) dias após o trânsito em julgado (CPP, art. 123). Apesar de o art. 118 do CPP dispor que "antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo", do que se poderia concluir que a restituição somente pudesse ser requerida até o trânsito em julgado, não se pode perder de vista que o art. 121 do CPP demonstra que a medida pode ser pleiteada mesmo após o trânsito em julgado. Em síntese, até o trânsito em julgado, será cabível o pedido de restituição, desde que a coisa não mais interesse ao processo. No entanto, uma vez extinto o feito, caso a coisa apreendida não seja passível de perdimento (CP, art. 91, II, c/c art. 119 do CPP), não mais haverá interesse na manutenção da apreensão. Logo, será cabível a restituição mesmo após o trânsito em julgado, desde que ainda não tenha sido realizada a venda dos bens em leilão público (CPP, arts. 122 e 133, ambos com redação determinada pela Lei n. 13.964/19). Se a restituição não for requerida, ainda que se trate de coisa cujo uso, porte ou fabrico seja lícito, haverá a perda em favor da União.

Demonstrando-se que a coisa apreendida não mais interessa ao processo, que não se trata de objeto cuja restituição é vedada (CPP, art. 119), e não havendo dúvidas quanto ao direito do reclamante, tanto a autoridade policial quanto o juiz poderão deferir a devolução dos objetos. A título de exemplo, supondo que um veículo automotor tenha sido roubado na cidade de São Paulo, uma vez efetuada a prisão em flagrante do agente, seguida da apreensão da *res*, a restituição poderá ser feita de imediato pela própria autoridade policial mediante a apresentação do certificado de licenciamento e registro do veículo e do documento de identidade do proprietário, hipótese em que deve ser lavrado o termo de restituição.

No entanto, se houver dúvida quanto ao direito do reclamante, a devolução das coisas apreendidas deve ser solucionada por meio de um procedimento incidental próprio perante o juízo competente, denominado de *restituição de coisas apreendidas* (CPP, arts. 118 a 124). Nesse caso, os objetos ficarão em custódia ou depósito, pelo menos até que a controvérsia seja dirimida por decisão definitiva.

Como se percebe, diversamente do pedido de restituição anteriormente estudado, esse incidente de restituição consiste em verdadeiro procedimento instaurado perante a autoridade jurisdicional, com ampla atividade instrutória, cujo objetivo é determinar quem é o verdadeiro dono da coisa. Sua instauração somente é possível a partir de determinação judicial, o que pode se dar *ex officio*, ou em virtude de requerimento da autoridade policial, no curso das investigações, ou da própria pessoa interessada, seja durante o inquérito policial, seja durante o curso do processo.

Esse procedimento incidental de restituição de coisa apreendida a que se refere os arts. 118 a 124 do CPP somente será apreciado por um juízo criminal quando a apreensão de tais objetos estiver relacionada a algum inquérito policial ou processo penal que vise à apuração de crime ou contravenção. Logo, em se tratando de apreensão de objeto em virtude do exercício do poder de polícia do Estado (v.g., apreensão de veículo automotor em fiscalização de trânsito), a competência para apreciar eventual pedido de restituição deve recair sobre o juízo cível.[232]

Devidamente autuado em apartado, esse incidente de restituição de coisas apreendidas será necessário em duas hipóteses:

1) Quando houver dúvida quanto ao direito do reclamante: nesse caso, o pedido de restituição deve ser autuado em apartado, assinando-se ao

232. Em caso concreto referente à apreensão de animais silvestres apreendidos pela Polícia Federal concomitantemente à atuação administrativa do Ibama, ordenada por juízo federal, concluiu o STJ que a competência para a apreciação do pedido de restituição seria do mesmo juízo que ordenara o cumprimento da diligência, até mesmo para que tal magistrado pudesse verificar se os bens seriam (ou não) produto de crimes ambientais: STJ, 3ª Seção, CC 115.000/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/04/2011, DJe 30/05/2011.

requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova, hipótese em que o incidente só poderá ser decidido pelo juízo criminal, não mais pela autoridade policial. Como se pode perceber, esse incidente de restituição surgiu a partir de um pedido de restituição no qual ficou constatada dúvida em relação ao direito do reclamante;

2) Quando as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé: nesse caso, este terceiro de boa-fé será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro 2 (dois) dias para arrazoar. Aqui, o incidente pode surgir quando houver controvérsia entre a vítima e o acusado, ou respectivos familiares, e o terceiro que tenha adquirido o bem de boa-fé.

Em ambas as hipóteses, será sempre ouvido o Ministério Público, nos termos do art. 120, § 3º, do CPP. Como a lei não estabelece qualquer distinção, prevalece na doutrina o entendimento de que a oitiva do órgão ministerial é necessária tanto nas hipóteses de mero pedido de restituição quanto nos casos de instauração de incidente de restituição de coisas apreendidas.[233]

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos que a necessidade de oitiva do *Parquet* está condicionada apenas às hipóteses em que for instaurado o incidente de restituição de coisas apreendidas ou quando o pedido de restituição for formulado no curso do processo penal. Com efeito, se não há qualquer dúvida quanto ao direito do interessado, daí por que a própria autoridade policial pode proceder à restituição dos bens no curso do inquérito policial, nos termos do art. 120, *caput*, do CPP, independentemente de autorização judicial, não vemos motivo para se exigir prévia manifestação do órgão ministerial.

Uma vez ouvido o Ministério Público, incumbe ao juiz proceder à instrução da causa. Essa instrução deve ser feita sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Logo, havendo necessidade de oitiva de testemunhas, é evidente que as partes devem ser notificadas para que possam a acompanhar a colheita da prova testemunhal, sob pena de nulidade. Não se afigura possível que o juízo criminal, de plano, ou seja, sem prévia instrução da causa, remeta as partes ao cível por reputar duvidosa a questão atinente à propriedade.

De todo modo, convém ressaltar que, aos olhos dos Tribunais Superiores, devido à simplicidade do procedimento incidental de restituição de coisas apreendidas regulamentado pelo art. 120, §§ 1º e 2º, não é possível sua utilização quando a complexidade da questão demandar ampla dilação probatória. Nessa linha, como já se pronunciou a 5ª Turma do STJ, caso a complexidade da questão acerca da propriedade de bem apreendido demande ampla dilação probatória, deve o juízo criminal se abster de decidir o processo incidental de restituição, remetendo as partes ao Juízo Cível.[234]

Após a instrução sumária do processo incidental, se o juízo criminal estiver convencido acerca do direito do reclamante, deve ser deferido o pedido de restituição da coisa apreendida. Todavia, em ambas as situações anteriormente estudadas (duvidoso o direito do reclamante e apreensão da coisa em poder de terceiro de boa-fé), em caso de subsistir dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá as partes ao juízo cível, hipótese em que deve ordenar o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea (CPP, art. 120, § 4º). Nesse caso, o objeto reclamado somente poderá ser liberado pelo juízo criminal após o trânsito em julgado da decisão na seara cível.[235]

Em se tratando de coisas facilmente deterioráveis, assim compreendidas aquelas que podem ser danificadas, estragadas, arruinadas ou corrompidas pelo decurso do tempo, há duas possibilidades: a) tais objetos devem ser avaliados e levados a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado; b) as coisas apreendidas devem ser entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade.

Ao contrário do sequestro e do arresto subsidiário, que, se adotados no curso do inquérito, têm sua eficácia temporalmente limitada, cessando caso a denúncia não seja oferecida em 60 (sessenta) dias, no caso do sequestro (CPP, art. 131, I), e em 15 (quinze) dias, no caso do arresto subsidiário (CPP, art. 136), não há previsão legal de prazo de

233. Nessa linha: MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2011. p. 700.

234. STJ, 5ª Turma, REsp 788.301/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10/09/2009, DJe 28/09/2009.

235. Sobre a competência do juízo cível, Nucci (op. cit. p. 362) destaca que há duas possibilidades: a) juízo cível comum: quando o conflito ocorrer entre particulares, ambos pleiteando a coisa e dizendo-se proprietários; b) juízo da Fazenda Pública: quando o conflito for formado entre o pretenso proprietário, particular, e a Fazenda, que não reconhece a propriedade, crendo que o bem deva permanecer apreendido para assegurar o confisco, revertendo aos cofres públicos o resultado de sua venda.

eficácia para a apreensão. No entanto, a despeito do silêncio da Lei, a jurisprudência entende que a medida não pode se prolongar indefinidamente no tempo. Por isso, em caso concreto no qual a apreensão havia sido realizada há mais de 7 (sete) anos, sem que sequer tivesse havido o oferecimento da denúncia, concluiu o STJ que esse excesso seria incompatível com o princípio da razoabilidade, daí por que determinou o levantamento da medida.[236]

28.6.4. Recursos cabíveis.

Quanto ao indeferimento do pedido de restituição por parte da autoridade policial, parece-nos ser plenamente cabível a impetração de mandado de segurança pelo prejudicado perante o juiz de 1ª instância, objetivando a restituição do objeto ilegalmente apreendido. Por outro lado, em se tratando de indevido deferimento de restituição levado a efeito pelo delegado de polícia (v.g., restituição de coisa que ainda interessa à persecução penal), a solução para o órgão ministerial será pleitear junto ao juízo a busca e apreensão da coisa, sem prejuízo da utilização do mandado de segurança, sob o argumento de que tal restituição estaria a prejudicar o direito líquido e certo do Ministério Público à produção da prova, consectário lógico do direito de ação penal pública, do qual é titular (CF, art. 129, I).

Pelo menos expressamente, nada diz a lei acerca do recurso cabível contra a decisão que resolve o incidente de restituição de coisas apreendidas, seja quando defere, seja quando indefere o requerimento formulado. Não obstante, é dominante o entendimento segundo o qual o recurso adequado para impugnar tal decisão é o de apelação. Aplica-se à hipótese o disposto no art. 593, II, do CPP, que prevê a apelação como instrumento adequado para a impugnação de decisões com força de definitivas, proferidas por juiz singular, quando não for possível a utilização do recurso em sentido estrito. Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, a decisão judicial que resolve questão incidental de restituição de coisa apreendida tem natureza definitiva (decisão definitiva em sentido estrito ou terminativa de mérito), sujeitando-se, assim, ao reexame da matéria por meio de recurso de apelação, nos termos do art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal.[237]

Tendo em conta a admissibilidade da apelação para impugnação da decisão que resolve a restituição de coisas apreendidas, e considerando que o mandado de segurança não é sucedâneo de recurso, sendo imprópria a sua impetração contra decisão judicial passível de recurso previsto em lei (Súmula nº 267 do STF), sempre se entendeu não ser possível a utilização do *writ of mandamus* pela parte eventualmente prejudicada por tal decisão.

Não obstante, diante da entrada em vigor da Lei nº 12.016/09, que passou a prever que não se concede mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso *com efeito suspensivo,* é hora de se submeter a súmula nº 267 do Supremo a uma reinterpretação. Em outras palavras, se o art. 5º, II, da Lei nº 12.016/09, dispõe que não se concede mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial contra a qual caiba recurso com efeito suspensivo, é de se concluir, *a contrario sensu,* que será cabível a impetração de mandado de segurança para a impugnação de decisão judicial sujeita a recurso, desde que este não seja dotado de efeito suspensivo, e, portanto, não seja hábil a evitar a ocorrência de dano irreparável. Destarte, considerando-se que a apelação do art. 593, II, do CPP, não tem efeito suspensivo, admite-se a utilização do mandado de segurança contra a decisão judicial pertinente à restituição de coisa apreendida.[238]

Nas hipóteses em que a busca e apreensão funciona como meio de obtenção de prova, caso a medida seja realizada de maneira ilegal (v.g., busca domiciliar sem prévia autorização judicial e sem que haja flagrante delito no interior da residência), também se admite a utilização do *habeas corpus,* mas desde que haja risco potencial à liberdade de locomoção. De fato, considerando que diversos documentos podem ser apreendidos em uma eventual busca domiciliar, subsidiando, posteriormente, um pedido de prisão cautelar,

236. STJ, 5ª Turma, RMS 21.453/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/04/2007, DJ 04/06/2007 p. 381. Em sentido semelhante, porém no tocante à duração excessiva de apreensão realizada no curso do processo: STJ, 6ª Turma, REsp 865.163/CE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 02/06/2011, DJe 01/07/2011.

237. STJ, 5ª Turma, RMS 25.043/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/03/2008, DJe 22/04/2008.

238. É nesse sentido a lição de Norberto Avena: *Processo penal esquematizado.* 2ª ed. São Paulo: Método, 2010. p. 401. Ainda segundo o autor (op. cit. p. 402), "quanto à opção por uma e outra via impugnativa, tudo dependerá do caso concreto: havendo a necessidade de exame aprofundado da prova, deverá a parte optar pela apelação. Caso contrário, poderá valer-se do mandado de segurança. E quanto à correição parcial? Também não resta proibida, reservada, porém, às hipóteses de arbitrariedade, ilegalidade do magistrado (*error in procedendo*)".

colocando-se em risco a liberdade de locomoção, não se pode descartar a possibilidade de utilização do remédio heroico do *habeas corpus*, para fins de reconhecimento da ilicitude da prova, evitando-se, por consequência, uma prisão ilegal. Nesse caso, uma vez reconhecida a ilegalidade da medida de busca, as coisas ilegalmente apreendidas deverão ser restituídas a quem de direito.[239]

Art. 4º-A. A alienação antecipada para preservação de valor de bens sob constrição será decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou por solicitação da parte interessada, mediante petição autônoma, que será autuada em apartado e cujos autos terão tramitação em separado em relação ao processo principal.

§ 1º O requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os detém e local onde se encontram.

§ 2º O juiz determinará a avaliação dos bens, nos autos apartados, e intimará o Ministério Público.

§ 3º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a 75% (setenta e cinco por cento) da avaliação.

§ 4º Realizado o leilão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada, adotando-se a seguinte disciplina:

I – nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal:

a) os depósitos serão efetuados na Caixa Econômica Federal ou em instituição financeira pública, mediante documento adequado para essa finalidade;

b) os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal ou por outra instituição financeira pública para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas; e

c) os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal ou por instituição financeira pública serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição;

II – nos processos de competência da Justiça dos Estados:

a) os depósitos serão efetuados em instituição financeira designada em lei, preferencialmente pública, de cada Estado ou, na sua ausência, em instituição financeira pública da União;

b) os depósitos serão repassados para a conta única de cada Estado, na forma da respectiva legislação.

§ 5º Mediante ordem da autoridade judicial, o valor do depósito, após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação penal, será:

I – em caso de sentença condenatória, nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal, incorporado definitivamente ao patrimônio da União, e, nos processos de competência da Justiça Estadual, incorporado ao patrimônio do Estado respectivo;

II – em caso de sentença absolutória extintiva de punibilidade, colocado à disposição do réu pela instituição financeira, acrescido da remuneração da conta judicial.

§ 6º A instituição financeira depositária manterá controle dos valores depositados ou devolvidos.

§ 7º Serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e multas incidentes sobre o bem alienado, sem prejuízo de iniciativas que, no âmbito da competência de cada ente da Federação, venham a desonerar bens sob constrição judicial daqueles ônus.

§ 8º Feito o depósito a que se refere o § 4º deste artigo, os autos da alienação serão apensados aos do processo principal.

§ 9º Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 10. Sobrevindo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o juiz decretará, em favor, conforme o caso, da União ou do Estado:

239. Admitindo a utilização de *habeas corpus* para a impugnação de busca e apreensão ilegal: STJ, 6ª Turma, HC 80.632/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/12/2007, DJ 18/02/2008 p. 69; STJ, 5ª Turma, REsp 1.079.633/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/11/2009, DJe 30/11/2009.

I – a perda dos valores depositados na conta remunerada e da fiança;

II – a perda dos bens não alienados antecipadamente e daqueles aos quais não foi dada destinação prévia; e

III – a perda dos bens não reclamados no prazo de 90 (noventa) dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvado o direito de lesado ou terceiro de boa-fé.

§ 11. Os bens a que se referem os incisos II e III do § 10 deste artigo serão adjudicados ou levados a leilão, depositando-se o saldo na conta única do respectivo ente.

§ 12. O juiz determinará ao registro público competente que emita documento de habilitação à circulação e utilização dos bens colocados sob o uso e custódia das entidades a que se refere o caput deste artigo.

§ 13. Os recursos decorrentes da alienação antecipada de bens, direitos e valores oriundos do crime de tráfico ilícito de drogas e que tenham sido objeto de dissimulação e ocultação nos termos desta Lei permanecem submetidos à disciplina definida em lei específica.

29. ALIENAÇÃO ANTECIPADA.

A alienação antecipada consiste na venda antecipada de bens (móveis ou imóveis), direitos ou valores constritos em razão de medida cautelar patrimonial ou que tenham sido apreendidos, desde que haja risco de perda do valor econômico pelo decurso do tempo.

Há previsão legal de alienação antecipada na Lei de Drogas. De acordo com o art. 62, *caput*, da Lei nº 11.343/06, os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos na Lei de Drogas, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica. Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público. Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à *alienação dos bens apreendidos*, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades (Lei nº 11.343/06, art. 62, § 4º).

Em sua redação original, nada dizia a Lei nº 9.613/98 quanto à possibilidade de alienação antecipada nos crimes de lavagem de capitais. A despeito do silêncio da Lei, havia quem entendesse que a alienação antecipada também era possível, aplicando-se o quanto disposto no art. 120, § 5º, do CPP. Era nesse sentido a lição de José Paulo Baltazar Júnior, para quem se apresentava possível a alienação antecipada dos bens apreendidos, em especial veículos e aeronaves, porquanto tal medida preserva tanto o interesse público, quanto o do cidadão acusado que teve o bem apreendido ou sequestrado, uma vez que o valor apurado permanecerá depositado até o trânsito em julgado da sentença penal.[240]

Sempre prevaleceu, todavia, o entendimento no sentido de que não seria possível a alienação antecipada. Isso porque, antes do advento da Lei nº 12.683/12, a própria Lei de Lavagem de Capitais não previa a alienação antecipada, dispondo em seus arts. 5º e 6º que, quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, devia nomear pessoa qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores apreendidos ou sequestrados, mediante termo de compromisso. Nesse contexto, o TRF/1ª Região já teve a oportunidade de concluir que as medidas constritivas previstas na Lei nº 9.613/98 não podem importar, de antemão, a expropriação dos bens que lhes são objeto, sendo certo que, apenas por ocasião da sentença a ser proferida com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, é que se terá a definição acerca da aplicação, ou não, à hipótese em comento do disposto no art. 91, do CP.[241]

240. Baltazar Júnior, José Paulo. *Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico transnacional de drogas, lavagem de dinheiro*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 438.

241. TRF – 1.ª Reg., ACR 2007.32.00.000356-3/A, 4.ª T., rel. Des. Ítalo Fioravanti SAbo Mendes, DJ 26.09.2007 p. 14.

Evidentemente, mesmo antes do advento da Lei nº 12.683/12, nas hipóteses em que o tráfico de drogas figurava como crime antecedente da lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98, art. 1º, revogado inciso I), era plenamente possível não só a alienação antecipada, como também a utilização pela autoridade de polícia judiciária de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte apreendidos e/ou sequestrados consistentes em produtos do tráfico de drogas, com fundamento nos arts. 61 e 62 da Lei 11.343/2006.[242]

Inovando em relação à sistemática anterior, a Lei nº 12.683/12 introduziu na Lei de Lavagem de Capitais a possibilidade da alienação antecipada de bens, direitos ou valores constritos em razão de medida cautelar real ou de bens que tenham sido apreendidos, sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção (Lei nº 9.613/98, art. 4º, § 1º).

Como se percebe, a alienação antecipada só deve ser levada a efeito caso seja necessária para a preservação dos bens constritos. Por isso, uma depreciação normal em virtude do decurso do tempo, que não produza uma relevante perda do valor econômico, não autoriza a realização da alienação antecipada. Do mesmo jeito, mera dificuldade de manutenção do bem, incapaz de acarretar o comprometimento do seu valor por má ou inadequada condição de conservação, também não justifica sua venda antecipada.

Com o advento da Lei nº 12.694/12, a alienação antecipada também foi introduzida no bojo do Código de Processo Penal.[243] De acordo com o art. 144-A do CPP, é possível que o juiz determine a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. Destarte, sua aplicação, doravante, poderá ser feita em relação a todo e qualquer processo criminal, independentemente da natureza do delito.

29.1. Momento.

Nada diz a Lei nº 9.613/98 acerca do momento da persecução penal em que será possível a alienação antecipada. Evidentemente, esta venda só poderá ser feita em momento posterior ao da efetivação da medida cautelar real, ou da apreensão, e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

À primeira vista, diante do silêncio da Lei de Lavagem de Capitais, poder-se-ia concluir que a alienação antecipada poderia ser realizada a qualquer momento da persecução penal, seja na fase investigatória, seja durante o curso do processo penal. Não obstante, pensamos que não se revela razoável que uma medida tão gravosa e irreversível como a alienação antecipada seja levada adiante antes do início da persecução penal *in iudicio*. Ora, se ainda não há justa causa para o oferecimento da peça acusatória, como se pode admitir que os bens do acusado que foram sequestrados, arrestados, hipotecados ou apreendidos, sejam alienados antecipadamente?

A tal conclusão também é possível se chegar até mesmo por meio de uma interpretação sistemática. Explica-se: em seu art. 131, I, o CPP dispõe que o sequestro será levantado se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias. Por sua vez, o art. 136 do CPP estabelece que o arresto do imóvel será revogado se o processo de inscrição da hipoteca legal não for promovido em até 15 (quinze) dias. Como se percebe, o CPP deixa entrever que, em se tratando de medidas cautelares decretadas durante o curso das investigações, sua eficácia está sujeita a certos limites temporais, pelo menos até o início do processo. Logo, é de todo desarrazoado admitir medida tão drástica sem anterior início do processo, até mesmo para que não se corra o risco de haver a expropriação dos bens durante as investigações, e, depois, o Ministério Público promover o arquivamento do inquérito por ausência de lastro probatório para o oferecimento da denúncia.

De mais a mais, a Lei de Drogas deixa claro que a alienação antecipada só poderá ser realizada após a instauração do processo penal. Deveras, segundo o art. 62, § 4º, da Lei nº 11.343/06, *após a instauração da competente ação penal*, o Ministério Público, mediante petição autônoma,

242. Na visão do STJ, é possível a aplicação analógica dos arts. 61 e 62 da Lei 11.343/2006 para admitir a utilização pelos órgãos públicos de aeronave apreendida no curso da persecução penal de crime não previsto na Lei de Drogas, sobretudo se presente o interesse público de evitar a deterioração do bem. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, REsp 1.420.960/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24/2/2015, DJe 2/3/2015.

243. Mesmo antes do advento da Lei nº 12.694/12, o art. 120, § 5º, do CPP, já dispunha que, na hipótese de apreensão de coisas facilmente deterioráveis, estas serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade. Aos bens móveis arrestados fungíveis e facilmente deterioráveis aplica-se o mesmo procedimento (CPP, art. 137, § 1º).

requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação antecipada dos bens apreendidos.

29.2. Pressupostos.

De acordo com a redação do art. 144-A do CPP, o objetivo precípuo da alienação antecipada é a preservação do valor dos bens constritos em virtude da adoção de medidas cautelares patrimoniais ou de anterior apreensão. Sempre inspirada por este objetivo, a alienação antecipada será possível nas seguintes hipóteses:

a) **quando o bem estiver sujeito a qualquer grau de deterioração ou depreciação**: deteriorar-se significa pôr-se em mau estado ou em pior condição, tornando-se cada vez mais sem serventia, danificar-se, estragar-se, apodrecer. Deterioração, portanto, é sinônimo de alteração para pior, danificação, decomposição, estrago (v.g., veículo importado com poucos quilômetros rodados). De seu turno, depreciação é a redução do preço, do valor financeiro de determinado objeto.[244] Como todo e qualquer bem está sujeito a certo grau de deterioração com o simples passar dos anos, o ideal é interpretar esta hipótese de maneira restritiva;

b) **quando houver dificuldade para a manutenção do bem constrito:** de se lembrar que a simples dificuldade para a manutenção do bem não autoriza, *de per si,* a expropriação antecipada. Para além dessa dificuldade, deve se demonstrar que a medida é necessária para fins de preservação do valor dos bens constritos (v.g., helicóptero sequestrado).

29.3. Legitimidade.

A Lei nº 9.613/98 dispõe expressamente que a alienação antecipada será decretada pelo juiz, de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público ou por solicitação da parte interessada (art. 4º-A, com redação dada pela Lei nº 12.683/12).

É de todo evidente que o juiz poderá determinar a alienação antecipada de ofício, sobretudo se lembrarmos que esta venda só poderá ser realizada na fase judicial, momento em que não há qualquer óbice à atuação *ex officio* do magistrado. À acusação também interessa a alienação antecipada, seja para preservar o valor dos bens para ulterior reparação do dano, seja para suportar possível confisco ao final do processo.

Também se revela possível que a *parte interessada* solicite a alienação antecipada. Esta *parte interessada* a que se refere o citado dispositivo é toda pessoa que possa ser juridicamente atingida pela perda do valor patrimonial de bens sob constrição, a saber:

a) **próprio acusado**: como, em regra, o acusado é o titular do bem sob constrição, não se pode descartar a possibilidade dele mesmo requerer a expropriação antecipada, até mesmo como forma de tentar minimizar os danos materiais causados pela depreciação dos bens em virtude do decurso do tempo, o que, evidentemente, não implica assunção de culpa. Assim o fazendo, caso seja absolvido ao final do processo, estará preservado o valor do bem, que permaneceu depositado em instituição financeira, sendo acrescido de remuneração de conta judicial;

b) **terceiro interessado**: também é possível que um terceiro que teve bem de sua titularidade constrito por medida cautelar patrimonial venha a requerer a alienação antecipada. Por mais que este terceiro não tenha sido denunciado, como é plenamente possível que seus bens tenham sofrido constrições patrimoniais – por exemplo, sequestro de bens transferidos a um terceiro de maneira gratuita –, os longos anos de tramitação do processo podem causar-lhe evidente prejuízo material, de onde se extrai seu interesse em promover a alienação antecipada;

c) **ofendido/assistente da acusação**: na hipótese de a medida cautelar ter sido requerida pelo próprio ofendido da infração penal antecedente ou pelo assistente da acusação, deve ser reconhecida sua legitimidade para requerer a alienação antecipada.

29.4. Procedimento.

O pedido de alienação antecipada deve ser feito por meio de petição. Como se trata de procedimento incidental, deve ser autuado em apartado, para que os autos tramitem separadamente do processo principal. Deve constar do pedido a individualização e especificação de todos os bens cuja alienação antecipada se pretende, com a indicação de sua natureza, características, modelo, etc., devendo ser indicado quem os detém e local onde se encontram.

244. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 617.

Quando a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, embora não seja possível sua alienação, o juízo determinará a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial. Nesse caso, aplica-se, por analogia, o quanto disposto no art. 62, §§ 2º e 3º, do CPP.

Na sequência, dispõe o art. 4º-A, § 2º, da Lei nº 9.613/98, que o juiz determinará a avaliação dos bens, nos autos apartados, e intimará o Ministério Público. Apesar de o dispositivo legal referir-se apenas à intimação do órgão ministerial, é evidente que, em fiel observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a depender do caso concreto, também deverá ser intimada a "parte interessada" a que se refere o art. 4º-A, *caput*, da Lei nº 9.613/98, ou seja, o acusado, normalmente o titular da coisa, assim como um terceiro interessado e o próprio ofendido, que poderão se insurgir não apenas em relação ao valor da avaliação, como também sobre o próprio cabimento (ou não) da alienação antecipada.

Essa avaliação, que pode ser impugnada pelas partes interessadas, é de suma importância. Isso porque, feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a 75% (setenta e cinco por cento) da avaliação.[245]

Por se tratar de decisão com força de definitiva, a homologação do laudo de avaliação pelo juiz pode ser impugnada por meio de apelação (CPP, art. 593, II), que não é dotada de efeito suspensivo (Lei nº 9.613/98, art. 4º-A, § 9º).

Realizado o leilão, serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e multas incidentes (v.g., dívidas de IPVA) sobre o bem alienado (Lei nº 9.613/98, art. 4º-A, § 7º). O montante restante será, então, depositado em conta judicial remunerada, adotando-se a seguinte disciplina:

I – nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal: a) os depósitos serão efetuados na Caixa Econômica Federal ou em instituição financeira pública, mediante documento adequado para essa finalidade; b) os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal ou por outra instituição financeira pública para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas; e c) os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal ou por instituição financeira pública serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição;

II – nos processos de competência da Justiça dos Estados: a) os depósitos serão efetuados em instituição financeira designada em lei, preferencialmente pública, de cada Estado ou, na sua ausência, em instituição financeira pública da União; b) os depósitos serão repassados para a conta única de cada Estado, na forma da respectiva legislação.

De acordo com o art. 4º-A, § 5º, da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, após o trânsito em julgado da sentença proferida no processo, são dois os possíveis destinos desse valor depositado em juízo:

a) em caso de sentença condenatória, nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal, incorporado definitivamente ao patrimônio da União, e, nos processos de competência da Justiça Estadual, incorporado ao patrimônio do Estado respectivo;

b) em caso de sentença absolutória ou extintiva de punibilidade, colocado à disposição do réu pela instituição financeira, acrescido da remuneração da conta judicial.

Como se percebe, pela letra expressa da Lei nº 9.613/98 (art. 4º-A, § 5º, I), em se tratando de sentença condenatória com trânsito em julgado, a quantia apurada no leilão será incorporada ao patrimônio da União ou do respectivo Estado. Esse dispositivo deve ser interpretado com certa cautela porquanto, na hipótese de condenação, nem sempre os valores devem ser incorporados ao patrimônio da União ou dos Estados, sob pena de se admitir que os interesse da vítima e do terceiro de boa-fé sejam colocados em segundo plano.

Ora, na hipótese de sequestro, foi visto anteriormente que, ante o disposto no art. 133, §1º, do CPP, só será recolhido ao Tesouro Nacional o

245. Em sentido um pouco diverso, o procedimento de alienação antecipada regulamentado pelo CPP dispõe que, pelo menos em regra, os bens devem ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Todavia, não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até 10 (dez) dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% (oitenta por cento) do estipulado na avaliação judicial (CPP, art. 144-A, § 2º)

dinheiro apurado *que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé*. Isso significa dizer que, para fins de reparação do dano causado pelo delito, o ofendido, sendo terceiro de boa-fé, terá preferência sobre o valor apurado com a alienação antecipada dos bens sequestrados, sendo descabida, nessa hipótese, a imediata incorporação desse valor ao patrimônio público. Aliás, conquanto não se refira especificamente aos bens objeto de medidas assecuratórias, ao tratar dos efeitos da condenação, o art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, com redação determinada pela Lei nº 12.683/12, estabelece a perda em favor da União ou dos Estados dos bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem de capitais, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, *ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé*.

Noutro giro, em se tratando de especialização e registro da hipoteca legal, é ainda mais patente a necessidade de preservação dos interesses do ofendido. Afinal, em futuro processo de execução, este registro visa permitir que se possa excutir o bem objeto de hipoteca, assegurando-se à vítima o valor equivalente para a reparação do prejuízo. Não por outro motivo, o art. 135, § 4º, do CPP, preceitua que o juiz autorizará somente a inscrição da hipoteca legal do imóvel ou imóveis necessários à *garantia da responsabilidade*. Portanto, caso tenha havido a alienação antecipada de um bem que tinha sido objeto de anterior registro de hipoteca legal, o montante obtido com a venda não deve ser convertido em renda para a União, Estado ou Distrito Federal. Antes, deve ser utilizado em futura execução para fins de satisfação dos interesses da vítima do delito.

Outrossim, na hipótese de sentença absolutória ou declaratória extintiva da punibilidade, o valor referente à alienação antecipada deve ser colocado à disposição do acusado, pelo menos em regra. Todavia, na hipótese de a medida assecuratória ter recaído sobre bem de terceira pessoa, o valor obtido com a venda antecipada não deve ser devolvido ao acusado, mas sim ao verdadeiro titular do bem, que dele se viu privado e, portanto, deve receber o respectivo montante, sob pena de locupletamento ilícito por parte do acusado.

Não se pode confundir o dispositivo constante do § 5º, que versa sobre o destino dos valores obtidos com a alienação antecipada após o trânsito em julgado de sentença condenatória, absolutória ou extintiva da punibilidade, com o quanto previsto no art. 4º-A, § 10, da Lei nº 9.613/98, que cuida da perda dos bens em caso de condenação transitada em julgado.

Como visto anteriormente, em se tratando de sentença condenatória com trânsito em julgado, dispõe o art. 4º-A, § 5º, inciso I, que o montante obtido com a alienação antecipada já depositado em conta judicial será definitivamente incorporado ao patrimônio da União ou do respectivo Estado. Este dispositivo é perfeitamente compatível com o art. 4º-A, § 10, inciso I, que prevê que, sobrevindo o trânsito em julgado de sentença condenatória, o juiz decretará a perda dos valores depositados na conta remunerada e da fiança em favor da União ou do Estado. Aliás, no caso de sentença condenatória, este mesmo efeito também está previsto no art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, com a única diferença de que, nesse caso, independentemente de os bens terem sido (ou não) submetidos a medidas assecuratórias.

De seu turno, os incisos II e III do § 10 do art. 4º-A, assim como seu § 11, não estão diretamente relacionados aos valores obtidos com a alienação antecipada. Com efeito, o inciso II refere-se à perda dos bens objeto de medidas assecuratórias que não foram alienados antecipadamente. Por sua vez, o inciso III refere-se ao bem que foi objeto de medida assecuratória, cujo perdimento, porém, não foi determinado na sentença condenatória, tal qual disposto no art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98 (v.g., bem que o acusado recebeu em virtude de heraça). Nesta hipótese, se o condenado for o legítimo proprietário da coisa, pode requerer a restituição do bem no prazo de 90 (noventa) dias. Caso não o faça, haverá o perdimento do bem, não porque se trata de bem de origem ilícita, mas sim porque não foi reclamado no prazo legal.[246]

Em conclusão, o art. 4º-A, § 1º, da Lei nº 9.613/98, prevê que os recursos decorrentes da alienação antecipada de bens, direitos e valores oriundos do crime de tráfico ilícito de drogas e que tenham sido objeto de dissimulação e ocultação permanecem submetidos à disciplina definida em lei específica. Consagra-se neste dispositivo a regra básica da hermenêutica segundo a qual a lei especial deve prevalecer sobre a geral. Portanto,

246. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 336.

quando a infração penal antecedente da lavagem de capitais tiver sido o tráfico de drogas, toda disciplina da alienação antecipada será regulada pela Lei nº 11.343/06, que trata da matéria em seu art. 62.

29.5. Utilização dos bens constritos pelos órgãos que atuam na persecução penal.

Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 3.443/2008, que deu origem à Lei nº 12.683/12, houve uma tentativa na Câmara dos Deputados de se introduzir a possibilidade de utilização, pelos órgãos que atuam na persecução penal, dos bens objeto de medidas cautelares, à semelhança do que é previsto na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06, art. 61, *caput*). Ocorre que, na votação em plenário, essa utilização dos bens não foi aprovada, o que significa dizer que, em relação aos crimes de lavagem de capitais, não se afigura possível a utilização de bens apreendidos ou objeto de medidas assecuratórias. Por isso, especial atenção deve ser dispensada ao art. 4º-A, § 12, da Lei nº 9.613/98, que dispõe que "o juiz determinará ao registro público competente que emita documento de habilitação à circulação e utilização dos bens colocados sob o uso e custódia das entidades a que se refere o *caput* deste artigo". Ora, a partir do momento em que a Câmara dos Deputados deixou de aprovar a possibilidade de utilização dos bens constritos, o referido parágrafo perdeu sua aplicabilidade. Raciocínio semelhante deve ser aplicado à parte final do art. 4º-A, § 10, inciso II, que se refere à perda dos bens aos quais não foi dada destinação prévia.

30. AÇÃO CIVIL DE CONFISCO.

No ordenamento jurídico pátrio, não há previsão legal da ação civil de confisco. Porém, devido a sua utilização cada vez mais comum em outros países, é de fundamental importância o estudo do tema.

Um dos efeitos genéricos da condenação é o confisco, que consiste na perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, e do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, nos exatos termos do art. 91, inciso II, "a" e "b" do Código Penal, lembrando que também poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior (CP, art. 91, § 1º, incluído pela Lei nº 12.694/12). Como se percebe, o confisco tem dupla finalidade: impedir a difusão de instrumentos idôneos à prática delituosa e vedar que o produto do crime enriqueça o patrimônio do acusado.

A despeito da grande importância do confisco, sua eficácia é comprometida sobremaneira pelo fato de ser levado a efeito apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É bem verdade que o Código de Processo Penal dispõe de medidas assecuratórias que visam resguardar a eficácia de ulterior confisco – apreensão e sequestro. Porém, como visto anteriormente, nem sempre essas medidas revelar-se-ão eficazes o suficiente para resguardar o interesse da União (ou dos Estados) no confisco. Afinal, diante de decisão extintiva da punibilidade ou sentença absolutória, as constrições acima referidas terão que ser canceladas.

Por isso, vários ordenamentos jurídicos estrangeiros já passaram a prever a possibilidade de uma ação civil de confisco (ação civil de perdimento de bens ou ação civil de extinção de domínio), nos mesmos moldes que a ação civil *ex delicto* proposta pelo ofendido no juízo cível, com a diferença de que esta visa à reparação do dano causado pelo delito, enquanto aquela tem como objetivo precípuo o confisco dos bens do acusado no âmbito cível.

Esta ação civil de confisco (ou de perdimento) pode ser compreendida, portanto, como uma ação proposta no juízo cível, cujo objetivo é a formação de um título executivo judicial cível, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com maior celeridade e todas as garantias de um devido processo legal, pois trata especificamente dos bens, não envolvendo outras questões do processo penal típico ou tradicional que geralmente encobrem os problemas decorrentes dos bens apreendidos. Esta ação tem como pressuposto o desvio ou abuso no exercício do direito de propriedade por quem se encontra na posse ou detenção do bem de origem ilícita. A origem ilícita contamina a legitimidade sobre o exercício do direito de propriedade, e a ação se volta contra quem tem a posse ou detenção,

pouco importando a sua relação com a origem ilícita e respectiva conduta criminosa.[247]

Na visão da doutrina, esse confisco civil "é um processo judicial *in rem* contra a propriedade, e não contra o transgressor. O processo é baseado no conceito legal de que a propriedade em si é culpada do delito de ter sido usada de forma ilegal. *In rem* refere-se a qualquer processo judicial contra a propriedade somente, isso determinará o domínio sobre a propriedade. O réu em processo judicial *in rem* é a propriedade independente de qualquer processo penal tomado contra o proprietário. Decisões *in rem* afetam todo o mundo, inclusive requerentes desconhecidos".[248]

A criação dessa ação civil de confisco traria vários benefícios:

1) permitir a possibilidade de recuperação de ativos em casos de decisões terminativas ou sentenças absolutórias no processo penal que não fazem coisa julgada no cível, tais como: a) despacho de arquivamento do inquérito (CPP, art. 37, I); b) decisão que julgar extinta a punibilidade (CPP, art. 67, II); c) sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime (CPP, art. 67, III, c/c art. 386, III); d) sentença absolutória na qual restar declarado: d.1) não haver prova da existência do fato (CPP, art. 386, II); d.2) não haver prova de ter o réu concorrido para a infração penal (CPP, art. 386, V); d.3) existir circunstância que isente o réu de pena (causas excludentes da culpabilidade), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre a existência de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade (CPP, art. 386, VI); d.4) não existir prova suficiente para a condenação (CPP, art. 386, VII);[249]

2) seria possível a obtenção de uma sentença civil condenatória antes da sentença no processo penal, geralmente mais lento. Tendo em vista a independência das instâncias, a sentença civil seria plenamente válida e eficaz, ainda que houvesse, em sede criminal, o advento da prescrição ou a extinção do processo em face da superveniência de outra causa extintiva da punibilidade;

3) tramitando no cível a ação de confisco, seria possível uma inversão do ônus da prova, sem que se pudesse cogitar de eventual violação à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência (CF/88, art. 5º, LVII). Afinal, este princípio só é aplicável à pessoa do acusado, não sendo extensivo a seus bens. Logo, não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para que o Poder Público possa confiscar e expropriar o patrimônio móvel, imóvel, direitos, ações e/ou qualquer bem de valor econômico vinculados a atividades ilícitas ligadas à criminalidade.

Nesse contexto, Badaró assevera que é plenamente possível uma inversão do ônus da prova quanto aos efeitos secundários da condenação penal que tenham natureza de sanção civil visando à reparação do dano, já que se trata de questão essencialmente civil, apenas resolvida no âmbito penal por opção técnica do legislador. Logo, seria viável o afastamento da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência. Nas palavras do autor, "num sistema em que vigore a separação total entre a reparação do dano causado pelo crime, a ser decidida, exclusivamente, nas vias cíveis, e a punição pelo delito, julgada na seara penal, seria perfeitamente possível que o legislador estabelecesse uma inversão do ônus da prova, no processo civil no que toca à reparação do dano causado pelo delito. O fato de haver uma cumulação de pedidos no campo penal não transforma a reparação civil em sanção penal, mesmo que o dever de reparar o dano seja considerado efeito secundário da condenação penal. Trata-se de efeito civil da condenação penal. Assim, não há óbice constitucional a que se estabeleça a inversão do ônus da prova quanto às medidas destinadas à reparação do dano causado pelo delito".[250]

Art. 4º-B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações.

247. Uma das metas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla) é a criação de uma ação civil de perdimento (ou confisco) – Meta nº 14.

248. Ferreira, Jean Marcos. *Confisco e a perda de bens no direito brasileiro*. Campo Grande: [s.n.], 2000. p. 60.

249. Barcelos, Andrea Beatriz Rodrigues. Barcelos, Andrea Beatriz Rodrigues. Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU*, ano 5, nº 18-19, Brasília, jan-jun 2006. P. 141-142.

250. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 368-9.

31. AÇÃO CONTROLADA.

Consultar comentários ao art. 1º, §6º, da Lei n. 9.613/98.

> **Art. 5º.** Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso.
>
> **Art. 6º** A pessoa responsável pela administração dos bens:
>
> I – fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita com o produto dos bens objeto da administração;
>
> II – prestará, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados.
>
> Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens sujeitos a medidas assecuratórias serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível.

32. ADMINISTRAÇÃO DE BENS.

De acordo com o art. 5º da Lei 9.613/98, quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso.

Essa administração não retira a propriedade do acusado, mas tão-somente a gestão dos bens, que é transferida a um órgão auxiliar do juízo, no sentido de maximizar os frutos e rendimentos decorrentes do bem, atendendo ao interesse particular do acusado, se acaso vier a ser absolvido ao final do processo, e também ao interesse público de manter o valor e os rendimentos dos bens.

Evidentemente, a nomeação de um administrador de bens somente será necessária quando o proprietário for desapossado desse bem, ou seja, nas hipóteses de sequestro e arresto subsidiário de bens móveis, quando, devido à necessidade de conservação dos bens constritos, a guarda ou a posse caberá a um administrador, que deve guardar e conservar o bem, sem poder, todavia, utilizá-lo.

Em se tratando de bens móveis objeto de sequestro, estes deverão ficar sob a responsabilidade de depositário ou administrador judicial, aplicando-se, por analogia, o art. 139 do CPP. Solução idêntica aplica-se ao arresto subsidiário de bens móveis a que se refere o art. 137 do CPP, no qual o proprietário deve ser desapossado da coisa que lhe pertence, que fica depositada em mãos de terceiros. A propósito, quando o art. 139 do CPP dispõe que "o depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil", subentende-se que tal regime jurídico é o dos arts. 159 a 161 CPC, o que significa dizer que o bem arrestado deve ficar sob a guarda e conservação de depositário ou administrador (art. 159 do CPC), que fará jus a uma remuneração por seu trabalho, fixada pelo juiz (art. 160 do CPC), respondendo pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte (art. 161 do CPC). Especificamente em relação ao arresto de bens móveis, é bom lembrar que, a despeito do desapossamento da coisa, durante o período em que a medida estiver em vigor, dispõe o art. 137, § 2º, do CPP, que "das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz para a manutenção do indiciado e de sua família".

De seu turno, a depender da espécie de medida cautelar e do bem sobre o qual recaia, é possível que o bem permaneça sob a posse de seu titular, que terá o dever de guarda e conservação. É o que ocorre, a título de exemplo, na hipótese de sequestro de bens imóveis. Nesse caso, prevalece o entendimento de que seu titular pode ficar na posse do bem, com as responsabilidades inerentes ao depositário. Levando-se em consideração que o objetivo de proteger o bem para futura venda em leilão estará resguardado com o registro na matrícula do imóvel junto ao Cartório de Registro de Imóveis (CPP, art. 128), evitando que o imóvel seja vendido a terceiros de boa-fé, uma vez que qualquer certidão extraída do Registro de Imóveis será capaz de atestar o gravame incidente sobre o bem, não há motivos para se privar seu titular da posse do bem. Raciocínio semelhante aplica-se ao arresto prévio e à especialização e registro da hipoteca legal, hipótese em que o proprietário não é desapossado de seu bem imóvel, vez que não há transmissão ao credor hipotecário da posse, da propriedade, nem dos frutos e rendimentos da coisa.

De todo modo, ainda que os bens constritos permaneçam em poder do acusado – sequestro de bens imóveis, arresto prévio e especialização e registro da hipoteca legal –, a doutrina entende que é possível a nomeação de administrador em três hipóteses: a) quando houver sério risco de deterioração dos bens (v.g., não realização de manutenção em um edifício em que funciona um hotel); b) administração dos bens de modo a reduzir-lhe o valor; c) utilização dos bens para fins ilícitos (v.g., simulação de locações por valores superfaturados para a lavagem de capitais).[251]

Ao dar nova redação ao art. 5º da Lei nº 9.613/98, a Lei nº 12.683/12 deixou claro que a administração dos bens pode ser atribuída a pessoas físicas ou jurídicas, a depender da natureza da coisa e do grau de complexidade da atividade de administração (v.g., administração de um shopping center).

Como não há previsão legal de recurso contra a decisão judicial responsável pela nomeação do administrador, o instrumento de impugnação a ser utilizado será o mandado de segurança.

O administrador fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita com o produto dos bens objeto da administração, devendo prestar, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados. Esses atos relativos à administração dos bens sujeitos a medidas assecuratórias devem ser levados ao conhecimento do Ministério Público, que poderá requerer o que entender cabível. Em fiel observância ao contraditório e à ampla defesa, apesar de a Lei fazer menção apenas à intimação do Ministério Público, parece-nos que essa mesma ciência deve ser assegurada ao acusado, ao ofendido e a terceiros interessados. Afinal, o titular do bem constrito, maior interessado na preservação de seu patrimônio, poderá auxiliar o juiz na identificação de administrações temerárias, contribuindo, assim, para o próprio êxito da medida cautelar.

Vale ressaltar que o andamento do processo criminal não pode ser turbado por essa prestação de contas, razão pela qual deverá ser tratado como mero incidente e, por conseguinte, ser apreciado e julgado em apenso aos autos do processo principal, como ocorre no processo civil. A título de exemplo, em determinado caso concreto no qual foram sequestrados mais de dois mil imóveis, alugados, em construção e até mesmo um *shopping center*, além de numerário e bens móveis, como jóias e títulos de crédito, veículo, aeronave, propriedades rurais, hotéis no Brasil e no exterior, assim se manifestou o Tribunal Regional Federal da 1.ª Região: "Processo penal – Mandado de segurança – Pena de perdimento – CP, art. 91, II – Administração dos bens antes do trânsito em julgado da sentença. 1. O inciso II do art. 91 do CP prevê como efeito genérico da condenação o confisco dos instrumentos e do produto do crime, dispondo sua perda em favor da União Federal. 2. Deve o juiz, quando as circunstâncias o aconselharem, antes do trânsito em julgado da sentença, nomear um administrador para gerenciar os bens declarados perdidos (Lei 9.613, de 3 de março de 1998, art. 5º). O administrador não pode dispor gratuitamente dos bens declarados perdidos, sob pena de causar prejuízo à União Federal ou ao condenado. 3, Não pode o juiz, antes do trânsito em julgado da sentença, dispor dos bens confiscados, cedendo-os, gratuitamente, a diversos órgãos públicos federais, estaduais ou autárquicos. 4. Transitada em julgado a sentença condenatória, os bens declarados perdidos são entregues à União Federal".[252]

CAPÍTULO III
DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

I – a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual –, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II – a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art.

251. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 347.

252. TRF-1.ª Reg., MS 2004.01.00.033651-0/MT, 2.ª Sec., rel. Des. Tourinho Neto, *DJ* 16.06.2005, p. 01.

9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

§ 1º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a forma de destinação dos bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada, assegurada, quanto aos processos de competência da Justiça Federal, a sua utilização pelos órgãos federais encarregados da prevenção, do combate, da ação penal e do julgamento dos crimes previstos nesta Lei, e, quanto aos processos de competência da Justiça Estadual, a preferência dos órgãos locais com idêntica função.

§ 2º Os instrumentos do crime sem valor econômico cuja perda em favor da União ou do Estado for decretada serão inutilizados ou doados a museu criminal ou a entidade pública, se houver interesse na sua conservação.

33. EFEITOS DA CONDENAÇÃO.

Ao contrário do Código Penal (CP, art. 91, II), que prevê o confisco em favor exclusivamente da União, o art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12 prevê como efeito da condenação a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual –, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. Nos mesmos moldes que o art. 91, II, do Código Penal, cuida-se de efeito genérico da condenação, sendo irrelevante o fato de não haver menção expressa no bojo da sentença, ficando sua aplicação condicionada apenas ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Como o art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, faz referência a todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem de capitais, esta perda recai não apenas sobre aquilo que se ganha com a lavagem, mas também sobre todo o capital oriundo da infração penal antecedente. Em se tratando de mescla de bens, o ideal é concluir que apenas a parte maculada será objeto de perda, já que apenas esta parcela pode ser considerada objeto da lavagem.

Especial atenção deve ser dispensada à perda dos valores usados para prestar fiança, prevista na parte final do art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98. Perceba-se que, ao contrário do que ocorre no regime normal do Código de Processo Penal, que prevê a perda da totalidade do valor dado em fiança, se o acusado for condenado e não se apresentar para cumprir a pena (art. 344), e a perda da metade do valor dado em fiança, no caso de seu quebramento (art. 343), a nova regra firmada pela Lei nº 12.683/12 em relação aos crimes de lavagem de capitais prevê a perda do valor dado em fiança como um efeito da condenação, independentemente de o acusado ter ou não quebrado a fiança ou de ter se apresentado ou deixado de se apresentar para cumprir a pena.

Outro efeito da condenação previsto na Lei de Lavagem de Capitais é a interdição do exercício do cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de Conselho de Administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada (Lei nº 9.613/98, art. 7º, II). Diversamente do efeito anterior, cuida-se de penalidade acessória e facultativa, razão pela qual deve ser motivadamente declarada na sentença, produzindo efeitos apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Tendo em conta o teor do art. 12 do CP, segundo o qual as regras gerais do Código Penal aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso, e, levando-se em consideração que a condenação por lavagem importa a interdição do exercício de cargo ou função pública pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada, e não a perda definitiva do cargo ou função pública, consoante disposto no art. 92, I, do CP, forçoso é concluir que tal preceito não se aplica às condenações pela prática de lavagem de capitais. No entanto, os demais efeitos previstos pelo Código Penal que não colidam com a lei especial podem ser determinados pelo juiz, tais como a perda do mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 anos, nos termos do art. 92, I, "b", do CP, ou a perda dos instrumentos do crime caso suja posse seja ilícita, tal qual disposto no art. 91, II, "a", do CP.[253]

253. Em sentido diverso, Badaró e Bottini (op. cit. p. 171) entendem que a previsão expressa do art. 7º, II, da Lei nº 9.613/98, não afasta a possibilidade de perda do cargo ou função pública quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 anos.

CAPÍTULO IV
DOS BENS, DIREITOS OU VALORES ORIUNDOS DE CRIMES PRATICADOS NO ESTRANGEIRO

Art. 8º O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º praticados no estrangeiro.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo, independentemente de tratado ou convenção internacional, quando o governo do país da autoridade solicitante prometer reciprocidade ao Brasil.

§ 2º Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores privados sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

34. COLABORAÇÃO INTERNACIONAL E RECIPROCIDADE.

Existindo tratado ou convenção internacional, a autoridade jurisdicional brasileira pode colaborar com autoridade estrangeira competente, no sentido de determinar medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º da Lei nº 9.613/98 praticados no estrangeiro. Para tanto, impõe-se carta rogatória, a ser cumprida pela Seção Judiciária da Justiça Federal onde estiver o bem, após a concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, *i*, com redação determinada pela EC 45/2004). Devem ser apresentados, também, elementos probatórios indiciadores de que os ativos perseguidos originam-se de determinada infração penal, e não de um mero ilícito civil ou administrativo, e que tenham sido objeto de lavagem cometida no território do estado requerente.

O § 1º do art. 8º consagra a regra da reciprocidade, no sentido de que, mesmo que não haja tratado ou convenção internacional, será possível a colaboração com autoridade estrangeira quando o governo do país prometer reciprocidade ao Brasil.

Por fim, se acaso não houver tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores indisponibilizados por meio das medidas cautelares previstas no art. 4º da Lei 9.613/98 ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. Nesse caso, em se tratando de efeito da sentença condenatória, afigura-se indispensável a homologação da sentença condenatória estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, confirmando a origem ilícita dos bens anteriormente apreendidos.

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liqüidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;

III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;

IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;

V - as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*), as empresas de fomento comercial (*factoring*) e as Empresas Simples de Crédito (ESC); (Redação dada pela Lei Complementar nº 167, de 2019)

VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis,

mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;

VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;

VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.

XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

XIII - as juntas comerciais e os registros públicos; (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

XVI - as empresas de transporte e guarda de valores; (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País. (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

CAPÍTULO VI
DA IDENTIFICAÇÃO DOS CLIENTES E MANUTENÇÃO DE REGISTROS

Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar,

nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

§ 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários.

§ 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.

§ 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.

Art. 10-A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores. (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

CAPÍTULO VII
DA COMUNICAÇÃO DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS

Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:

I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

b) das operações referidas no inciso I; (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

§ 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista.

§ 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.

§ 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do *caput* aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

Art. 11-A. As transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil. (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

CAPÍTULO VIII
DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa pecuniária variável não superior:

a) ao dobro do valor da operação;

b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou

c) ao valor de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º;

IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

§ 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10.

§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo:

I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente;

II - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10;

III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10;

IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.

§3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

§4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do *caput* deste artigo.

Art. 13. Revogado pela Lei n. 13.974/2020.

CAPÍTULO IX
DO CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS

Art. 14. Fica criado, no âmbito do Ministério da Economia, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. (Redação dada pela Medida Provisória n. 886, de 2019)

§ 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12.

§ 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.

§ 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas (Incluído pela Lei n. 10.701, de 2003).

Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

Art. 16. Revogado pela Lei n. 13.974, de 2020.

Art. 17. Revogado pela Lei n. 13.974, de 2020.

35. DAS PESSOAS SUJEITAS À LEI Nº 9.613/98.

Uma persecução penal eficiente da lavagem de capitais exige, obrigatoriamente, uma perfeita interação entre três subsistemas: a) prevenção: composto pelos denominados sujeitos obrigados (Lei nº 9.613/98, art. 9º) e pelos órgãos de inteligência financeira, especialmente o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF),[254] dotado de autonomia técnica e operacional, atualmente vinculado administrativamente ao Banco Central do Brasil (Lei n. 13.974/20, art. 2º); b) repressão ou persecução: composto pela Polícia e pelo Ministério Público; c) recuperação de ativos: tarefa desempenhada pelo Ministério Público e por órgãos do Poder Executivo, notadamente o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI).

Em relação ao subsistema da prevenção, tendo em conta que o processo de lavagem de capitais envolve, obrigatoriamente, a movimentação de bens, valores ou direitos, estabeleceram-se mecanismos de controle dos registros de operações consideradas suspeitas. Determinou a Lei nº 9.613/98, então, em seu art. 9.º, as espécies de atividades sujeitas à fiscalização permanente por parte da correspondente pessoa jurídica ou física, que se vê obrigada a comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) a relação de operações suspeitas, de forma a viabilizar uma investigação mais detalhada.

254. De acordo com o art. 3º da Lei n. 13.974, com vigência em data de 8 de janeiro de 2020, compete ao Coaf, em todo o território nacional, sem prejuízo das atribuições estabelecidas na legislação em vigor: I – produzir e gerir informações de inteligência financeira para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro; II – promover a interlocução institucional com órgãos e entidades nacionais, estrangeiros e internacionais que tenham conexão com suas atividades.

A maior parte dos encargos é dirigida às pessoas jurídicas que mantenham atividades ligadas aos sistemas financeiros e econômicos, compelindo-as a identificar seus clientes, manter registros das operações com eles realizadas e comunicar reservadamente as transações suspeitas que ultrapassem o valor-limite fixado pela autoridade. No entanto, o art. 9.º também abarca outras instituições, inclusive pessoas físicas (v.g., inciso XII acrescentado pela Lei 10.701/2003), que, por terem como atividade principal ou acessória, o giro de médias e grandes quantidades de dinheiro, podem ser utilizadas como canais para a lavagem de capitais.

Segundo a Exposição de Motivos da Lei 9.613/98 (itens 83/88), "o fundamento teórico para essa divisão de tarefas parte do princípio de que a responsabilidade pelo combate dos crimes de lavagem não deve ficar restrita tão-só aos órgãos do Estado, mas também deve envolver toda a sociedade, tendo em vista o potencial desestabilizador dos crimes que se utilizam com maior vigor dos processos de lavagem. Assim, como certos setores da economia são utilizados como via para a prática do crime de lavagem de dinheiro, o que acaba por contaminar as atividades lícitas desenvolvidas por esses setores, e, por conseguinte, afetando a credibilidade e a estabilidade desses setores, nada mais lógico do que fazer com que assumam ônus e responsabilidades no combate de uma atividade delituosa que os atinge diretamente. De resto, tal participação fortalecerá a imagem desses setores perante a comunidade em que desenvolvam as suas atividades. De fato, uma comunidade organizada sobre o primado do Direito não se coaduna com qualquer prática delituosa, estando implícito o dever imputado a todos de participar e de colaborar no combate a práticas por ela repudiadas e que, se não combatidas, acabarão por implodir o tecido social, pela corrosão dos alicerces da vida em coletividade. Essa ideia de co-participação no combate às atividades ilícitas está, inclusive, consagrada no art. 144 da Constituição Federal, que deixa claro que a segurança pública é um dever do Estado, mas também é um direito e uma responsabilidade de todos. No mesmo sentido e de forma mais específica, já no que concerne ao Sistema Financeiro Nacional, o art. 192 do texto constitucional estabelece que ele deverá ser `estruturado de forma (...) a servir aos interesses da coletividade'. Ao lado disso, há razões de ordem prática que justificam esse compartilhamento, na medida em que esses setores, pela proximidade com seus clientes, dispõe de maiores condições para diferenciar operações lícitas de operações ilícitas. Ressalte-se, ainda, que o simples estabelecimento de um regime administrativo de combate aos crimes de lavagem, com a participação direta dos setores que normalmente são utilizados nesse processo, constitui um importante fator de inibição da utilização desses setores na lavagem de dinheiro. Nessa altura, cabe pôr em relevo o importante papel que o Sistema Financeiro Nacional terá no combate à lavagem de dinheiro".

A importância desse regime administrativo de combate aos crimes de lavagem de capitais é ressaltada pela doutrina estrangeira: "ter acesso a esses sistemas é um ponto crucial para a implementação do combate à lavagem. No caso de um crime comum praticado na rua ou de um crime cuja vítima seja uma pessoa, o início de uma investigação criminal geralmente depende de *notitia criminis* oferecida pelas vítimas. Além disso, o sucesso das investigações fica basicamente condicionado à capacidade da vítima em relatar o que aconteceu e, sobretudo, em fornecer alguma informação sobre o suspeito, a qual será utilizada para identificar o ofensor. Assim, o papel da vítima no controle social tem sido comparado a de um guardião do sistema de justiça criminal. No entanto, crimes que geram gigantescos lucros (tráfico de drogas) assim como a lavagem de capitais são, em regra, crimes sem vítimas diretas. Daí a importância de uma outra pessoa ser responsável pela coleta e repasse de informação. As funções normalmente exercidas pela vítima no caso de crimes comuns têm que ser exercidas seja pelo setor privado responsável pelas transações financeiras, seja por autoridades administrativas que rotineiramente têm acesso a essa informação. O sucesso ou o fracasso de políticas de confisco e anti-lavagem ficam condicionados ao fornecimento de informações relevantes objetivando o cumprimento da lei" (tradução livre).[255]

O combate à lavagem de capitais passa, portanto, pela cooperação entre o setor público (polícia, Ministério Público, unidades de inteligência

255. Albrecht, Hans-Jörg. The money trail, developments in criminal law, and research needs: an introduction. *European journal of crime, criminal law and criminal justice.* Hage, nº 3, v. 5, p. 193-195, 1997, p. 194.

financeira) e o setor privado. Neste sistema que a doutrina denomina de ***twin track fight***, pessoas físicas ou jurídicas que atuam em campos sensíveis à lavagem de capitais, que exerçam atividades em setores tradicionalmente utilizados pelos lavadores (bancos, corretoras de imóveis, contadores, etc.), são caracterizados como ***gatekeepers***, como ***torres de vigia***, pois atuam ou têm acesso aos caminhos e trilhas por meio dos quais flui o dinheiro obtido com crimes ou contravenções penais.

Por força dessa posição privilegiada que esses indivíduos ocupam, são obrigados não apenas a se abster de colaborar com a prática da lavagem de capitais, mas também de contribuir nas atividades de inteligência e vigilância do poder público, prestando informações acerca de atos que possam caracterizar branqueamento de dinheiro.

35.1. Da identificação dos clientes e manutenção de registros.

Estabelecidos os co-obrigados a impedir, ou ao menos dificultar, a prática da lavagem de capitais, a Lei 9.613/98 estabelece em seus arts. 10 e 11 as obrigações civis e administrativas que devem ser cumpridas pelas pessoas físicas e jurídicas que executem, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou secundária, qualquer dos ofícios apontados no rol o art. 9.º e seu parágrafo único.

Grosso modo, as regras de colaboração impostas às pessoas físicas e jurídicas listadas no art. 9º podem ser sintetizadas da seguinte forma:

a) o art. 10 da Lei 9.613/98 consagra a chamada política do "**know your costumer**", uma das armas mais poderosas no combate à lavagem de capitais, segundo a qual é dever da instituição financeira conhecer o perfil de seu correntista de forma que seja possível a definição de um padrão de movimentação financeira compatível com seus rendimentos declarados. Existindo incompatibilidade de movimentação, a notícia dessa operação suspeita deve ser encaminhada à autoridade administrativa responsável que adotará as providências cabíveis quanto à verificação da legalidade da operação. De acordo com Márcia Klink,[256] a auditoria desses dados cadastrais pode se dar através das seguintes estratégias: a) identificar adequadamente os clientes; b) adotar padrão de identificação e manter dados cadastrais atualizados para todos os clientes; c) obter informações que permitam traçar o perfil do cliente (renda, patrimônio, atividade econômica); d) monitorar as contas dos clientes visando verificar incompatibilidade entre as movimentações financeiras e as informações cadastrais dos clientes (renda/faturamento; atividade econômica; patrimônio); e) obtenção de informações que permitam identificar a origem dos recursos do cliente. De modo a impedir a proliferação de sociedades de fachada[257] ou sociedades-fantasma,[258] o art. 10, § 1.º, determina que, se o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação deve abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários;

b) comunicação às autoridades competentes de atos e transações suspeitas de lavagem de capitais;

c) desenvolvimento de políticas internas de **compliance**, consistentes na qualificação de funcionários, na elaboração de programas, normas e regulamentos para prevenção e identificação da lavagem de capitais, assim como na implementação de instrumentos de investigação e controle interno para impedir ou reprimir operações direta ou indiretamente ligadas com os crimes de branqueamento (Lei nº 9.613/98, art. 10, III).

Mas quais são as autoridades administrativas envolvidas no combate à lavagem de capitais? Além do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), unidade de inteligência financeira criada pelo art. 14 da Lei 9.613/98 com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de lavagem de capitais, há outros órgãos encarregados da fiscalização: 1) para as pessoas físicas ou jurídicas constantes do art. 9º, e seu parágrafo único, que operem no sistema financeiro, a autoridade dotada de competência privativa é o Banco Central do Brasil (BACEN), de acordo com o art. 10, IX, da Lei 4.595/64; 2) para as pessoas físicas ou jurídicas que operem com valores mobiliários, como as

256. Klink, Márcia. *Um Sistema Financeiro saudável, ético e eficiente é condição essencial para o desenvolvimento econômico e social do país.* Trabalho apresentado no Simpósio Internacional de Combate ao Crime Organizado – Defesa da ordem democrática, realizado em Brasília/DF de 03.06.2003 a 06.06.2003.

257. Sociedades de fachada são sociedades legalmente constituídas e que exercem uma atividade lícita, que é utilizada para mascarar o branqueamento de proventos de origem criminosa. Nada obriga a que *ab initio* estas sociedades sejam constituídas tendo em vista o branqueamento, podendo ter como objetivo prosseguir exclusivamente atividades lícitas e só mais tardem virem a desviar-se desse propósito.

258. Sociedades-fantasma só têm existência nominal, pois não estão registradas em lado nenhum. Aparecem frequentemente nos documentos de expedição e nas ordens de transferência de fundos e servem para ocultar o beneficiário final dos fundos de origem criminal.

bolsas, a autoridade competente é a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), nos termos do art. 8º, III e V e art. 9º, I a V, da Lei 6.385/76; 3) para as pessoas físicas ou jurídicas que operam no sistema de seguro e capitalização, a autoridade competente é a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), consoante dispõe o art. 36 do Dec.-lei 73/66.

Às pessoas listadas no art. 9.º que deixarem de cumprir o quanto previsto nos arts. 10 e 11 da Lei 9.613/98, podem ser aplicadas administrativamente, cumulativamente ou não as sanções previstas no art. 12: a) advertência; b) multa pecuniária variável; c) inabilitação temporária, pelo prazo de até 10 anos para o exercício do cargo de administrador; d) cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento. A propósito da multa pecuniária, especial atenção deve ser dispensada à nova redação do art. 12, inciso II, da Lei nº 9.613/98, que passa a prever um limite de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

35.2. Comunicação de operações suspeitas.

De acordo com o art. 11, I, da Lei 9.613/98, as pessoas físicas ou jurídicas elencadas no art. 9º dispensarão especial atenção às operações que, nos termos das instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se. Pelo menos até o dia 30 de junho de 2020, a relação dessas operações, passíveis de comunicação ao Coaf, estão elencadas na Carta-Circular n. 3.542 do Banco Central do Brasil, de 12 de março de 2012. Referida Carta-Circular deverá ser revogada em data de 1º de julho de 2020, data da entrada em vigor da Carta-Circular n. 4.001, de 29 de janeiro de 2020, a qual, a partir de então, passará a dispor sobre a relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes de lavagem de capitais.

CAPÍTULO X
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 17-A. Aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), no que não forem incompatíveis com esta Lei.

36. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Acrescido pela Lei nº 12.683/12, o art. 17-A da Lei nº 9.613/98 dispõe que as disposições do Código de Processo Penal são aplicáveis, subsidiariamente, aos processos criminais referentes à lavagem de capitais. A depender do caso concreto, também será possível a aplicação subsidiária de outras leis, como, por exemplo, a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06).

Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.

37. ACESSO A DADOS CADASTRAIS DOS INVESTIGADOS.

Dispositivo semelhante ao art. 17-B da Lei nº 9.613/98, acrescido pela Lei nº 12.683/12, é encontrado no art. 15 da Lei nº 12.850/13. De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários feitos à Lei das Organizações Criminosas.

Art. 17-C. Os encaminhamentos das instituições financeiras e tributárias em resposta às ordens judiciais de quebra ou transferência de sigilo deverão ser, sempre que determinado, em meio informático, e apresentados em arquivos que possibilitem a migração de informações para os autos do processo sem redigitação.

38. FORMA DE COMUNICAÇÃO DOS DADOS FINANCEIROS E TRIBUTÁRIOS.

Um dos maiores entraves por ocasião da quebra do sigilo de dados financeiros, bancários e fiscais diz respeito à ausência de definição de um parâmetro único a ser observado pelas instituições bancárias e pela Receita Federal ao prestar as informações. Daí a importância do art. 17-C da Lei nº 9.613/98, acrescido pela Lei nº 12.683/12, que dispõe: "Os encaminhamentos das instituições financeiras e tributárias em resposta

às ordens judiciais de quebra ou transferência de sigilo deverão ser, sempre que determinado, em meio informático, e apresentados em arquivos que possibilitem a migração de informações para os autos do processo sem redigitação".

Em substituição à apresentação de diversos documentos fotocopiados em suporte de papel, a Lei passa a exigir que as informações sejam prestadas por meio de arquivos digitais, sendo possível, inclusive, a indicação pelo juiz do programa de processamento de dados a ser utilizado, o que, sem dúvida, irá otimizar a análise dessas informações.

> **Art. 17-D.** Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno.

39. AFASTAMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO DE SUAS FUNÇÕES COMO EFEITO AUTOMÁTICO DO INDICIAMENTO EM CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS.

Por força da Lei nº 12.683/12, foi acrescido à Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98) o art. 17-D, que dispõe: "Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo da remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno".

Como se percebe, em se tratando de crimes de lavagem de capitais, este dispositivo legal estabelece o afastamento do servidor público de suas funções como efeito automático do indiciamento, permitindo seu retorno às atividades funcionais apenas se houver decisão judicial fundamentada nesse sentido.

Para além de violar a regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência, porquanto estabelece o afastamento do servidor de suas funções como efeito automático do indiciamento, equiparando aquele que está sendo processado àquele condenado por sentença transitada em julgado, o art. 17-D também vai de encontro ao princípio da jurisdicionalidade, vez que permite que uma autoridade não judiciária – lembre-se que o indiciamento é atribuição privativa da autoridade policial – determine medida de natureza cautelar sem qualquer aferição acerca de sua necessidade, adequação e proporcionalidade. Por tais motivos, somos levados a acreditar que o art. 17-D da Lei nº 9.613/98 é manifestamente inconstitucional.

Por tais motivos, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4911) contra o artigo 17-D da Lei nº 9.613/98. Para a ANPR, o dispositivo fere regras constitucionais que determinam que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal, garantem o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e a inafastabilidade da jurisdição. A entidade sustenta ainda que o afastamento de servidores públicos indiciados em inquérito policial, sem que o mesmo tenha tido, ao menos, o direito de se manifestar acerca dos motivos pelos quais se encontra sob investigação, configura uma punição antecipada. Destaca que o inciso LVII do artigo 5º da Constituição assegura que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Se o simples indiciamento não pode acarretar a suspensão das funções públicas, é certo que, diante do envolvimento de servidor público em crimes de lavagem de capitais ou infrações antecedentes, nada impede que a *autoridade judiciária competente* decrete a suspensão do exercício de função pública, se visualizar que esta medida cautelar diversa da prisão é necessária para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal, ou para evitar a prática de novas infrações penais (CPP, art. 282, I, c/c art. 319, VI).

> **Art. 17-E.** A Secretaria da Receita Federal do Brasil conservará os dados fiscais dos contribuintes pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, contado a partir do início do exercício seguinte ao da declaração de renda respectiva ou ao do pagamento do tributo.

40. PRESERVAÇÃO DE DADOS FISCAIS PELA RECEITA FEDERAL.

De acordo com o novel art. 17-E da Lei nº 9.613/98, a Secretaria da Receita Federal do Brasil conservará os dados fiscais dos contribuintes

pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, contado a partir do início do exercício seguinte ao da declaração de renda respectiva ou ao do pagamento do tributo.

O objetivo desse dispositivo legal é garantir um período mínimo de preservação desses dados. Logo, na hipótese de ulterior quebra do sigilo fiscal, tais informações poderão ser fornecidas pela Receita Federal para que sejam utilizadas como prova em eventual persecução penal. Cuida-se de prazo mínimo, o que significa dizer que, pelo menos em tese, é possível que a Receita Federal conserve esses dados fiscais por mais tempo.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de março de 1998;
177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 4.3.1998

41. VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.613/98.

A Lei de Lavagem de Capitais entrou em vigor em data de 04 de março de 1998, data de sua publicação. As modificações produzidas pela Lei nº 12.683/12, por sua vez, entraram em vigor no dia 10 de julho de 2012.

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E JUÍZOS COLEGIADOS

LEIS 12.850/2013 E 12.694/2012

LEI nº 12.850/13

CAPÍTULO I
DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Art. 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I – às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II – às organizações terroristas, assim entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. (Redação dada pela Lei n. 13.260/16).

1. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

1.1. Noções históricas.

Produto de um Estado ausente, a criminalidade organizada é um dos maiores problemas no mundo globalizado de hoje. Apesar de não se tratar de fenômeno recente, o crescimento dessas organizações criminosas representa uma grave ameaça não apenas à sociedade, mas também ao próprio Estado Democrático de Direito, seja pelo grau de lesividade das infrações penais por elas praticadas, seja pelo grau de influência que exercem dentro do próprio Estado.

Não é tarefa fácil precisar a origem das organizações criminosas. Certo, porém, é dizer que a mais famosa de todas é a Máfia Italiana. Com estrutura próxima a uma *família*, houve a formação de diversas máfias na Itália, ganhando notoriedade a "Cosa Nostra", de origem siciliana, a "Camorra", napolitana, e a N'drangheta, da região da Calábria. Inicialmente, as atividades ilícitas estavam restritas ao contrabando e à extorsão. Posteriormente, também passaram a atuar com o tráfico de drogas e a necessária lavagem de capitais. Com o objetivo de resguardar o bom andamento das atividades ilícitas, a Máfia italiana passou a atuar na política, comprando votos e financiando campanhas eleitorais.

De origem japonesa, a Yakusa tem formação exclusivamente masculina, porquanto consideram as mulheres fracas e incapazes de lutar como homens. Sua atuação engloba não apenas o tráfico de drogas, notadamente das anfetaminas, como também prostituição, pornografia, jogos de azar, extorsão e tráfico de pessoas. Dotada de um código interno extremamente rigoroso, elaborado com base na justiça, lealdade, fidelidade, fraternidade e dever para com a organização, inúmeras obrigações são impostas a seus integrantes, dentre elas: não esconder dinheiro do grupo, não se envolver com drogas; não violar a mulher ou os filhos de outro membro, etc. Geralmente, seus membros têm tatuagens de samurais, dragões e serpentes, que servem não apenas para identificar seus integrantes, mas também para estabelecer o grau de liderança por eles exercido dentro da organização.

Com atuação voltada para o tráfico de drogas, prostituição e extorsão, a Tríade Chinesa foi fundada em 1911 no denominado "Triângulo do Ouro", que abrange a região da Tailândia, Birmânia e Laos. Nos mesmos moldes que a Yakusa japonesa, as Tríades Chinesas também são dotadas de uma estrutura hierárquica extremamente rígida.[1]

No Brasil, a manifestação mais remota do crime organizado tradicionalmente apontada pela doutrina diz respeito à atuação do cangaço, bando então liderado por Virgulino Ferreira da Silva ("Lampião"), e, posteriormente, as associações criminosas voltadas à exploração dos jogos de azar, do tráfico de drogas, de armas e de animais silvestres. Mais recentemente, a criminalidade organizada estruturou-se nos presídios do Rio de Janeiro e de São Paulo, com a formação do Comando Vermelho (CV) e do Primeiro Comando da Capital (PCC).

Em meados da década de 1980, o Comando Vermelho (CV) teve origem no interior das penitenciárias do Rio de Janeiro, mais especificamente no Presídio da Ilha Grande, com o objetivo precípuo de dominar o tráfico de drogas nos morros do Rio de Janeiro. Valendo-se de táticas de guerrilha urbana inspiradas em grupos da esquerda armada, o Comando Vermelho aproveitou-se do espaço deixado pela ausência do Estado nas favelas cariocas para desenvolver uma política de benfeitorias e de proteção de modo a obter o apoio das comunidades por eles dominadas.

Assim como o Comando Vermelho, o Primeiro Comando da Capital (PCC) também teve origem no interior do sistema carcerário, porém, nesse caso, no Estado de São Paulo, em 1993. Por mais que um dos objetivos do PCC seja a melhoria das condições de vida dentro dos presídios paulistas, isso não afasta sua natureza de organização criminosa, sobretudo se recordarmos o caos criado em São Paulo nos últimos anos em virtude de inúmeros ataques às forças policiais, Juízes, Promotores de Justiça e funcionários da Secretaria de Administração Penitenciária.[2]

1. Nesse sentido: NETO, Francisco Tolentino. Histórico do crime organizado. *Crime Organizado*. Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 50-53.

2. Quando o indivíduo ingressa no Primeiro Comando da Capital, geralmente tem acesso ao Estatuto da Sociedade Criminosa, que estabelece regras de conduta que devem ser rigorosamente observadas. Descoberto em 1996 por autoridades policiais, o Estatuto do PCC prevê: "1. Lealdade, respeito, e solidariedade acima de tudo ao Partido. 2. A Luta pela liberdade, justiça e paz. 3. A união da Luta contra as injustiças e a opressão dentro das prisões. 4. A contribuição daqueles que estão em Liberdade com os irmãos dentro da prisão através de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate. 5. O respeito e a solidariedade a todos os membros do Partido, para que não haja conflitos internos, porque aquele que causar conflito interno dentro do Partido, tentando dividir a irmandade será excluído e repudiado do Partido. 6. Jamais usar o Partido para resolver conflitos pessoais, contra pessoas de fora. Porque o ideal do Partido está acima de conflitos pessoais. Mas o Partido estará sempre Leal e solidário à todos os seus integrantes para que não venham a sofrerem nenhuma desigualdade ou injustiça em conflitos externos. 7. Aquele que estiver em Liberdade "bem estruturado" mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, serão condenados à morte sem perdão. 8. Os integrantes do Partido tem que dar bom exemplo à serem seguidos e por isso o Partido não admite que haja assalto, estupro e extorsão dentro do Sistema. 9. O partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, a hombridade, solidariedade e o interesse como ao Bem de todos, porque somos um por todos e todos por um. 10, Todo integrante tem que respeitar a ordem e a disciplina do Partido. Cada um vai receber de acôrdo com aquilo que fez por merecer. A opinião de Todos será ouvida e respeitada, mas a decisão final será dos fundadores do Partido. 11. O Primeiro Comando da Capital PCC fundado no ano de 1993, numa luta descomunal e incansável contra a opressão e as injustiças do Campo de concentração "anexo" à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tem como tema absoluto a "Liberdade, a Justiça e Paz". 12. O partido não admite rivalidades internas, disputa do poder na Liderança do Comando, pois cada integrante do Comando sabe a função que lhe compete de acordo com sua capacidade para exercê-la. 13. Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 02 de outubro de 1992, onde 11 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, torturas, massacres nas prisões. 14. A prioridade do Comando no montante é pressionar o Governador do Estado à desativar aquele Campo de Concentração " anexo" à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, de onde surgiu a semente e as raízes do comando, no meio de tantas lutas inglórias e a tantos sofrimentos atrozes. 15. Partindo do Comando Central da Capital do KG do Estado, as diretrizes de ações organizadas simultâneas em todos os estabelecimentos penais do Estado, numa guerra sem trégua, sem fronteira, até a vitória final. 16. O importante de tudo é que ninguém nos deterá nesta luta porque a semente do Comando se espalhou por todos os Sistemas Penitenciários do estado e conseguimos nos estruturar também do lado de fora, com muitos sacrifícios e muitas perdas irreparáveis, mas nos consolidamos à nível estadual e à médio e longo prazo nos consolidaremos à nível nacional. Em coligação com o Comando Vermelho – CV e PCC iremos revolucionar o país dentro das prisões e nosso braço armado será o Terror "dos Poderosos" opressores e tiranos que usam o Anexo de Taubaté e o Bangú I do Rio de Janeiro como instrumento de vingança da sociedade na fabricação de monstros. Conhecemos nossa força e a força de nossos inimigos Poderosos, mas estamos preparados, unidos e um povo unido jamais será vencido. LIBERDADE! JUSTIÇA! E PAZ! O Quartel General do PCC, Primeiro Comando da Capital, em coligação com Comando Vermelho CV. UNIDOS VENCEREMOS".

1.2. Ausência de definição legal de organizações criminosas no ordenamento pátrio.

A despeito da profusão de referências legislativas ao termo *organizações criminosas*, sempre houve controvérsia acerca da existência desse conceito legal no ordenamento pátrio.

Conquanto a revogada Lei 9.034/95 definisse e regulasse meios de prova e procedimentos investigatórios referentes a ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou *organizações* ou associações *criminosas* de qualquer tipo (art. 1º, caput), não havia, no bojo da referida lei, uma definição legal de organizações criminosas, razão pela qual tal diploma normativo sempre teve aplicação restrita às quadrilhas (CP, antiga redação do art. 288) e às associações criminosas (v.g., Lei nº 11.343/06, art. 35; Lei nº 2.889/56, art. 2º).

1.3. (Im)possibilidade de aplicação do conceito constante da Convenção de Palermo.

Diante da inércia do legislador brasileiro em conceituar *organizações criminosas*, era crescente

o entendimento no sentido de que, enquanto a lei brasileira não fornecesse um conceito legal, seria possível a aplicação do conceito dado pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.015/2004, cujo art. 2º dispõe: "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material".[3]

Não olvidamos a importância do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que pode ser usado em determinadas situações para suprir lacunas existentes no ordenamento jurídico. Aliás, foi exatamente isso o que ocorreu por ocasião do julgamento do HC 70.389/SP. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal discutiu a legalidade da norma constante do revogado art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelecia como crime a prática de *tortura* contra criança e adolescente. A controvérsia foi instaurada em virtude de a norma em questão consagrar um tipo penal aberto – submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda, ou vigilância *a tortura* –, passível de complementação no que se refere à definição dos diversos meios de execução do delito de tortura. Aos olhos da Suprema Corte, os instrumentos internacionais de direitos humanos – em particular, a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura, adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA (1969) – permitiriam a integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo 'tortura'.[4]

Esse raciocínio, todavia, não podia ser empregado em relação ao conceito legal de "organizações criminosas", vez que esta expressão não podia ser interpretada como um mero elemento normativo a ser valorado pelo julgador. Isso porque, diversamente do revogado art. 233 da Lei nº 8.069/90, não se trata de um mero componente de um tipo completo, mas da própria arquitetura típica: não há verbo indicador da conduta, não há sujeito ativo ou passivo, não há menção a meios instrumentais ou modos de execução, não há referência a nenhuma circunstância que gire em torno do comportamento proibido. Ou seja, há, na verdade, um vazio legislativo, que não podia ser suprido por um juízo de valor do órgão julgador.

Admitir-se, então, que um tratado internacional pudesse definir o conceito de "organizações criminosas" importaria, a nosso ver,[5] em evidente violação ao princípio da legalidade, notadamente em sua garantia da *lex populi*. Com efeito, admitir que tratados internacionais possam definir crimes ou penas significa tolerar que o Presidente da República possa, mesmo que de forma indireta, desempenhar o papel de regulador do direito penal incriminador. Fosse isso possível, esvaziar-se-ia o princípio da reserva legal, que, em sua garantia da *lex populi*, exige obrigatoriamente a participação dos representantes do povo na elaboração e aprovação do texto que cria ou amplia o *ius puniendi* do Estado brasileiro.

À época em que a Lei de Lavagem de Capitais ainda trazia um rol taxativo de crimes antecedentes, dentre os quais constava o crime praticado por organização criminosa (revogado inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98) – lembre-se que a Lei nº 12.683/12 passou a prever que qualquer infração penal poderá figurar como antecedente –, a discussão em torno do conceito legal de organizações criminosas acabou sendo enfrentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Em caso concreto em que dois indivíduos foram denunciados pelo crime de lavagem de capitais, descrevendo a denúncia a existência de *organização criminosa* que se valeria de estrutura de entidade religiosa e de empresas vinculadas para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante fraudes, desviando numerários oferecidos para finalidades ligadas à Igreja, da qual aqueles seriam dirigentes, em proveito próprio e de terceiros, considerou a 1ª Turma do Supremo que a conduta seria atípica, haja vista a inexistência de conceito legal de organizações criminosas à

3. A Recomendação nº 3/2006 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) propõe a adoção do conceito de "crime organizado" estabelecido na Convenção de Palermo. O próprio STJ tinha precedentes nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 77.771/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 30/05/2008, DJe 22/09/2008; STJ, 6ª Turma, HC 138.058/RJ, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, j. 22/03/2011, DJe 23/05/2011. E ainda: TRF-4.ª Reg., ACR 2000.71.00.018143-6, 7.ª Turma, rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère, *DE* 13.06.2007.

4. STF, Pleno, HC 70.389/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/06/1994, DJ 10/08/2001. No mesmo contexto: Piovesan, Flávia. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro, in* Piovesan, Flávia, E Gomes, Luiz flávio (org.), *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.* São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 176.

5. Em obra publicada no ano de 2009, já havíamos nos posicionado nesse sentido ao tecer comentários acerca da Lei de Lavagem de Capitais: *Legislação criminal Especial.* Coleção Ciências Criminais. V. 6. Coordenação: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 551.

época. Concluiu o Supremo que referido conceito não poderia ser extraído da Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/2004), sob pena de violação à premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF, art. 5º, XXXIX).[6]

1.4. Vigência da Lei nº 12.694/12.

Face a decisão do Supremo, o Congresso Nacional se viu obrigado a legislar sobre o assunto, daí emergindo a Lei nº 12.694/12, que trata da formação do juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas. Com vigência em 23 de outubro de 2012, seu art. 2º passou a conceituar organizações criminosas no seguinte sentido: "*Para os efeitos desta Lei*, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional".

Por mais que, ao conceituar organizações criminosas, o art. 2º da Lei nº 12.694/12 fizesse uso da expressão "*para os efeitos desta Lei*", o conceito aí inserido era válido não apenas para a formação do órgão colegiado para o julgamento dos crimes por elas praticados, mas também para outras hipóteses, tais como, por exemplo, a aplicação dos procedimentos investigatórios e meios de prova regulamentados pela revogada Lei nº 9.034/95. Ora, uma mera interpretação gramatical de parte do art. 2º da Lei nº 12.694/12 – *para os efeitos desta Lei* – não podia conduzir ao absurdo de se admitir que haveria um conceito de organizações criminosas para a formação do órgão colegiado, mas que este conceito não pudesse ser utilizado para a aplicação da revogada Lei nº 9.034/95, ou que teríamos conceitos distintos de organizações criminosas no ordenamento pátrio.[7]

1.5. Nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13).

O conceito legal de organização criminosa introduzido pelo art. 2º da Lei nº 12.694/12 teve uma curta vida útil. Isso porque a Lei nº 12.850/13, *que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal*, introduziu novo conceito de organizações criminosas no art. 1º, § 1º, nos seguintes termos: "Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional".

Comparando-se o conceito de organização criminosa constante do art. 2º da Lei nº 12.694/12 com a nova definição inserida no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, podemos destacar 3 (três) diferenças fundamentais:

1) Para a Lei nº 12.694/12, eram necessárias pelo menos *3 (três) pessoas* para a caracterização de uma organização criminosa; para a Lei nº 12.850/13, são necessárias *4 (quatro) ou mais pessoas*, devendo o crime de associação criminosa constante da nova redação do art. 288 do CP ser utilizado como soldado de reserva na hipótese de restar caracterizada uma associação de 3 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes;

2) Para a Lei do Juízo Colegiado, a associação devia ter como objetivo a obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de *crimes* cuja pena máxima fosse *igual ou superior a 4 (quatro) anos* ou de caráter transnacional. Para a Lei nº 12.850/13, a obtenção de vantagem de qualquer natureza deve se dar mediante a prática de *infrações penais* (e não apenas crimes)[8] com pena máxima *superior* (e não mais igual) *a 4 (quatro) anos*;

3) Para a Lei nº 12.694/12, organização criminosa não era um tipo penal incriminador, já que sequer havia cominação de pena. Na verdade, era apenas uma forma de se praticar crimes que sujeitava o agente a certos gravames (v.g., sujeição ao regime disciplinar diferenciado). Em sentido diverso, a Lei nº 12.850/13 passou a tipificar em

6. STF, 1ª Turma, HC 96.007/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/2012. Com entendimento semelhante: STF, Pleno, ADI 4.414/AL, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012; STF, 1ª Turma, HC 108.715/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/09/2013. No sentido de que não é possível utilizar tipo penal descrito em tratado internacional para tipificar condutas internamente, sob pena de se violar o princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX): STJ, 3ª Seção, REsp 1.798.903/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/09/2019, DJe 30/10/2019.

7. Como observa Pacelli (*Curso de processo penal*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 835), "o conceito trazido no citado art. 2º da Lei nº 12.694/12 fortalece e consolida a estrutura da organização criminosa apontada no art. 1º da Lei nº 9.034/95". Em sentido diverso, Nucci (op. cit. p. 93) sustenta que o conceito de organização criminosa constante do art. 2º da Lei nº 12.694/12 seria de aplicação exclusiva para a formação do órgão colegiado.

8. Pelo menos em tese, a expressão *infrações penais* constante do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, abrange não apenas *crimes* como também *contravenções penais*. No entanto, não há *contravenção penal* com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

seu art. 2º, *caput*, a conduta de *promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa*, cominando a este crime a pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Em síntese, pode-se trabalhar com o seguinte quadro comparativo:

Organização Criminosa Art. 2º da Lei nº 12.694/12	**Organização Criminosa Art. 1º, § 1º, c/c art. 2º, caput, ambos da Lei nº 12.850/13**
Número de integrantes: associação estável e permanente de **3 (três)** ou mais pessoas;	**Número de integrantes:** associação estável e permanente de **4 (quatro)** ou mais pessoas;
Finalidade: obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de **crimes** cuja pena máxima seja **igual ou superior a 4 (quatro) anos**, ou de caráter transnacional;	**Finalidade:** obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de **infrações penais** (crimes ou contravenções penais) cujas penas máximas sejam **superiores a 4 (quatro) anos**, ou de caráter transnacional.
Natureza jurídica: não era um tipo penal incriminador, já que sequer havia cominação de pena. Funcionava apenas como uma forma de se praticar crimes, sujeitando o agente a certos gravames (v.g., regime disciplinar diferenciado, formação do juízo colegiado).	**Natureza jurídica:** trata-se de tipo penal incriminador, previsto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, ao qual é cominada pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

1.6. Revogação tácita e parcial da Lei nº 12.694/12.

Diante do novo conceito de organizações criminosas introduzido pela Lei nº 12.850/13, surgem alguns questionamentos: haveria, doravante, 2 (dois) conceitos distintos de organizações criminosas, um para a formação do juízo colegiado, consoante disposto no art. 2º da Lei nº 12.694/12, e outro para fins de aplicação dos procedimentos investigatórios constantes da Lei nº 12.850/13? Ou devemos trabalhar com um conceito único de organizações criminosas no ordenamento pátrio? Respondido afirmativamente este último questionamento, teria havido, então, a revogação integral da Lei nº 12.694/12, ou será que subsiste a possibilidade de formação do juízo colegiado, aplicando-se, todavia, a nova definição de organizações criminosas constante do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13?

Parte minoritária da doutrina sustenta que há dois conceitos distintos de organizações criminosas no ordenamento pátrio: um para fins de formação do juízo colegiado, nos termos do disposto no art. 2º da Lei nº 12.694/12; outro para fins de aplicação das técnicas especiais de investigação regulamentadas pela nova Lei das Organizações Criminosas, cuja definição consta do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13.

Não podemos concordar com tal entendimento. Por mais que a Lei nº 12.850/13 não faça qualquer referência à revogação parcial da Lei n.12.694/12, especificamente no tocante ao conceito de organizações criminosas, é no mínimo estranho aceitarmos a superposição de conceitos distintos para definir tema de tamanha relevância para o Direito Penal e Processual Penal. É bem verdade que o art. 9º da LC 95/98, com redação dada pela LC nº 107/01, determina que a cláusula de revogação de lei nova deve enumerar, expressamente, as leis e disposições revogadas, o que não ocorreu na hipótese sob comento, já que o art. 26 da Lei nº 12.850/13 revogou expressamente apenas a Lei nº 9.034/95, sem fazer qualquer referência ao conceito de organização criminosa constante do art. 2º da Lei nº 12.694/12. No entanto, a falta de técnica por parte do legislador – que, aliás, tem se tornado uma rotina –, não pode justificar a convivência de normas jurídicas incompatíveis entre si, tratando do conceito de organizações criminosas de maneira conflitante. Por consequência, como se trata de norma posterior que tratou da matéria em sentido diverso, parece-nos que o novel conceito de organização criminosa constante do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, revogou tacitamente o art. 2º da Lei nº 12.694/12, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.[9]

Se, de um lado, sustentamos que o conceito de organização criminosa deve ser unificado em torno da definição constante do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, daí não se pode concluir que a Lei nº 12.694/12 teria sido integralmente revogada. Ora, por mais que tenha havido a revogação tácita do art. 2º da Lei nº 12.694/12 pela Lei nº 12.850/13, os demais dispositivos constantes desta Lei permanecem com plena vigência. Afinal, o objeto desses dois diplomas normativos é distinto: enquanto a

9. Nessa linha: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização da 17ª edição do curso de processo penal em virtude da Lei nº 12.850/13*. Disponível em: http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/. Acesso em 05/11/2013. E ainda: BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

Lei nº 12.694/12 dispõe sobre a formação do juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, a Lei nº 12.850/13 define o crime de organização criminosa, infrações penais correlatas, regulamentando a investigação criminal e meios de obtenção de prova. Subsiste, pois, a possibilidade de formação do juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, tal qual disposto no art. 1º da Lei nº 12.694/12. Porém, para fins de conceituação de organizações criminosas, há de ser utilizada a definição constante do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, que revogou tacitamente o disposto no art. 2º da Lei nº 12.694/12.

2. DEMAIS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.850/13.

A Lei nº 12.850/13 não tem aplicação restrita às organizações criminosas. Seu art. 1º, § 2º, deixa evidente que todos os meios de obtenção de prova e técnicas especiais de investigação por ela regulamentados também são aplicáveis nas seguintes hipóteses, mesmo que estas infrações penais não sejam praticadas por intermédio de organização criminosa:

a) **infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente**: o simples fato de o delito estar previsto em tratado ou convenção internacional assinado pelo Brasil, com a devida ratificação por meio de decreto legislativo do Congresso Nacional e decreto do Presidente da República (v.g., crimes de guarda de moeda falsa, de tráfico internacional de entorpecentes, contra as populações indígenas, de tráfico de mulheres, de envio ilegal e tráfico de menores, de tortura, de pornografia infantil e pedofilia e corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais), não enseja, por si só, a possibilidade de aplicação da Lei nº 12.850/13. Para além disso, é imprescindível que se trate de delito à distância, ou seja, que a infração se revista do caráter de internacionalidade, com o início da sua execução no país, e o resultado ocorrendo ou devendo ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

b) **às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos:** o inciso II do § 2º do art. 1º da Lei n. 12.850/13 foi alterado pela Lei Antiterrorismo (Lei n. 13.260/16). O novel crime de organização terrorista consta do art. 3º do referido diploma normativo, para onde remetemos o leitor.

> **Art. 2º.** Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.
>
> **§ 1º** Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.
>
> **§ 2º** As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.
>
> **§ 3º** A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.
>
> **§ 4º** A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):
>
> I – se há participação de criança ou adolescente;
>
> II – se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;
>
> III – se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;
>
> IV – se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;
>
> V – se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.
>
> **§ 5º** Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.
>
> **§ 6º** A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.
>
> **§ 7º** Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

> **§8º** As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverá iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)
>
> **§9º** O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

3. CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: CRIME ORGANIZADO POR NATUREZA E POR EXTENSÃO.

Como exposto anteriormente, quando o conceito de organização criminosa foi introduzido no art. 2º da Lei nº 12.694/12, que versa sobre a formação do juízo colegiado para o julgamento de crimes por elas praticados, a formação de uma organização criminosa, por si só, não era crime, não era um tipo penal, já que sequer havia cominação de pena. À época, tratava-se apenas de uma forma de se praticar crimes, sujeitando o agente a certos gravames, tais como: 1) sujeição do preso provisório ou do condenado ao regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 52, § 2º); 2) realização do interrogatório por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (CPP, art. 185, § 2º, I); 3) impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao tráfico de drogas; 4) aumento da pena do crime de lavagem de capitais de um a dois terços se o crime for cometido por intermédio de organização criminosa (Lei nº 9.613/98, art. 1º, § 4º, com redação dada pela Lei nº 12.683/12).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.850/13, subsiste a possibilidade de aplicação de todos esses gravames. No entanto, a figura da organização criminosa deixa de ser considerada uma simples forma de se praticar crimes para se tornar um tipo penal incriminador autônomo – "Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa" (Lei nº 12.850/13, art. 2º) –, punido com pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. Em que pese a Lei nº 12.850/13 não ter fornecido o *nomen iuris* do crime, podemos denominá-lo de *organização criminosa.*

Como se trata de *novatio legis* incriminadora, sua aplicação está restrita aos crimes praticados a partir da vigência da Lei nº 12.850, que se deu em data de 19 de setembro de 2013, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL). De todo modo, como se trata de crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento, na hipótese de tal crime ter início antes do dia 19 de setembro de 2013, mas se prolongar na vigência da Lei nº 12.850/13, é perfeitamente possível a responsabilização criminal pelo novo tipo penal, nos termos da súmula nº 711 do STF ("A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência").

Não se pode confundir o conceito de crime organizado por natureza com a definição de crime organizado por extensão. A expressão **crime organizado por natureza** refere-se à punição, *de per si,* pelo crime de organização criminosa, ou seja, pelo tipo penal do art. 2º, *caput,* da Lei nº 12.850/13, ou pelos delitos de associação criminosa (CP, art. 288; Lei nº 11.343/06, art. 35). Noutro giro, a expressão **crime organizado por extensão** refere-se às infrações penais praticadas pela organização criminosa ou pelas associações criminosas. A título de exemplo, verificada a existência de organização criminosa especializada em crimes de peculato, os agentes deverão ser denunciados pelo crime de organização criminosa (Lei nº 12.850/13, art. 2º, *caput*) – crime organizado por natureza – em concurso material com os delitos de peculato (CP, art. 312) – crime organizado por extensão.[10]

3.1. Bem jurídico tutelado.

Nos mesmos moldes que a nova figura delituosa de associação criminosa inserida no art. 288 do Código Penal, cuida-se, o crime de organização criminosa, de infração penal contra a paz pública, ou seja, o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica, que, pelo menos em tese, se veem atingidos pela *societas criminis.*

10. Nessa linha: CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos.* Série Legislação Penal Especial. Organizadores: Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 14.

3.2. Análise do tipo penal.

São 04 (quatro) as condutas incriminadas pelo art. 2º da Lei nº 12.850/13, a saber: a) **promover:** consiste em gerar, dar origem a algo, fomentar; b) **constituir:** formar, organizar, compor; c) **financiar:** significa sustentar os gastos, custear, bancar, prover o capital necessário para o desenvolvimento de determinada atividade; e d) **integrar:** tomar parte, juntar-se, completar.

Cuida-se de tipo misto alternativo. Logo, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena. Pouco importa que o autor tenha promovido, constituído e financiado determinada organização criminosa. Terá praticado um único de organização criminosa, por força da incidência do princípio da alternatividade. Entretanto, se tais condutas recaírem sobre organizações criminosas distintas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

Para a tipificação do crime do art. 2º da Lei nº 12.850/13, o agente deverá promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, cujo conceito consta do art. 1º, § 1º, da mesma Lei. Logo, trata-se de norma penal em branco homogênea. Grosso modo, são 3 (três) os requisitos fixados pelo art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, para o reconhecimento da organização criminosa:[11]

a) **Associação de 4 (quatro) ou mais pessoas**: esta associação de 4 (quatro) ou mais pessoas deve apresentar estabilidade ou permanência, características relevantes para sua configuração, que diferenciam esta figura delituosa do concurso eventual de agentes a que se refere o art. 29 do CP, dotado de natureza efêmera e passageira. Com efeito, apesar de não haver menção expressa no art. 2º da Lei nº 12.850/13, o ideal é concluir que a **estabilidade** e a **permanência** funcionam como elementares implícitas do crime de organização criminosa, porquanto não se pode admitir que uma simples coparticipação criminosa ou um eventual e efêmero acordo de vontades para a prática de determinado crime tenha o condão de tipificar tal delito. Eventual agente infiltrado não pode ser levado em consideração como integrante do grupo para complementar o número legal mínimo de 4 (quatro) integrantes necessários para a tipificação do crime de organização criminosa;

b) **Estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas, ainda que informalmente**: geralmente, as organizações criminosas se caracterizam pela hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, alta capacitação para a prática de fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações. Essa compartimentalização das atividades, expressada na elementar "divisão de tarefas", reforça o sentido de estruturação empresarial que norteia o crime organizado. A divisão direcionada de tarefas costuma ser estabelecida pela gerência segundo as especialidades de cada um dos integrantes do grupo, a exemplo do que ocorre com o roubo de veículos, em que um agente fica responsável pela subtração, e outros pelo "esquentamento" ou desmanche, falsificação de documentos e revenda;

c) **Finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional**: para a caracterização de uma organização criminosa, a associação deve ter por objetivo a obtenção de qualquer vantagem, seja ela patrimonial ou não, mediante a prática de infrações penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou que tenham caráter transnacional – neste caso, pouco importa o *quantum* de pena cominado ao delito –, sendo indiferente que as infrações penais sejam (ou não) da mesma espécie.

Esse limite de 4 (quatro) anos não foi fixado de maneira aleatória pelo legislador. Na verdade, esse limite de 4 (quatro) anos de prisão funciona como um número cabalístico no direito penal brasileiro, exatamente por conta das consequências que um dia a mais de pena pode vir a representar para o condenado. De fato, se o acusado for condenado a cumprir pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, fará jus aos seguintes benefícios: a) pena em regime aberto (um dia a mais não admite regime aberto); b) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (um dia a mais não admite

11. Para além desses requisitos, Bitencourt e Busato (*Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41) também elencam algumas condições negativas, que, se presentes, poderiam tipificar o crime do art. 288-A (constituição de milícia privada) do CP por força do princípio da especialidade: a) não atuar com característica paramilitar; b) não atuar como milícia, isto é, com controle de território ou de pessoas em um território, mediante coação.

a substituição, salvo em se tratando de crimes culposos); c) prescrição em 8 (oito) anos (se a pena exceder a 4 anos, a prescrição será elevada para 12 anos).

Por ilícito transnacional se compreende aquele que transcende o território brasileiro, ou seja, que envolve águas ou solo ou espaço aéreo que vão além do território nacional, que abrange o solo, as águas internas, doze milhas de mar e o espaço aéreo respectivo. Na hipótese de o crime ultrapassar os limites do território brasileiro, será considerado transnacional, ainda que não envolva diretamente qualquer outro país soberano.

Como o legislador faz uso da expressão *infrações penais* no art. 1º, § 1º, seria possível, pelo menos em tese, aí incluirmos *crimes* e *contravenções penais*. No entanto, é bom ressaltar que não há contravenções penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

Como o legislador não fez qualquer ressalva no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, parece-nos que o mais correto é concluir que as infrações penais a que se refere o dispositivo sob comento podem ser de qualquer natureza, leia-se, crimes comuns – da competência da Justiça Comum Estadual ou Federal –, crimes militares ou eleitorais, desde que tenham penas máximas superiores a 4 anos, ou de caráter transnacional, do que se conclui que os meios extraordinários de obtenção de prova regulamentados pela Lei nº 12.850/13 também podem ser aplicados no âmbito da Justiça Militar (da União e dos Estados) e da Justiça Eleitoral.

Cuida-se de crime permanente, ou seja, aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento. Como se vê, uma das principais características do crime permanente consiste em o agente poder fazer cessar a perturbação do bem jurídico a qualquer momento. Ele possui o domínio do fato, da conduta e do resultado.[12] Por isso, enquanto não cessar a permanência, é perfeitamente possível a prisão em flagrante (CPP, art. 303), inclusive com violação de domicílio sem prévia autorização judicial, já que a própria Constituição Federal aponta o flagrante delito como uma das exceções à cláusula de reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XI).[13] A prescrição, por sua vez, começa a fluir apenas com o fim da permanência (CP, art. 111, III). Ademais, ainda que determinado indivíduo tenha se associado ao grupo quando ainda era menor, deverá ser responsabilizado normalmente pelo crime do art. 2º da Lei nº 12.850/13 se atingir a idade de 18 (dezoito) anos enquanto o delito se encontrar em plena consumação, tal qual disposto na súmula nº 711 do Supremo.[14]

3.3. Sujeitos do crime.

Trata-se de crime comum, ou seja, o tipo penal não exige qualidade ou condição especial do agente. Para a tipificação do crime do art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, é necessária a reunião de pelo menos 4 (quatro) pessoas. Logo, estamos diante de delito plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário, figurando como espécie de crime de conduta paralela, já que os diversos agentes (pelo menos quatro) auxiliam-se mutuamente com o objetivo de produzir um mesmo resultado, a saber, a união estável e permanente para a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional. Pouco importa que os componentes da organização criminosa não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. Na verdade, basta que o fim almejado pelo grupo seja o cometimento de infrações penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional.[15]

Evidenciada a presença de pelo menos 4 (quatro) pessoas, é de todo irrelevante que um deles seja inimputável – qualquer que seja a causa da inimputabilidade penal (v.g., menoridade, doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado) –, que nem todos os integrantes tenham sido identificados, ou mesmo que algum deles não seja punível em razão de alguma causa pessoal de isenção de pena.

Para o cômputo dos 4 (quatro) agentes necessários para a tipificação do crime de organização criminosa, não se pode querer incluir o agente infiltrado. A uma porque a própria infiltração está condicionada à prévia existência de organização

12. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 146-147.

13. Como já se pronunciou o STJ, dada sua natureza permanente, o antigo crime de quadrilha ou bando também autorizava a prisão em flagrante durante todo o lapso temporal em que se verificasse a manutenção da associação dos consortes: STJ, 5ª Turma, HC 157.886/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 15/02/2011, DJe 28/02/2011.

14. Nessa linha, referindo-se, todavia, ao antigo crime de quadrilha, que também era dotado de natureza permanente: STJ, 5ª Turma, HC 169.510/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 07/02/2012, DJe 23/04/2012.

15. Nesse contexto, referindo-se, todavia, ao crime de quadrilha então previsto no art. 288 do CP: STF, Pleno, AP 481/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08/09/2011, DJe 127 28/06/2012.

criminosa (Lei nº 12.850/13, art. 10, § 2º). A duas porque o agente infiltrado não age com o necessário *animus* associativo. Visa, na verdade, à identificação de fontes de prova e à colheita de elementos de informação capazes de contribuir para o desmantelamento da sociedade criminosa.[16]

O sujeito passivo é a coletividade (crime vago).

3.4. Consumação e tentativa.

Em se tratando de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, consuma-se o crime de organização criminosa com a simples associação de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional, pondo em risco, presumidamente, a paz pública. Sua consumação independe, portanto, da prática de qualquer ilícito pelos agentes reunidos na *societas delinquentium*. Trata-se, portanto, de crime de perigo abstrato cometido contra a coletividade (crime vago), punindo-se o simples fato de se figurar como integrante do grupo.[17]

Aí reside mais uma diferença da organização criminosa em relação ao concurso de pessoas, que é punido apenas se houver a concretização do delito (consumado ou tentado), nos termos do art. 31 do CP ("O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado"), ou seja, é indispensável ao menos a prática de atos executórios em relação ao crime para os quais os agentes momentaneamente se associaram.

O crime de organização criminosa é incompatível com o *conatus*. Considerando-se que o art. 2º da Lei nº 12.850/13 exige a existência de uma organização criminosa, conclui-se que, presentes a estabilidade e a permanência do agrupamento, o delito estará consumado; caso contrário, o fato será atípico. Em síntese, os atos praticados com o objetivo de formar a associação (anteriores à execução de qualquer dos núcleos) são meramente preparatórios.

3.5. Concurso de crimes.

Se os membros da organização criminosa praticarem as infrações penais para as quais se associaram, deverão responder pelo crime do art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, em concurso material (CP, art. 69) com os demais ilícitos por eles perpetrados. Nesse sentido, basta atentar para o preceito secundário do próprio art. 2º, que prevê a pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, *sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.*

À evidência, para que os integrantes da *societas criminis* respondam pelos delitos praticados pela organização criminosa, é indispensável que tais infrações penais tenham ingressado na esfera de conhecimento de cada um deles, sob pena de verdadeira responsabilidade penal objetiva. Logo, o agente não poderá ser responsabilizado por um homicídio praticado pelos demais integrantes da organização criminosa à qual se associou caso não soubesse, de antemão, que tal delito seria executado pelo grupo.

3.6. Natureza hedionda do crime de organização criminosa.

O Pacote Anticrime transformou o crime de organização criminosa em hediondo, *mas desde que direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.* É nesse sentido, aliás, o teor do art. 1º, parágrafo único, inciso V, da Lei n. 8.072/90, incluído pela Lei n. 13.964/19. Logo, na eventualidade de nos depararmos com uma associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais hediondas (ou equiparadas), como, por exemplo, o delito de furto qualificado pelo emprego de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum (CP, art. 155, §4º-A), cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional, ter-se-á dois crimes hediondos, não apenas o do art. 1º, IX, mas também o do art. 1º, parágrafo único, inciso V, ambos da Lei n. 8.072/90, aí incluídos pela Lei n. 13.964/19.

4. OBSTRUÇÃO OU EMBARAÇO DE INVESTIGAÇÃO DE INFRAÇÃO PENAL REFERENTE À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

O art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, introduz novo tipo penal incriminador no ordenamento pátrio, nos seguintes termos: "nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa".

16. Com entendimento semelhante: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 18.

17. Referindo-se ao antigo crime de quadrilha, o STF já teve a oportunidade de afirmar que se tratava de crime autônomo, prescindindo quer do crime posterior, quer, com maior razão, do anterior: STF, 1ª Turma, HC 95.086/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/08/2009, DJe 162 27/08/2009.

São duas as condutas delituosas incriminadas pelo tipo penal em questão: a) **impedir**: significa obstar, interromper, tolher, consumando-se com a efetiva cessação da investigação em virtude de determinada conduta praticada pelo agente (crime material); b) **embaraçar**: consiste em complicar, perturbar, ou seja, o crime restará consumado com qualquer ação ou omissão que cause algum tipo de embaraço à investigação, ainda que não haja sua interrupção (crime formal).

Diversamente do crime de organização criminosa constante do *caput* do art. 2º, que tutela a paz pública, esta figura delituosa do § 1º tem como bem jurídico tutelado a *administração da justiça*. Outra diferença importante: enquanto aquela figura delituosa é crime de concurso necessário, exigindo a presença de pelo menos 4 (quatro) pessoas, o novel crime do § 1º do art. 2º deve ser compreendido como monossubjetivo (ou de concurso eventual), já que pode ser praticado por uma única pessoa, desde que este agente não tenha concorrido, de qualquer modo, para a formação da organização criminosa.

Na redação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, o legislador refere-se à conduta do agente que impede ou, de qualquer forma, embaraça a *investigação* de infração penal que envolva organização criminosa. Como o legislador fez uso do termo *investigação*, aí podemos incluir não apenas o inquérito policial como também qualquer outro procedimento investigatório criminal (v.g., investigações criminais presididas pelo Ministério Público), desde que referente à infração penal que envolva organização criminosa.

Estranhamente, o legislador fez uso exclusivo do termo *investigação*, não fazendo qualquer remissão ao *processo judicial* de infração penal que envolva organização criminosa. Diante do imperdoável lapso do legislador, parece-nos inadmissível qualquer tipo de construção hermenêutica para que o embaraço do *processo judicial* também tipifique esta figura delituosa, sob pena de evidente analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade.[18]

Em sentido diverso, todavia, a 5ª Turma do STJ concluiu recentemente que o tipo penal previsto pelo art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 abrange não apenas o inquérito policial, mas também o processo penal. Na visão daquele colegiado, não é razoável dar ao art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 uma interpretação restritiva para reconhecer como típica a conduta do agente de impedir ou embaraçar a investigação somente na fase extrajudicial. Isso porque as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto o processo penal deflagrado pelo recebimento da denúncia. Não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita "inquérito policial", compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal como um todo, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal. Frise-se que também no curso da ação penal são feitas investigações e diligências objetivando a busca da verdade real, sendo certo que as investigações feitas no curso do inquérito, como no da ação penal, se diferenciam, primordialmente, no que diz respeito à amplitude do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal. Ressalta-se que a persecução penal é contínua não havendo de se falar em estancamento das investigações com o recebimento da denúncia. Ademais, sabe-se que muitas diligências realizadas no âmbito policial possuem o contraditório diferido, de tal sorte que não é possível tratar inquérito e ação penal como dois momentos absolutamente independentes da persecução penal.[19]

Trata-se de norma especial em relação ao crime de coação no curso do processo (CP, art. 344). Logo, por força do princípio da especialidade, se determinado agente se valer de violência ou grave ameaça para embaraçar a investigação de infração penal que envolva organização criminosa, deverá responder pelo crime do art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, sem prejuízo das penas correspondentes à violência praticada.

5. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO.

O art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/13, anuncia que "as penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo".

Arma de fogo pode ser conceituada como a arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que,

18. Em sentido diverso, Nucci (*Organização Criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25) conclui que, por meio de interpretação extensiva, impedir ou embaraçar *processo judicial* também se encaixa no tipo penal sob comento. Afinal, se o *menos* é punido (perturbar mera investigação criminal), o *mais* (processo instaurado pelo mesmo motivo) também deve ser.

19. STJ, 5ª Turma, HC 487.962/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 28/05/2019, DJe 07/06/2019.

normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.

Como o dispositivo faz remissão às *penas* no plural, o ideal é concluir que esta causa de aumento de pena deverá incidir não apenas em relação ao crime do art. 2º, *caput*, mas também em relação à figura delituosa do § 1º do art. 2º.

À semelhança da majorante constante do art. 157, §2º-A, inciso I, do Código Penal, incluída pela Lei n. 13.654/18, onde o legislador faz referência ao emprego de arma de fogo, a Lei das Organizações Criminosas também deixa evidente que a majorante sob comento deverá ser aplicada apenas quando houver o emprego de arma de fogo na atuação da organização criminosa.

6. AGRAVANTE REFERENTE AO COMANDO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

Consoante disposto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 12850/13, a pena deve ser *agravada* para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

Cuida-se do autor intelectual (ou de escritório), que arquiteta mentalmente a estrutura do delito com o objetivo de permitir a operacionalização da conduta ilícita independentemente da sua contribuição para a prática de atos executórios.

Para a incidência desta circunstância agravante, que deve ser levada em consideração pelo juiz na segunda fase do cálculo da pena, é indispensável a demonstração de ajuste prévio, capaz de identificar a subserviência de um ou mais indivíduos da organização criminosa em relação ao líder. De qualquer sorte, a aplicação desta agravante não pode ser feita de maneira concomitante àquela do art. 62, I, do CP, sob pena de indesejado *bis in idem*.

7. DEMAIS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA.

As penas dos crimes do art. 2º, *caput*, e § 1º, também devem ser aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) nas seguintes hipóteses:

I – **se há participação de criança ou adolescente**: de acordo com o art. 2º da Lei nº 8.069/90, considera-se criança a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade;

II – **se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal:** considera-se funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública, ainda que em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública (CP, art. 327, *caput* e § 1º). Como o legislador faz uso da expressão "se há concurso de funcionário público", depreende-se que este agente deve figurar como coautor ou partícipe do crime de organização criminosa, nos termos do art. 29 do CP. De mais a mais, a organização criminosa deve ter se aproveitado de suas funções públicas para auxiliar as atividades ilícitas executadas pelo grupo, ou seja, deve haver um nexo entre a prática do delito e a atividade funcional desenvolvida pelo agente;

III – **se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior:** *produto* da infração penal (ou *producta sceleris)* é o resultado imediato da operação delinquencial, enfim, os bens que chegam às mãos do criminoso como resultado direto do crime (ex: objeto roubado; dinheiro obtido com a prática da corrupção passiva ou o dinheiro obtido com a venda da droga). *Proveito da infração,* produto indireto ou *fructus sceleris,* por sua vez, configura o resultado mediato do crime, ou seja, trata-se do proveito obtido pelo criminoso como resultado da transformação, substituição ou utilização econômica do produto direto do delito (e.g., dinheiro obtido com a venda do objeto roubado, veículos ou imóveis adquiridos com o dinheiro obtido com a venda de drogas etc.). Quando o produto ou proveito da infração destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior, impõe-se a aplicação da majorante do art. 2º, § 4º, III, da Lei nº 12.850/13. Justifica-se esta majorante em virtude da maior dificuldade em rastrear, localizar, sequestrar e confiscar o produto direto ou indireto da infração penal destinado ao exterior. Não por outro motivo, o próprio Código Penal passou a prever a possibilidade de o confisco e as medidas assecuratórias recaírem sobre o patrimônio lícito do acusado, quando o produto ou proveito da infração penal se localizar no exterior (CP, art. 91, §§ 1º e 2º, com redação dada pela Lei nº 12.694/12);

IV – **se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes:** com o objetivo de evitar disputas territoriais, é cada vez mais comum a conexão entre as organizações criminosas. Isso representa um sensível incremento da potencialidade lesiva dessa conduta delituosa, justificando, pois, a aplicação da majorante do art. 2º, § 4º, IV, da Lei nº 12.850/13;

V – **se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização**: como a transnacionalidade é uma elementar do conceito de organização criminosa (Lei nº 12.850/13, art. 1º, § 1º, *in fine*), revela-se inadmissível a aplicação desta majorante, sob pena de dupla valoração do mesmo fato em prejuízo do agente (*bis in idem*).[20]

8. AFASTAMENTO CAUTELAR DO SERVIDOR PÚBLICO DE SUAS FUNÇÕES.

De acordo com o art. 2º, § 5º, da Lei nº 12.850/13, havendo indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

Por função pública compreende-se toda atividade desempenhada com o objetivo de consecução de finalidades próprias do Estado, por meio daquele que exerce cargo, emprego ou função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal. Exercem função pública todos aqueles que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta, aí incluídos os agentes políticos, os servidores públicos, assim como os particulares em colaboração com o Poder Público.

Passível de decretação em qualquer fase da persecução penal, a medida cautelar do art. 2º, § 5º, da Lei nº 12.850/13, somente poderá recair sobre o agente que tiver se aproveitado de suas funções públicas para auxiliar as atividades ilícitas executadas pela organização criminosa, ou seja, deve haver um nexo entre a prática do delito e a atividade funcional desenvolvida pelo agente.

Sob a lógica do menor sacrifício do direito afetado, um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade, na medida em que o dispositivo sob análise autoriza o afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, é perfeitamente possível que o juiz determine a suspensão de apenas parte da atividade rotineiramente desenvolvida pelo funcionário público. Exemplificando, da mesma forma que o juiz pode determinar a suspensão da função pública de um Auditor da Receita Federal, que exerce suas funções em determinada unidade alfandegária, investigado pela prática do crime de facilitação de contrabando ou descaminho em benefício de organização criminosa, também pode determinar que este se limite a cumprir expediente interno.

Diversamente do legislador da Lei nº 12.683/12, que, ao alterar a Lei de Lavagem de Capitais, cometeu o desatino de prever o afastamento imediato do servidor público como consequência imediata do indiciamento por parte da autoridade policial (Lei nº 9.613/98, art. 17-D), incorrendo, pois, em flagrante inconstitucionalidade, o art. 2º, § 5º, da Lei nº 12.850/13, faz referência expressa à necessidade de determinação judicial. Por se tratar de medida cautelar, esse afastamento do exercício funcional está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo jamais ser imposto como efeito automático do início das investigações ou da instauração do processo penal.

O *periculum libertatis* deve se basear em fundamentação que demonstre que a manutenção do agente no exercício de tal função ou atividade poderá prejudicar a investigação ou instrução probatória. Mas não é esta a única hipótese que autoriza sua decretação. Com efeito, esta medida também pode ser decretada para neutralizar outros riscos, desde que restritos àqueles indicados no art. 282, I, do CPP: necessidade para aplicação da lei penal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Assim, da mesma forma que a suspensão do exercício da função pode ser determinada para que o acusado não se utilize de suas funções para destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qualquer forma ou prejudicar a busca da verdade, também poderá ser imposta com o objetivo de evitar novas práticas delituosas.

Nada diz a Lei nº 12.850/13 acerca do recurso a ser utilizado contra a decretação dessa medida. No entanto, como a Lei nº 12.403/11 passou a prever que a decretação dessas medidas cautelares diversas da prisão serão concedidas em conjunto com a liberdade provisória, o instrumento adequado será o recurso em sentido estrito, aplicando-se, extensivamente, o quanto disposto no art. 581, inciso V, do CPP. De todo modo, como o art. 282, § 4º, do CPP, prevê que o descumprimento injustificado das cautelares diversas da prisão poderá dar ensejo, em último caso, à decretação da prisão preventiva, não se pode descartar a possibilidade de utilização do *writ of habeas corpus*, já que, em

20. Nesse contexto: NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.

última análise, há risco potencial à liberdade de locomoção.[21]

Quanto à suspensão do exercício da função pública, tem havido séria controvérsia acerca da possibilidade de ser determinada a suspensão da remuneração do servidor.

De um lado, há quem entenda que a manutenção do pagamento do servidor suspenso de suas funções criaria uma situação de desigualdade ou injustiça em comparação com o funcionário que teve que trabalhar durante todo o mês para perceber sua remuneração. A propósito, o STJ já se pronunciou no seguinte sentido: "Não prestado o serviço pelo agente público, a consequência legal é a perda da remuneração do dia em que esteve ausente, salvo se houver motivo justificado. E, por induvidoso, a ausência do agente público no serviço devido ao cumprimento de prisão preventiva não constitui motivação idônea a autorizar a manutenção do pagamento da remuneração. Com efeito, não há falar, em hipóteses tais, em força maior. Isso porque, em boa verdade, é o próprio agente público que, mediante sua conduta tida por criminosa, deflagra o óbice ao cumprimento de sua parte na relação que mantém com a Administração Pública. Por outras palavras, não há falar em imprevisibilidade e inevitabilidade, afastando, por isso mesmo, um dos elementos essenciais ao reconhecimento da alegada força maior. A Lei nº 8.112/90, em seu artigo 229, assegura à família do servidor ativo o auxílio-reclusão, à razão de dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão preventiva. A pretensão, todavia, há de ser deduzida pelos próprios beneficiários. Em caso de absolvição, o servidor terá direito à integralização da remuneração (artigo 229, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90)".[22]

A nosso ver, tendo em conta o princípio da presunção de inocência, pensamos que esse afastamento coativo das funções não pode implicar em desconto ou suspensão do subsídio. Afinal, o afastamento do funcionário não é voluntário, mas sim resultado da aplicação de uma medida cautelar, valendo lembrar que, como efeito de uma possível condenação, poderá haver inclusive a perda do cargo, tal qual previsto no art. 2º, § 6º, da Lei nº 12.850/13. Analogicamente, pode-se utilizar o quanto disposto no art. 147, caput, da Lei nº 8.112/90, que prevê o afastamento cautelar do funcionário público no processo administrativo disciplinar, *porém sem prejuízo da remuneração.*

Em Recurso Extraordinário no qual se discutia a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º da Lei nº 2.364/61, que deu nova redação à Lei nº 869/52), o Plenário do Supremo afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação aos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 5º, LVII, e art. 37, XV, respectivamente). Isso porque, a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição.[23]

Nesse ponto, a Lei nº 12.850/13 afastou qualquer controvérsia. Afinal, o art. 2º, § 5º, *in fine*, da nova Lei de Organizações Criminosas, é categórico ao afirmar que o afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, será executado *sem prejuízo da remuneração*, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

Superada essa análise quanto à impossibilidade de suspensão da remuneração, é bom lembrar que, caso o indivíduo seja absolvido em primeira instância, deve o magistrado afastar a medida cautelar, retornando o servidor ao exercício normal de suas funções. E isso por força de uma interpretação analógica com o disposto no art. 386, parágrafo único, inciso II, do CPP, que prevê que, na sentença absolutória, o juiz ordenará a cessação das medidas cautelares provisoriamente aplicadas.

9. PERDA DO CARGO, FUNÇÃO, EMPREGO OU MANDATO ELETIVO E INTERDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO OU CARGO PÚBLICO.

De acordo com a regra geral constante do art. 92 do Código Penal, um dos efeitos específicos da sentença condenatória irrecorrível é a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, quando

21. Em caso concreto referente ao afastamento cautelar de Desembargador com fundamento na LC 35/79 (art. 29), que perdurou por cerca de 4 anos e 6 meses, o Supremo concluiu tratar-se de excesso de prazo gritante. Daí porque foi deferida a ordem em *habeas corpus* para suspender os efeitos da decisão da Corte Especial do STJ no tocante ao afastamento do cargo, determinando-se, por consequência, o retorno do acusado à função de Desembargador Estadual perante o TJ/PE: STF, 2ª Turma, HC 90.617/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/10/2007, DJe 41 06/03/2008.

22. STJ, 6ª Turma, REsp 413.398/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 04/06/2002, DJ 19/12/2002 p. 484.

23. STF, Pleno, RE 482.006/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/11/2007, DJe 162 13/12/2007.

aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, ou, nos demais casos, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos. Como se trata de efeito específico, deve constar da sentença condenatória declaração expressa e fundamentada acerca de sua aplicação (CP, art. 92, parágrafo único). Esta fundamentação não se satisfaz com a mera reprodução dos critérios objetivos previstos na lei para a aplicação de tais efeitos. Exige-se, ademais, que o magistrado aponte a necessidade e adequação de tal medida às circunstâncias fáticas que deram ensejo à condenação do acusado.[24]

A Lei das Organizações Criminosas, por sua vez, prevê em seu art. 2º, § 6º, que a condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena. Como se percebe, não consta do dispositivo legal qualquer exigência quanto à quantidade de pena imposta ao agente. Logo, independentemente da pena cominada, o trânsito em julgado de sentença condenatória irrecorrível acarretará a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo.

Nos mesmos moldes do que ocorre na Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97, art. 1º, § 5º), em que este efeito extrapenal é considerado *automático e obrigatório*, prescindindo inclusive de fundamentação,[25] não há necessidade de motivação do magistrado quanto à perda do cargo quando se tratar de condenação irrecorrível de funcionário público integrante de organização criminosa. Outro detalhe importante acerca desse efeito é que sua aplicação não está condicionada à existência de requerimento expresso nesse sentido constante da peça acusatória. Ora, sendo a perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, consequência da condenação, nos termos do art. 2º, § 6º, da Lei nº 12.850/13, mostra-se dispensável a veiculação, na denúncia, de pedido visando a sua implementação.[26] Outrossim, se o acusado encontrava-se, à época do crime, em pleno exercício do cargo, vindo a se aposentar dias depois, é plenamente legítima a cassação de sua aposentadoria, se tiver havido a declaração fundamentada da perda do cargo como efeito extrapenal da condenação por crime cometido na atividade.[27]

Diante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decreta a perda do *cargo, emprego, ou função*, a autoridade administrativa tem o dever de proceder à demissão do servidor ou à cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária. Isso porque qualquer resultado a que chegar a apuração realizada no âmbito administrativo não terá o condão de modificar a força do decreto penal condenatório. Do administrador não se pode esperar outra conduta, sob pena, inclusive, de eventual responsabilização criminal pelos delitos de prevaricação e/ou desobediência.[28]

Especificamente quanto à perda do mandato eletivo de Senadores e Deputados Federais, especial atenção deve ser dispensada ao art. 55, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual, no caso de condenação criminal em sentença transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado, por voto aberto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.[29]

Por força desse dispositivo, em processo penal do qual resultou a condenação de um Senador à pena de 4 anos, 8 meses e 26 dias de detenção em regime inicial semiaberto em virtude da prática do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, concluiu o Plenário do Supremo competir ao Senado Federal deliberar sobre a eventual perda do mandato

24. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, HC 180.981/GO, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP, j. 18/11/2010, DJe 07/02/2011. No sentido de que os efeitos da condenação, dispostos no art. 92 do Código Penal, não possuem incidência automática, razão pela qual, caso o Magistrado entenda pela aplicação do mencionado artigo, deve fundamentar devidamente a decisão. Portanto, deve ser afastada a pena de perda do cargo público quando verificada a ausência de fundamentação idônea na decisão que a impôs: STJ, 5ª Turma, REsp 810.931/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 649.

25. STJ, 5ª Turma, HC 134.218/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 06/08/2009, DJe 08/09/2009. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 47.846/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 11/12/2009, DJe 22/02/2010.

26. Nesse sentido, referindo-se, todavia, à perda do cargo disciplinada pela regra geral do art. 92 do Código Penal: STF, 1ª Turma, HC 93.515/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/06/2009, DJe 121 30/06/2009.

27. Nesse contexto, fazendo remissão, no entanto, à perda do cargo disciplinada pelo art. 92 do CP: STJ, 5ª Turma, REsp 914.405/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 23/11/2010, DJe 14/02/2011. Em sentido diverso, entendendo que a cassação da aposentadoria não pode ser aplicada como consectário lógico de condenação penal, mesmo que o fato apurado tenha sido cometido quando o funcionário ainda estava na ativa, o que, no entanto, não impede que a prática de crime em serviço acarrete a cassação da aposentadoria em eventual processo administrativo: STJ, 6ª Turma, RMS 31.980/ES, Rel. Min. Og Fernandes, j. 02/10/2012.

28. STJ, 5ª Turma, RMS 22.570/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/03/2008, DJe 19/05/2008.

29. Por força do art. 27, § 1º, da Carta Magna, esta regra também se estende a deputados estaduais e distritais, mas não a vereadores, que estão submetidos ao regramento geral do art. 92, I, do Código Penal.

parlamentar do acusado, nos termos do art. 55, VI e § 2º, da Constituição Federal.[30]

No entanto, em caso concreto em que ex-deputado federal foi condenado irrecorrivelmente à pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão pela prática dos crimes de formação de quadrilha e peculato, concluiu o Plenário do STF que tanto a suspensão quanto a perda do cargo seriam medidas decorrentes da condenação criminal e imediatamente exequíveis após seu trânsito em julgado, sendo irrelevante se o réu exercia ou não cargo eletivo ao tempo do julgamento. Assim, rejeitou-se a alegação da defesa de que o acusado, em razão de haver sido eleito e diplomado, novamente, deputado federal, após a condenação, teria direito às prerrogativas dos arts. 53, § 2º, e 55, § 2º, ambos da CF. Como constou da decisão condenatória a suspensão de seus direitos políticos com fundamento no art. 15, III, da Constituição Federal, concluiu a Corte que esta suspensão seria inócua se o exercício de novo mandato parlamentar impedisse a perda ou suspensão dos direitos políticos. Nesse sentido, a perda do mandato parlamentar derivaria logicamente do preceito constitucional a impor a limitação dos direitos políticos, que poderia efetivar-se com a suspensão ou perda do mandato. Ressaltou-se que, além dos casos em que a condenação criminal transitada em julgado levasse à perda do mandato — em razão de o tipo penal prever que a improbidade administrativa estaria contida no crime —, haveria hipóteses em que a pena privativa de liberdade seria superior a quatro anos, situações em que aplicável o art. 92 do CP. Portanto, a condenação também poderia gerar a perda do mandato, pois a conduta seria incompatível com o cargo. Ressalvadas essas duas hipóteses, em que a perda do mandato poderia ser decretada pelo Judiciário, observar-se-ia, nos demais casos, a reserva do Parlamento. Poderia, então, a casa legislativa interessada proceder na forma prevista no art. 55, § 2º, da CF. Reputou-se que, na linha jurisprudencial da Corte, a sanção concernente aos direitos políticos imposta a condenado por crime contra a Administração Pública bastaria para determinar a suspensão ou perda do cargo, e seria irrelevante o fato de ter sido determinada a condenação sem que o réu estivesse no exercício de mandato parlamentar, com sua posterior diplomação no cargo de deputado federal, antes do trânsito em julgado da decisão.[31]

No julgamento do caso Mensalão, o Plenário do Supremo também concluiu por maioria que, com o trânsito em julgado da decisão condenatória, a suspensão dos direitos políticos (CF, art. 15, III) teria o condão de acarretar a perda do mandato eletivo dos então deputados federais condenados no referido processo, nos termos do art. 55, VI, e § 3º, da Constituição Federal. Assinalou-se que as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos seriam taxativas (CF, art. 15) e que o Poder Legislativo poderia decretar a perda de mandato de deputado federal ou senador, com fundamento em perda ou suspensão de direitos políticos, bem assim em condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 55, IV e VI). Ressaltou-se que esta previsão constitucional estaria vinculada aos casos em que a sentença condenatória não tivesse decretado perda de mandato, haja vista não estarem presentes os requisitos legais (CP, art. 92), ou por ter sido proferida anteriormente à expedição do diploma, com o trânsito em julgado ocorrente em momento posterior. Afastou-se, na espécie, a incidência de juízo político, nos moldes do procedimento previsto no art. 55 da CF, uma vez que a perda de mandato eletivo seria efeito irreversível da sentença condenatória. Consignou-se, ademais, a possibilidade de suspensão do processo, com o advento da EC 35/2001, para evitar que o parlamentar fosse submetido à perseguição política. Entretanto, não ocorrida a suspensão, o feito seguiria trâmite regular. Frisou-se que os condenados réus teriam cometido crimes contra a Administração Pública quando no exercício do cargo, a revelar conduta incompatível com o exercício de mandato eletivo.[32]

Ultrapassada essa discussão, é bom destacar que a perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo funciona como efeito permanente, com a ressalva de que a condenação irrecorrível acarreta a *interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 anos subsequentes ao cumprimento da pena* (Lei nº 12.850/13, art. 2º, § 6º, *in fine*). Portanto, decorrido este prazo exclusivamente em relação à função ou cargo público, o agente somente poderá readquirir sua capacidade de ocupar novo cargo, emprego, função ou mandato eletivo por meio de reabilitação criminal (CP, arts. 93 a 95), desde que através de nova investidura (concurso público ou eleição), sendo vedado, entretanto, o restabelecimento da situação anterior, ou seja, o retorno aos postos anteriormente ocupados (CP, art. 93, parágrafo único, *in fine*).

30. STF, Pleno, AP 565/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07/08/2013.

31. STF, Pleno, AP 396 QO/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26/06/2013, DJe 196 03/10/2013.

32. STF, Pleno, AP 470/MG-228, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17/12/2012.

10. INVESTIGAÇÃO DE POLICIAIS ENVOLVIDOS COM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.

Havendo indícios de participação de policial nos crimes de que trata a nova Lei das Organizações Criminosas, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão. É este o teor do art. 2º, § 7º, da Lei nº 12.850/13.

Esta comunicação da Corregedoria ao órgão ministerial nada mais é do que um desdobramento natural do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público (CF, art. 129, VII), que pode ser conceituado como o "conjunto de normas que regulam a fiscalização exercida pelo Ministério Público em relação à Polícia, na prevenção, apuração e investigação de fatos tidos como criminosos, na preservação dos direitos e garantias constitucionais dos presos que estejam sob responsabilidade das autoridades policiais e na fiscalização do cumprimento das determinações judiciais".[33]

Como o art. 2º, § 7º, da Lei nº 12.850/13, dispõe que a investigação será presidida pela Corregedoria de Polícia, que deverá comunicar o fato ao *Parquet* para fins de acompanhamento do procedimento investigatório, há quem entenda que estaria afastada a possibilidade de as investigações serem realizadas diretamente pelo Ministério Público.[34]

Não nos parece ser esta a melhor conclusão, a não ser que se queira interpretar a Constituição Federal à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. Ora, por mais que o dispositivo sob comento tenha a pretensão de atribuir à respectiva Corregedoria de Polícia a exclusividade da investigação de policiais envolvidos com organizações criminosas, é evidente que tal preceito não pode se sobrepor aos dispositivos constitucionais que dão amparo à investigação realizada diretamente pelo Ministério Público.

Além de outorgar ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (CF, art. 129, I), a Constituição Federal também estabelece como função institucional do Ministério Público expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, assim como requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (art. 129, VI e VIII). Por força da teoria dos poderes implícitos, a Constituição, ao conceder uma atividade-fim a determinado órgão ou instituição, culmina por, implicitamente e simultaneamente, a ele também conceder todos os meios necessários para a consecução daquele objetivo. Portanto, se a última palavra acerca de um fato criminoso cabe ao Ministério Público, porquanto é ele o titular da ação penal pública (CF, art. 129, inc. I), deve-se outorgar a ele todos os meios para firmar seu convencimento, aí incluída a possibilidade de realizar investigações criminais, sob pena de não se lhe garantir o meio idôneo para realizar a persecução criminal, ao menos em relação a certos tipos de delito.[35]

À evidência, esta função investigatória do Ministério Público não se converteria em atividade ordinária, mas excepcional, a legitimar a sua atuação em casos de abuso de autoridade, prática de delito por policiais, crimes contra a Administração Pública, inércia dos organismos policiais, ou procrastinação indevida no desempenho de investigação penal, situações que exemplificativamente justificariam a intervenção subsidiária do órgão ministerial.[36]

11. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM ESTABELECIMENTOS PENAIS DE SEGURANÇA MÁXIMA PARA AS LIDERANÇAS DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS OU QUE TENHAM ARMAS À DISPOSIÇÃO.

Em sua redação original, a Lei das Organizações Criminosas nada dizia acerca do local adequado para o cumprimento da pena daqueles indivíduos que fossem condenados pelos crimes nela previstos. Eis que surge, então, o Pacote Anticrime, e acrescenta ao art. 2º da Lei n. 12.850/13 o §8º para dispor que as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

Sobre a questão, diz a exposição de motivos do Projeto Moro: "(...) Coerente com esta meta, o art. 2º estabelece que seus líderes ou os que disponham de armas iniciem o cumprimento em presídios de segurança máxima, e que os condenados quando se reconheça o vínculo com tais organizações, não

33. GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 80.

34. Com esse entendimento: NUCCI. *Organizações criminosas*. Op. cit. p. 33.

35. Há precedentes da 2ª Turma do STF nesse sentido: STF, 2ª Turma, HC 91.661, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10/03/2009, DJe 64 02/04/2009. E ainda: STF, 2ª Turma, HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/10/2009, DJe 20/11/2009.

36. O Plenário do Supremo deve se posicionar de maneira definitiva quanto ao assunto em breve, pois houve o reconhecimento de repercussão geral no RE 593.727/MG (Rel. Min. Cezar Peluso). Em data de 27/06/2012, pediu vista dos autos o Min. Luiz Fux.

possam progredir de regime. Os primeiros, para que se vejam impedidos de continuar, dentro do estabelecimento carcerário, a conduzir a ação de seus grupos. Os segundos, já condenados e cumprindo penal, para que se sintam desestimulados a manter vínculo, com as organizações criminosas, visto que estarão impedidos de receber os benefícios".

O novel dispositivo tem em mira os líderes de facções criminosas violentas, tais como o Primeiro Comando da Capital (PCC), o Comando Vermelho (CV), a Família do Norte, o Terceiro Comando Puro, o Amigo dos Amigos, etc. Em se tratando de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição, suas lideranças deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. Estes, como se sabe, são mantidos pela União em 5 (cinco) localidades diversas – Brasília/DF, Campo Grande/MS, Catanduvas/PR, Mossoró/RN e Porto Velho –, valendo lembrar que os Estados e o Distrito Federal também podem construir estabelecimentos penais de segurança máxima, ou adaptar os já existentes, aos quais será aplicável, no que couber, o disposto na Lei n. 11.671/08 (art. 11-B, incluído pela Lei n. 13.964/19).

Consoante disposto no art. 3º, §1º, da Lei n. 11.671/08, incluído pela Lei n. 13.964/19, a inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima, no atendimento do interesse da segurança pública, será em regime fechado de segurança máxima, com as seguintes características: I – recolhimento em cela individual; II – visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 (duas) pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações; III – banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; e IV – monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita.

12. DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME, AO LIVRAMENTO CONDICIONAL E A OUTROS BENEFÍCIOS PRISIONAIS EM RELAÇÃO A CONDENADOS POR INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OU POR CRIME PRATICADO POR MEIO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA SE ACASO MANTIDO O VÍNCULO ASSOCIATIVO.

Em sua redação original, não constava da Lei n. 12.850/13 qualquer espécie de vedação à progressão de regimes para aqueles que fossem condenados por integrar organização criminosa. Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime e, como exposto anteriormente, visando estimular a desmobilização de integrantes de organizações criminosas, conferindo-lhes um incentivo adicional para abandonarem suas "irmandades", o art. 2º, §9º, da Lei n. 12.850/13, passa a dispor: "O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo".

Como se denota, o novel dispositivo é aplicável em duas situações diversas: 1) condenado por integrar organização criminosa, ou seja, pela prática do crime constante do art. 2º da Lei n. 12.850/13, e não por outras espécies de associações criminosas (v.g., associação criminosa do art. 288 do CP, constituição de milícia privada do art. 288-A, etc.); 2) condenado por crime praticado por meio de organização criminosa, é dizer, a despeito de o agente não ter sido condenado expressamente pelo crime de organização criminosa por um motivo qualquer (v.g., não demonstração de que estaria associado ao grupo de maneira estável e permanente), concorreu, na condição de coautor ou partícipe, para crimes praticados por meio da referida associação (v.g., roubos, latrocínios, tráfico de drogas, etc.). Em ambas as hipóteses, é indispensável que tais circunstâncias tenham constado expressamente da sentença condenatória. Como consequência disso, tais indivíduos não poderão progredir de regime ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais, desde que presentes elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

É bem provável que esta vedação à progressão de regimes a condenados faccionados suscite questionamentos à luz do princípio constitucional da individualização da pena, à semelhança, aliás, do que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao regime integralmente fechado para crimes hediondos e equiparados,[37] entendimento este consolidado, aliás, nos dizeres da **súmula vinculante n. 26**: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos

37. STF, Pleno, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006.

e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

De nossa parte, reputamos não haver qualquer vício de inconstitucionalidade material. Isso porque o dispositivo em questão não estabelece uma vedação absoluta à progressão de regimes para tais condenados. Veda a progressão de regimes tão somente quando houver elementos probatórios que indiquem a manutenção dos vínculos associativos às organizações criminosas, o que demonstra, à evidência, que o apenado não preenche o requisito subjetivo indispensável à concessão do referido benefício, previsto no art. 112, §1º, da LEP.[38] É dizer, se o agente ainda se mantém associado a uma organização criminosa, possivelmente incorrendo, pois, em novo crime do art. 2º da Lei n. 12.850/13,[39] parece extreme de dúvida que não ostenta boa conduta carcerária. Logo, ainda que sequer existisse a vedação ora introduzida na Lei das Organizações Criminosas, o direito à progressão de regimes já estaria vedado pela própria Lei de Execução Penal (art. 112, §1º, com redação dada pela Lei n. 13.964/19).

Em outras palavras, o fato de o condenado manter vínculos associativos a organizações criminosas sugere periculosidade, desajuste carcerário e inadequação à terapêutica penal aplicada, revelando que o apenado está muito distante de lograr êxito na reintegração social que se espera com o cumprimento da pena privativa de liberdade. Tudo isso, afinal, mostra-se absolutamente incompatível com o reconhecimento do mérito necessário à concessão da progressão de regimes, notadamente se levarmos em consideração o fato de que, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "o mérito do apenado não deve ser aferido tão somente com base em elementos pretéritos, mas, também, pela consideração de fatores contemporâneos constantes do processo de execução, sob pena de se transformar em requisito de ordem objetiva aquele que seria subjetivo, em total dissonância ao propósito principal do sistema, que é a ressocialização do condenado".[40]

É nesse sentido, aliás, a lição de Vladimir Aras, para quem o dispositivo sob comento – art. 2º, §9º, da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.964/19 – "centra-se em aspectos subjetivos da execução penal, tendo em mira um dado comportamento voluntário do condenado, sinalizador de sua ressocialização ou não. Seria incoerente com os fins da pena e com o propósito do regime progressivo admitir o ingresso em regime menos gravoso daquele que é renitente e mantém-se fiel a organizações violentas. O art. 112 da LEP autoriza o mesmo raciocínio quanto aos requisitos subjetivos. Continuar a pertencer a uma facção criminosa ou mudar de facção, após ser condenado por integrá-la, não é de modo algum um 'bom comportamento carcerário'".[41]

CAPÍTULO II
DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I – colaboração premiada;

II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III – ação controlada;

IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

38. LEP: Art. 112. (...) §1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar *boa conduta carcerária*, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão".

39. Supondo que determinado acusado tenha sido processado e condenado pela prática de um crime permanente, como, por exemplo, o delito de organização criminosa (Lei n. 12.850/13, art. 2º), se restar demonstrado que, mesmo após a propositura da peça acusatória, o acusado continuou praticando a referida conduta delituosa – no exemplo dado, o acusado manteve-se associado de maneira estável e permanente ao referido grupo –, esse novo fato delituoso pode ser objeto de novo processo penal, porquanto não protegido pelos limites objetivos da coisa julgada. Posteriormente, reconhecida a hipótese de crime permanente continuado, já que ambos os delitos podem ter sido praticados com homogeneidade de circunstâncias de tempo, lugar e *modus operandi*, nada impede que as penas sejam unificadas durante o curso da execução penal.

40. STJ, 5ª Turma, HC 41.606/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01/08/2005.

41. ARAS, Vladimir. Projeto de Lei "Anticrime" e o conceito de crime organizado. In *Projeto de Lei Anticrime*. Coordenadores: Antônio Henrique Graciano Suxberger; Renee do Ó Souza; Rogério Sanches Cunha. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 68.

13. INVESTIGAÇÃO E MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA.

Com o incremento da criminalidade organizada, que ganhou novos contornos e passou a se manifestar de forma concatenada e estruturada, o Direito Penal e Processual Penal, antes focado apenas no criminoso individual, em crimes praticados em concurso de agentes e, no máximo, na antiga quadrilha ou bando, teve que se adaptar à nova realidade. Com efeito, a cultura da supressão da prova, a afirmação de um código de silêncio extremamente rígido e o medo que as pessoas naturalmente têm de depor quanto aos ilícitos decorrentes de organizações criminosas, reduzem sobremaneira a eficácia dos tradicionais procedimentos investigatórios utilizados pelos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal.

Deveras, com o avanço da criminalidade organizada e a demonstração da insuficiência dos meios ordinários de obtenção de prova (v.g., busca domiciliar), era premente a adoção de novas técnicas especiais de investigação capazes de fazer frente à gravidade dos ilícitos perpetrados pelas organizações criminosas, até mesmo para se atingir a eficiência desejada de um Estado atuante. Daí a importância da Lei nº 12.850/13, que passa a disciplinar com maior rigor a utilização e execução de diversas técnicas especiais de investigação. Seu Capítulo II – "Da investigação e dos meios de obtenção da prova" – abrange a Seção I, que trata da "Colaboração Premiada", a Seção II, que versa sobre a "Ação Controlada", a Seção III, referente à "Infiltração de Agentes", a Seção IV, atinente ao "Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações", e, por fim, a Seção V, que cuida "Dos Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção da Prova".

À evidência, a execução desses novos meios extraordinários de obtenção de prova não pode ser levada adiante sem a necessária observância dos direitos e garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal. Como observa Antônio Scarance Fernandes, "é essencial para a sobrevivência da organização criminosa que ela impeça a descoberta dos crimes que pratica e dos membros que a compõem, principalmente dos seus líderes. Por isso ela atua de modo a evitar o encontro de fontes de prova de seus crimes: faz com que desapareçam os instrumentos utilizados para cometê-los e com que prevaleça a lei do silêncio entre os seus componentes; intimida testemunhas; rastreia por meio de tecnologias avançadas os locais onde se reúne para evitar interceptações ambientais; usa telefones e celulares de modo a dificultar a interceptação, preferindo conversar por meio de dialetos ou línguas menos conhecidas. Por isso, os Estados viram-se na contingência de criar formas especiais de descobrir as fontes de provas, de conservá-las e de permitir produção diferenciada da prova para proteger vítimas, testemunhas e colaboradores".[42]

Em síntese, em se tratando de organizações criminosas, há de se buscar uma conciliação entre o garantismo dos valores fundamentais do processo penal moderno e a eficiência, que deve ser medida não pelo número de condenações, mas sim pela existência de um procedimento que permita a consecução de um resultado justo em tempo razoável, seja por possibilitar aos órgãos da persecução penal uma atuação eficaz de modo a fazer atuar o direito punitivo, seja por assegurar ao acusado as garantias do devido processo legal. Portanto, não há antagonismo entre eficiência e garantismo. Embora dotados de objetivos distintos – de um lado, a persecução penal, do outro, as garantias do acusado –, deve existir obrigatoriamente um equilíbrio entre esses ideais no processo penal. Afinal, não se compreende eficiência sem garantismo. E garantismo sem eficiência representa um vazio de objetivos na persecução penal.

Portanto, em fiel observância ao devido processo legal, a utilização dessas técnicas especiais de investigação deve atender às seguintes exigências:

a) **reserva de lei:** expressão do princípio da legalidade (CF, art. 5º, *caput*, e incisos II e LIV), a reserva de lei é exigida para que a restrição a direito fundamental seja legítima. A lei processual penal que a discipline deve ser prévia, escrita e estrita. Destes atributos decorrem a anterioridade e especificidade da norma processual penal restritiva de direito fundamental;[43]

b) **reserva de jurisdição:** consectário do princípio da judicialidade, a utilização dessas técnicas especiais de investigação pressupõe, pelo menos em regra, prévia autorização judicial. É o que ocorre, por exemplo, com a infiltração de agentes policiais (Lei nº 12.850/13, art. 10, *caput*). É bem verdade que certos procedimentos investigatórios podem ser executados sem prévia autorização judicial, a exemplo da ação controlada prevista na Lei das

42. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal e o crime organizado, os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 241.

43. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 315.

Organizações Criminosas. No entanto, nesse caso, o controle jurisdicional seria exercido *a posteriori*, já que a própria Lei nº 12.850/13 exige ulterior comunicação ao juiz competente, que poderá, então, estalecer os seus limites;

c) **proporcionalidade:** de início, deve ser verificada a **adequação** da medida, ou seja, sua aptidão para possível descoberta de fontes de prova; na sequência, há de ser demonstrada sua **necessidade**, no sentido de que, entre os meios possíveis para a descoberta de fontes de prova, deve ser utilizado o menos restritivo, considerado o caráter excepcional da restrição a direitos fundamentais; por fim, a **proporcionalidade em sentido estrito** se traduz em um juízo de ponderação sobre os valores em conflito em cada caso concreto, com vistas à afirmação da prevalência de um deles.

13.1. Investigação preliminar.

A partir do momento em que determinado delito é praticado, surge para o Estado o poder-dever de punir o suposto autor do ilícito. Para que o Estado possa deflagrar a persecução criminal em juízo, é indispensável a presença de elementos de informação quanto à autoria e quanto à materialidade da infração penal. De fato, para que se possa dar início a um processo criminal contra alguém, faz-se necessária a presença de um lastro probatório mínimo apontando no sentido da prática de uma infração penal e da probabilidade de o acusado ser o seu autor, sob pena de a peça acusatória ser rejeitada em virtude da ausência de justa causa (CPP, art. 395, III).

Esses elementos de informação são colhidos numa investigação preliminar e assumem papel decisivo para a formação da convicção do titular da ação penal sobre a viabilidade da acusação, além de subsidiarem a decretação de medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias.

Diferencia-se a investigação preliminar da instrução processual por esse motivo: enquanto a investigação criminal tem por objetivo a obtenção de dados informativos para que o órgão acusatório examine a viabilidade de propositura da ação penal, a instrução em juízo tem como escopo colher provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa.

Geralmente, o inquérito policial é o instrumento utilizado pelo Estado para a colheita desses elementos de informação, viabilizando o oferecimento da peça acusatória quando houver justa causa para o processo (*fumus comissi delicti*), mas também contribuindo para que pessoas inocentes não sejam injustamente submetidas às cerimônias degradantes do processo criminal. No entanto, a atividade investigatória não é exclusiva da Polícia Judiciária. Com efeito, o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, acentua que a atribuição para a apuração das infrações penais e de sua autoria *não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função*. Bom exemplo de investigação desenvolvida por instrumento diverso do inquérito policial é o procedimento investigatório criminal presidido pelo órgão do Ministério Público com atribuições criminais, regulamentado pela Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público.[44]

13.2. Fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova.

Para que se possa conceituar *meio de obtenção de prova*, é necessário, antes, apreendemos o conceito de fonte de prova e meio de prova.

A expressão **fonte de prova** é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documentos, em sentido amplo). Cometido o fato delituoso, tudo aquilo que possa servir para esclarecer alguém acerca da existência desse fato pode ser conceituado como fonte de prova. Derivam do fato delituoso em si, independentemente da existência do processo, ou seja, são anteriores a ele, sendo que sua introdução no feito se dá através dos meios de prova. Exemplificando, suponha-se que determinado crime tenha sido praticado dentro de uma sala de aula. Todas as pessoas que presenciaram o cometimento do delito serão consideradas fontes de prova. O conhecimento delas acerca do fato delituoso poderá ser levado à apreciação do juiz, sendo que a introdução dessas informações nos autos do processo será feita pelo meio de prova pertinente, *in casu*, pela prova testemunhal.

Meios de prova são, portanto, os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. São todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados durante o curso do processo para se tentar alcançar a verdade acerca da imputação constante da peça acusatória. Dizem respeito a uma *atividade endoprocessual* que se

44. A discussão em torno da possibilidade de o Ministério Público realizar investigações criminais escapa do objeto da Lei nº 12.850/13. Por isso, deixamos de aprofundar o tema. Para mais detalhes, remetemos o leitor ao nosso *Curso de Processo Penal (vol. único)*.

desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação dialética das partes sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, cujo objetivo precípuo é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo. Como aduz Badaró, "a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a perícia contábil é o meio de prova".[45]

De outro lado, **procedimentos investigatórios, meios de obtenção de prova (ou de investigação)** referem-se a certos procedimentos,[46] geralmente extraprocessuais, regulados por lei, que se desenrolam, em regra, sob autorização e fiscalização judiciais, cujo objetivo é a identificação de fontes de prova, passíveis de execução por outros funcionários que não o juiz (v.g., policiais). Integram a tutela cautelar no processo penal: são medidas urgentes destinadas a assegurar a investigação do fato delituoso e a eficiência da atividade probatória, diante do risco de que os efeitos deletérios do tempo e o comportamento do próprio investigado impeçam ou dificultem que pessoas ou coisas possam servir como fonte de prova.

Pelo menos em regra, os meios de obtenção de prova não consistem, *de per si*, em fontes de convencimento do magistrado, funcionando como instrumentos de localização de pessoas, coisas materiais, vestígios ou documentos dotados de relevância probatória. A título de exemplo, apesar de inserida entre os meios de prova no CPP, a busca pessoal ou domiciliar deve ser compreendida como meio de obtenção de prova, haja vista que seu objetivo não é a obtenção de meios de prova, mas sim de fontes materiais de prova. Exemplificando, se, de uma busca domiciliar determinada pelo juiz, resultar a apreensão de determinado documento, este sim funcionará como meio de prova, uma vez juntado aos autos do processo.

Apesar de ser mais comum a utilização desses meios de obtenção de prova durante a fase preliminar de investigações, nada impede seu emprego durante a instrução probatória, ou seja, durante o curso do processo. Nesse sentido, o art. 3º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, refere-se expressamente à possibilidade de utilização dos meios de obtenção de prova ali enumerados, sem prejuízo de outros já previstos em lei, *em qualquer fase da persecução penal*, leia-se, durante a fase investigatória preliminar e também no curso do processo judicial.

Geralmente, esses meios de obtenção de prova são executados sem prévia comunicação à parte contrária, funcionando a surpresa como importante traço peculiar, sem a qual seria inviável a descoberta das fontes de prova. Nesse ponto diferenciam-se dos meios de prova, na medida em que, em relação a estes, é de rigor a observância do contraditório, que pressupõe tanto o conhecimento acerca da produção de determinada prova, quanto a efetiva participação na sua realização. Essa distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção. Deveras, eventuais vícios quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, *caput*).

Em síntese, podemos trabalhar com o seguinte quadro comparativo entre os meios de obtenção de prova e os meios de prova:

Meios de obtenção de prova	**Meios de prova**
– Em regra, são executados na fase preliminar de investigações, o que não afasta a possibilidade de execução durante o curso do processo, de modo a permitir a descoberta de fontes de prova diversas das que serviram para a formação da *opinio delicti*;	– Em regra, são realizados na fase processual da persecução penal; excepcionalmente, na fase investigatória, observado o contraditório, ainda que diferido (ex: provas antecipadas);
– são atividades extraprocessuais;	– são atividades endoprocessuais;
Meios de obtenção de prova	**Meios de prova**
– são executados, em regra, por policiais aos quais seja outorgada a atribuição de investigação de infrações penais, geralmente com prévia autorização e concomitante fiscalização judiciais;	– consistem em atividades desenvolvidas perante o juiz competente, valendo lembrar que o juiz que presidir a instrução deverá, pelo menos em regra, julgar o feito (CPP, art. 399, § 2º);

45. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 166.

46. A expressão "procedimento investigatório" não guarda relação, portanto, com o modo de desenvolvimento do processo, como se diz, por exemplo, em relação ao procedimento comum ordinário, sumário, etc.

Meios de obtenção de prova	Meios de prova
– são praticados com fundamento na surpresa, com desconhecimento do(s) investigado (s);	– são produzidos sob o crivo do contraditório, com prévio conhecimento e participação das partes;
– se praticados em desconformidade com o modelo típico, há de ser reconhecida sua ilicitude, com o consequente desentranhamento dos autos do processo.	– se praticados em desconformidade com o modelo típico, são sancionados, em regra, com a nulidade absoluta ou relativa.

13.2.1. Meios extraordinários de obtenção de prova (técnicas especiais de investigação).

Com base no grau de restrição aos direitos e garantias do investigado, a doutrina costuma classificar os meios de obtenção de prova em ordinários e extraordinários.

Meios ordinários de obtenção de prova (ou técnicas convencionais de investigação) são aqueles previstos não só para investigação de delitos graves, como também para infrações de menor gravidade.[47] Baseados normalmente em prova documental ou testemunhal, diferenciam-se dos meios extraordinários de obtenção de prova porquanto não são sigilosos, pelos menos em regra. O art. 6º do CPP elenca diversos exemplos de técnicas convencionais de investigação.

Meios extraordinários de obtenção de prova (ou técnicas especiais de investigação) são as ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração e a persecução de crimes graves, que exijam o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que se baseiam normalmente em prova documental ou testemunhal. Em sede processual penal, foram utilizadas inicialmente para a persecução penal do tráfico de drogas, sendo que, atualmente, também são usadas para a investigação de crimes praticados por organizações criminosas.

Funcionam como verdadeiros meios de obtenção de prova, sendo identificadas, em regra, pela presença de dois elementos: o sigilo e a dissimulação. Por meio delas, são coletadas informações, indícios ou provas de um crime sem conhecimento do investigado, de modo a proporcionar aos órgãos estatais o fator surpresa. Nesse caso, o contraditório será exercido apenas de maneira diferida. Nesse grupo de técnicas sigilosas estão incluídas a interceptação das comunicações telefônicas, a ação controlada, etc. Dentre as técnicas de dissimulação, a infiltração policial costuma ser utilizada com o objetivo de induzir a erro o investigado, a fim de que seja levado a acreditar que não se relaciona com um policial (Lei nº 11.343/06, art. 2º, V; Lei nº 12.850/13, arts. 10 a 14).

Evidentemente, como algumas técnicas especiais de investigação são intrusivas, no sentido de que exploram as esferas da intimidade e da vida privada, sua utilização somente pode ocorrer se a medida investigativa for legal – algumas dependem, inclusive, de prévia autorização judicial –, se o seu emprego prestar-se a um fim legítimo e se a técnica for necessária para alcançar a prova a que se destina.[48]

13.2.2. Gestão da prova e papel do juiz na decretação dos meios de obtenção de prova.

Com a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal (art. 129, inciso I) e pelo Código de Processo Penal (art. 3º-A, incluído pela Lei n. 13.964/19), restou consolidada a obrigatoriedade de separação das funções de acusar, defender e julgar, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. Esse sistema de divisão de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: visa impedir a concentração de poder, evitando que seu uso se degenere em abuso. Com essa separação de funções, aliada à oralidade e publicidade, características históricas do sistema acusatório, e com partes em igualdade de condições, objetiva-se a preservação da imparcialidade do magistrado, afastando-o da fase investigatória, a qual deve ter como protagonistas tão somente a autoridade policial e o Ministério Público.

É óbvio que o magistrado não está impedido de agir na fase investigatória. Mas esta atuação só pode ocorrer mediante prévia provocação das partes. Exemplificando, vislumbrando a autoridade policial a necessidade de mandado de busca domiciliar, deve representar ao magistrado no sentido da expedição

47. Nessa linha: ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes*. Coordenação: Gustavo Henrique Badaró e Petrônio Calmo. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 70. Ainda segundo o autor, outra dicotomia dos meios de obtenção de prova é a que os divide em preventivos e repressivos: os primeiros são aqueles cuja execução se admite em atividade de prevenção; os repressivos inserem-se em atividade de repressão à prática de fatos delituosos. Em um Estado Democrático de Direito, o ideal é evitar a investigação de prova preventivamente, ou seja, a execução de mios de investigação de prova se insere na atividade repressiva estatal, desenvolvida em face de fato ilícito concreto tido por previamente cometido.

48. Nesse sentido: ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 411.

da ordem judicial. Surgindo a necessidade de uma prisão temporária para acautelar as investigações, deve o órgão Ministerial formular requerimento ao juiz competente. Na fase investigatória, como garante das regras do jogo, deve o magistrado agir somente quando provocado, tutelando direitos e garantias individuais.

O que não se deve lhe permitir, nessa fase preliminar, é uma atuação de ofício. E isso porque, pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o magistrado envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade. A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, além do poder de julgar o acusado, estará comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade do acusado.

Quando a Lei nº 9.034/95 entrou em vigor 04 de maio de 1995, seu art. 3º previa que, na hipótese de quebra do sigilo de dados fiscais, bancários, financeiros e eleitorais, a *diligência seria realizada pessoalmente pelo juiz*, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. Como se percebe, o dispositivo conferia ao magistrado poderes para *diligenciar pessoalmente* na obtenção de elementos informativos pertinentes à persecução penal de ilícitos decorrentes da atuação de organizações criminosas, com dispensa do auxílio da Polícia Judiciária e do Ministério Público, criando uma espécie de *juiz inquisidor*, com graves prejuízos à garantia da imparcialidade e ao próprio sistema acusatório.

Afinal, não se pode admitir que o magistrado se afaste da isenção de sua posição imparcial para adotar uma atitude ativa na colheita de elementos informativos para serem utilizados, inicialmente, para formação da *opinio delicti* do Ministério Público e, posteriormente, com base, subsidiariamente, naqueles mesmos elementos, julgar. Estaria o magistrado assumindo posições absolutamente incompatíveis à luz do devido processo legal.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a analisar a constitucionalidade do dispositivo, tendo concluído que o art. 3º seria parcialmente inconstitucional. No tocante aos sigilos bancário e financeiro, entendeu a Suprema Corte que o art. 3º teria sido revogado pelo advento da Lei Complementar nº 105/01, que passou a regulamentar a matéria. Em relação aos dados fiscais e eleitorais, todavia, o Supremo reconheceu a inconstitucionalidade do art. 3º, por flagrante violação ao princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.[49]

Atento à controvérsia decorrente do *juiz inquisidor* previsto na revogada Lei nº 9.034/95, o legislador da Lei nº 12.850/13 teve o cuidado de afastar qualquer possibilidade de iniciativa acusatória por parte do juiz, preservando, assim, sua imparcialidade. Não por outro motivo, ao tratar da colaboração premiada, o art. 4º, § 6º, dispõe que *o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração.* Na mesma linha, consoante disposto no art. 10, *caput*, a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, *representada pelo Delegado de Polícia ou requerida pelo Ministério Público*, após manifestação técnica do Delegado de Polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, *será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial*, que estabelecerá seus limites. Como se percebe, em fiel observância ao sistema acusatório, a nova Lei das Organizações Criminosas afasta qualquer atuação *ex officio* do magistrado durante a fase investigatória, reservando-lhe poderes para atuar apenas quando provocado pelos órgãos responsáveis pelas investigações.

13.3. Meios de obtenção de prova passíveis de utilização na persecução penal de organizações criminosas.

Para além de outros meios de obtenção de prova previstos na legislação ordinária (v.g., busca domiciliar), o art. 3º da Lei nº 12.850/13 também autoriza a utilização dos seguintes procedimentos investigatórios: I – colaboração premiada; II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

49. STF, Tribunal Pleno, ADI 1.570/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 22/10/2004. Com as mudanças produzidas pela Lei nº 11.690/08, grande parte da doutrina entende que o art. 156, I, do CPP, padece do mesmo vício.

Por razões óbvias, os incisos V e VI do art. 3º da Lei nº 12.850/13 fazem remissão à reserva da *legislação específica*. Explica-se: enquanto a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas é regulamentada pela Lei nº 9.296/96, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal é disciplinado, respectivamente, pela Lei Complementar nº 105/01 – os dois primeiros – e pelo Código Tributário Nacional (art. 198).

Fica a impressão, assim, de que todos os demais meios de obtenção de prova enumerados no art. 3º da Lei nº 12.850/13 estariam regulamentados pela nova Lei das Organizações Criminosas. De fato, é isso o que ocorre em relação à colaboração premiada (arts. 4º, 5º, 6º e 7º), à ação controlada (arts. 8º e 9º), à infiltração de agentes (arts. 10, 11, 12, 13 e 14), ao acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações (arts. 15, 16 e 17), que serão objeto de estudo na sequência. Estranhamente, porém, a Lei nº 12.850/13 não regulamenta detalhadamente a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (art. 3º, II), atualmente disciplinada pelo art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, nem tampouco a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal (art. 3º, VIII).

13.3.1. Interceptação ambiental.

Em qualquer fase da persecução penal, o art. 3º, II, da Lei nº 12.850/13, autoriza a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. O tema foi objeto de análise nos comentários ao art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, para onde remetemos o leitor.

13.3.2. Cooperação entre instituições e órgãos na busca de informações que interessem à persecução penal.

Criada para combater o aumento da violência em São Paulo, a Agência de Atuação Integrada contra o Crime Organizado completou um ano de existência em data de 11 de novembro de 2013. O grupo, uma parceria entre os governos de São Paulo e federal, colaborou para a prisão de 1.422 acusados e apreendeu 55 toneladas de drogas no período, de acordo com balanço divulgado pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo. Com sede na SSP/SP, na capital paulista, a equipe é composta por 18 órgãos, como as Polícias Civil, Militar (PM), Federal (PF) e Rodoviária Federal (PRF) e o Ministério Público (MP). Um dos focos do grupo foi o Primeiro Comando da Capital (PCC), facção ligada a uma onda de assassinatos de diversos policiais e agentes penitenciários em 2012. De acordo com o balanço dos 12 meses de operação, as apreensões e prisões foram fruto de 1.495 bloqueios, nos quais foram abordados 49 mil veículos. Nas operações, também foi retido R$ 1,74 milhão – R$ 682 mil em moeda estrangeira. Entre as ações para combater a alta nos índices de criminalidade na época, estavam a transferência de presos, a asfixia financeira dos grupos criminosos, a fiscalização dos pontos de acesso ao Estado, o fortalecimento da perícia e o enfrentamento ao crack.[50]

Os números obtidos pela Agência de Atuação Integrada contra o Crime Organizado criada em São Paulo demonstram que, para fins de otimizar a investigação penal de infrações penais praticadas por organizações criminosas, é essencial que haja um esforço coeso de todos os órgãos responsáveis pela investigação criminal. Não por outro motivo, dentre os diversos meios de obtenção de prova listados pela nova Lei das Organizações Criminosas, seu art. 3º, inciso VIII, faz referência expressa à cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal (art. 3º, VIII).

Essa atuação conjunta deve abranger não apenas os órgãos constitucionalmente incumbidos da proteção da segurança pública – polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares, corpos de bombeiros militares e polícias penais (CF, art. 144, I a VI) –, como também os diversos Ministérios Públicos (da União, dos Estados e dos Tribunais de Contas) e os demais órgãos que, porventura, têm acesso a informações relevantes para a investigação ou instrução criminal (v.g., Receita Federal,[51] Tribunal de Contas da União,[52] instituições financeiras,[53] etc).

50. Fonte: http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2013/11/11/agencia-integrada-contra-crime-prende-14-mil-em-1-ano.htm. Acesso em 11/11/2013.

51. Consoante disposto no art. 83 da Lei nº 9.430/96, a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

52. De acordo com o art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443/92, o Tribunal de Contas da União providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

53. Nos exatos termos do art. 1º, § 3º, IV, da LC nº 105/01, não constitui violação do dever de sigilo imposto às instituições financeiras a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos,

Seção I
Da Colaboração Premiada

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesses públicos. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

14. COLABORAÇÃO PREMIADA.

14.1. Origem e conceito.

Desde tempos mais remotos, a História é rica em apontar a traição entre os seres humanos: Judas Iscariotes vendeu Cristo pelas célebres 30 (trinta) moedas; Joaquim Silvério dos Reis denunciou Tiradentes, levando-o à forca; Calabar delatou os brasileiros, entregando-os aos holandeses. Com o passar dos anos e o incremento da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever a possibilidade de se premiar essa traição. Surge, então, a colaboração premiada.

Sua origem histórica não é tão recente assim, já sendo encontrada, por exemplo, no sistema anglo-saxão, do qual advém a própria origem da expressão *crown witness*, ou testemunha da coroa. Foi amplamente utilizada nos Estados Unidos (*plea bargain*) durante o período que marcou o acirramento do combate ao crime organizado, e adotada com grande êxito na Itália (*pattegiamento*) em prol do desmantelamento da máfia – basta lembrar as declarações prestadas por *Tommaso Buscetta* ao Promotor italiano *Giovanni Falcone* –, que golpearam duramente o crime organizado na península itálica.

É no direito norte-americano que a utilização da colaboração premiada sofre forte incremento, sobretudo na campanha contra a máfia. Por meio de uma transação de natureza penal, firmada por Procuradores Federais e alguns suspeitos, era prometida a estes a impunidade desde que confessassem sua participação e prestassem informações que fossem suficientes para atingir toda a organização e seus membros.[54]

Espécie do direito premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma *técnica especial de investigação por meio (meio extraordinário de obtenção de prova) da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.*[55] Portanto, ao mesmo tempo em que o investigado (ou acusado) confessa a prática delituosa, abrindo mão do seu direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), assume o compromisso de ser fonte de prova para a acusação acerca de determinados fatos e/ou corréus. Evidentemente, essa colaboração deve ir além do mero depoimento do colaborador em detrimento dos demais acusados, porquanto não se admite a prolação de um decreto condenatório baseado única e exclusivamente na colaboração premiada.

14.2. Natureza jurídica da colaboração premiada.

A despeito da redação confusa do art. 3º-A da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.964/19 ("Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos"),[56] não se pode confundir a colaboração premiada, espécie de meio de obtenção de prova (técnica especial de investigação), com o acordo de colaboração premiada propriamente dito, objeto de análise mais adiante, o qual tem a natureza jurídica de negócio jurídico processual,[57] ou seja, "um fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados

abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa.

54. Nesse contexto: Aranha, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 136. Ao tratar da acusação do cúmplice, Malatesta a subdividiu em duas espécies: a acusação em sentido específico, referente à situação em que o comparsa delatado já figura como imputado nos autos do processo, e o chamamento de cúmplice, caracterizado pela indicação deste último unicamente pela palavra do acusado (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 532).

55. Referindo-se à colaboração premiada como *meio de obtenção de prova* cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a interceptação de comunicações telefônicas: STF, Pleno, Pet 7.074 QO/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017.

56. A compreensão da expressão "utilidade e interesse públicos" constante do art. 3º-A da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.964/19, pode ser extraída da Orientação Conjunta n. 1/2018 do Ministério Público Federal, senão vejamos: "24.3. Demonstração do interesse públicos: a) oportunidade do acordo; b) efetividade e utilidade do acordo: relativa à capacidade real de contribuição do colaborador para a investigação, por meio do fornecimento de elementos concretos que possam servir de prova; c) explicação sobre quantos e quais são os fatos ilícitos e pessoas envolvidas que ainda não sejam de conhecimento do Ministério Público Federal; d) indicação dos meios pelos quais se fará a respectiva prova".

57. É consenso no Supremo Tribunal Federal a definição do acordo de colaboração premiada como um negócio jurídico processual. A propósito, confira-se: "(...) tratando-se de negócio jurídico processual personalíssimo celebrado entre o Ministério Público e o colaborador, do qual não participa o Poder Judiciário, ao qual compete, exclusivamente, a aferição da regularidade, voluntariedade e legalidade do acordo". (STF, Pleno, Pet. 7.074 QO, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017, DJe 85 02/05/2018).

no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais".[58]

De se notar, portanto, que uma simples confissão não se confunde com a colaboração premiada. O agente fará jus aos prêmios previstos nos dispositivos legais que tratam da colaboração premiada apenas quando admitir sua participação no delito e fornecer informações objetivamente eficazes para a descoberta de fatos dos quais os órgãos incumbidos da persecução penal não tinham conhecimento prévio, permitindo, a depender do caso concreto, a identificação dos demais coautores, a localização do produto do crime, a descoberta de toda a trama delituosa ou a facilitação da libertação do sequestrado. Por conseguinte, se o acusado se limitar a confessar fatos já conhecidos, reforçando as provas preexistentes, fará jus tão somente à atenuante da confissão prevista no art. 65, I, alínea "d", do Código Penal. Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, "apesar de o acusado haver confessado sua participação no crime, contando em detalhes toda a atividade criminosa, incriminando seus comparsas, não há nenhuma informação nos autos que ateste o uso de tais informações para fundamentar a condenação dos outros envolvidos, pois a materialidade, as autorias e o desmantelamento do grupo criminoso se deram, principalmente, pelas interceptações telefônicas legalmente autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais".[59]

Noutro giro, também não se pode confundir a colaboração premiada com os prêmios legais dela decorrentes. A colaboração premiada funciona como importante técnica especial de investigação, enfim, um meio de obtenção de prova.[60] Por força dela, o investigado (ou acusado) presta auxílio aos órgãos oficiais de persecução penal na obtenção de fontes materiais de prova. Por exemplo, se o acusado resolve colaborar com as investigações em um crime de lavagem de capitais, contribuindo para a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, e se essas informações efetivamente levam à apreensão ou sequestro de tais bens, a colaboração terá funcionado como meio de obtenção de prova, e a apreensão como meio de prova. Como será visto mais adiante, outra coisa bem distinta são os inúmeros prêmios legais decorrentes do cumprimento do acordo de colaboração premiada. A depender da relevância das informações prestadas pelo colaborador, este poderá ser beneficiado com os seguintes prêmios: a) diminuição da pena; b) fixação do regime inicial aberto ou semiaberto; c) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; d) progressão de regimes; e) perdão judicial e consequente extinção da punibilidade; f) não oferecimento da denúncia.

14.3. Distinção entre colaboração premiada e delação premiada (chamamento de corréu).

Há quem utilize as expressões colaboração premiada e delação premiada como expressões sinônimas. Outros doutrinadores, todavia, preferem trabalhar com a distinção entre delação premiada e colaboração premiada, considerando-as institutos diversos.

A nosso ver, delação e colaboração premiada não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência.[61] O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas. É nessa hipótese que se fala em delação premiada (ou **chamamento de corréu**).[62] Só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie.[63]

É bem verdade que a referência à expressão *delação premiada* é muito mais comum na doutrina e na jurisprudência. No entanto, preferimos fazer uso da denominação *colaboração premiada*, quer pela carga simbólica carregada de preconceitos inerentes à *delação premiada*, que traz ínsita a ideia de traição, quer pela incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que nem sempre se limita ao mero chamamento de corréu. Com efeito,

58. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 153.

59. STJ, 6ª Turma, HC 90.962/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, j. 19/05/2011, DJe 22/06/2011.

60. Em sentido diverso, Paulo Quezado Jamile Virgino conclui tratar-se a delação de verdadeira prova anômala, inominada, pois não arrolada no CPP; um testemunho impróprio, baseado no conhecimento extraprocessual dos fatos, instrumentário da busca da verdade real que se aporta à causa pela particularidade de ser narrada por um corréu, o qual inculpa outro (*Delação premiada*. Fortaleza: Gráfica e Editora Fortaleza, 2009. p. 97).

61. Em sentido semelhante: GOMES, Luiz Flávio. *Corrupção política e delação premiada. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano VI, nº 34, Porto Alegre, out.-nov./2005, p. 18.

62. Há quem defenda ser a chamada de corréu o ato pelo qual um comparsa denuncia antigos parceiros sem que, para isso, lhe dê o legislador recompensa legal, ou seja, seria a delação não-premiada.

63. Para o STJ, o instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades elementos capazes de facilitar a resolução do crime: STJ, 6ª Turma, HC 107.916/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 07/10/2008, DJe 20/10/2008.

a chamada "delação premiada" (ou chamamento de corréu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal.[64]

Nesse contexto, Vladimir Aras aponta a existência de quatro subespécies de colaboração premiada:[65]

a) delação premiada (chamamento de corréu): além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas na infração penal, razão pela qual é denominado de agente revelador;

b) colaboração para libertação: o colaborador indica o lugar onde está mantida a vítima sequestrada, facilitando sua libertação;

c) colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitais;

d) colaboração preventiva: o colaborador presta informações relevantes aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal de modo a evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita.

Nesse ponto, a Lei nº 12.850/13 faz clara opção pela utilização da expressão "colaboração premiada". Ao invés de fazer referência à expressão "delação premiada", o legislador optou por fazer menção a essa importante técnica especial de investigação com o *nomen iuris* de "colaboração premiada", quer no art. 3º, I, quer na Seção I do Capítulo II, que abrange os arts. 4º, 5º, 6º e 7º.

14.4. Ética e moral.

Sob o ponto de vista da ética e da moral, parte da doutrina posiciona-se contrariamente à colaboração (ou delação) premiada, denominando-a, por isso, de extorsão premiada. Nessa linha, segundo Natália Oliveira de Carvalho, ao preconizar que a tomada de uma postura infame (trair) pode ser vantajosa para quem o pratica, o Estado premia a falta de caráter do codelinquente, convertendo-se em autêntico incentivador de antivalores ínsitos à ordem social.[66]

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos não haver qualquer violação à ética, nem tampouco à moral. Apesar de se tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instituto de capital importância no combate à criminalidade, porquanto se presta ao rompimento do silêncio mafioso (*omertà*), além de beneficiar o acusado colaborador. De mais a mais, falar-se em *ética de criminosos* é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis. Como lembra Cassio Granzinoli, "não é incomum a chefes de grupos de tráfico de drogas, por exemplo, determinarem (por vezes e por telefone e de dentro dos próprios presídios onde cumprem penas) a execução de outros membros do grupo ou mesmo de pessoas de bem. Estarão eles, pois, preocupados com Ética, Moral, Religião e qualquer outra forma de controle social, diversa do Direito (uma vez que este prevê maior coerção para os atos que lhe são contrários)? Certamente que não".[67]

Apesar de, sob certo aspecto, a existência da colaboração premiada representar o reconhecimento, por parte do Estado, de sua incapacidade de solucionar *sponte própria* todos os delitos praticados, a doutrina aponta razões de ordem prática que justificam a adoção de tais mecanismos, a saber: a) a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da "lei do silêncio" que vige no seio das organizações criminosas; b) a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada.

14.5. Direito ao silêncio.

A colaboração premiada é plenamente compatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo). É fato que os benefícios legais oferecidos ao colaborador servem como estímulo para sua colaboração, que comporta, invariavelmente, a autoincriminação. Porém, desde que não haja nenhuma espécie de coação para obrigá-lo a cooperar, com prévia advertência quanto ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), não há violação ao direito de não

64. Nesse sentido: ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 428.

65. Op. cit. p. 427.

66. CARVALHO, Natália Oliveira. *A delação premiada no Brasil.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 101. Para Eugênio Raúl Zaffaroni (*Crime organizado: uma categoria frustrada.* Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, ano 1, v. 1, 1996, p. 45), "o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da sua impunidade para 'fazer justiça', o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria".

67. GRANZINOLI, Cassio M. M. *A delação premiada. In Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 152.

produzir prova contra si mesmo. Afinal, como não há *dever ao silêncio,* todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se colabora (ou não) com os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal.[68]

Quanto ao assunto, especial atenção deve ser dispensada ao art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850/13, que dispõe: "Nos depoimentos que prestar, o colaborador *renunciará*, na presença de seu defensor, *ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade*". Parece ter havido um equívoco por parte do legislador ao fazer uso do verbo *renunciar.* Afinal, se se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, "g"), é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis (ou indisponíveis). Por consequência, o caráter indisponível do direito ao silêncio conduziria à nulidade absoluta, por ilicitude de objeto, do acordo de colaboração premiada em que fosse pactuada a renúncia a esse direito. Na verdade, não há falar em *renúncia* ao direito ao silêncio, mas sim em opção pelo seu não exercício, opção esta exercida voluntariamente pelo investigado/acusado, que, para tanto, deverá contar com a assistência técnica de seu defensor e ser previamente informado de que não é obrigado a "colaborar para a sua própria destruição" (*nemo tenetur se detegere).*

Tanto é verdade que não há renúncia ao direito ao silêncio que o próprio art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13, prevê que, na hipótese de retratação da proposta de colaboração premiada pelas partes, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas *exclusivamente em seu desfavor.* Como se percebe, ante a possibilidade de ser beneficiado por um dos prêmios legais previstos na nova Lei de Organizações Criminosas, o colaborador opta pelo não exercício do direito ao silêncio, sujeitando-se às consequências de sua confissão. Assim, com a expectativa de receber determinado prêmio legal, o colaborador identifica os demais coautores e partícipes do fato delituoso, contribui para a localização da vítima com sua integridade física preservada, etc. Frustrada a proposta em virtude da retratação por uma das partes, seria no mínimo injusto que todo esse acervo probatório fosse contra ele utilizado. Como não houve renúncia ao direito ao silêncio, mas simples não exercício dessa prerrogativa diante da expectativa de receber determinado prêmio legal, na hipótese de as partes se retratarem do acordo, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, embora possam ser úteis, na medida de sua veracidade, contra os demais agentes, que não podem ser beneficiados pelo exercício do direito ao silêncio titularizado pelo colaborador.

Apesar de o art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850/13, fazer remissão ao *compromisso legal de dizer a verdade* a que o agente estaria sujeito, daí não se pode concluir que o colaborador possa responder pelo crime de falso testemunho. Como o art. 342 do CP refere-se exclusivamente à *testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete*, revela-se inadmissível a inclusão de *corréu* como sujeito ativo deste delito, sob pena de evidente violação ao princípio da legalidade. Na verdade, a única situação em que o *colaborador* pode ser ouvido como *testemunha* é na hipótese de não ter havido o oferecimento de denúncia contra ele, consoante disposto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13 (acordo de imunidade). Nesse contexto, o art. 4º, § 12, dispõe que, ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial, hipótese em que prestará o compromisso de dizer a verdade, daí por que pode responder pela prática do crime de falso testemunho (CP, art. 342) ou pelo delito previsto no art. 19 do referido diploma legal. Em tal hipótese, quando o colaborador não denunciado prestar declarações sobre fatos que dizem respeito à responsabilidade criminal alheia, adquire a qualidade de verdadeira prova testemunhal incriminadora, limitada, à evidência, aos fatos por ele declarados, daí por que deve responder segundo a verdade.[69]

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da

68. Com o mesmo entendimento: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal).* São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215.

69. Admitindo a possibilidade de o colaborador ser ouvido na condição de informante, que é uma testemunha imprópria, que não presta compromisso, na hipótese em que não for denunciado no mesmo processo que os demais corréus, até mesmo para que suas declarações prestadas na fase investigatória sejam submetidas ao crivo do contraditório, possibilitando o cumprimento dos termos do acordo de colaboração por ele celebrado com o Ministério Público: STF, Tribunal Pleno, AP 470 QO3/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 07929/04/2009.

boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§3º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§5º Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§ 2º Em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§ 3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§ 4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

14.6. Proposta para formalização de acordo de colaboração premiada (*proffer session* ou *queen for a day*).

As tratativas que antecedem a celebração de um acordo de colaboração premiada são marcadas por uma enorme tensão, haja vista a natural desconfiança inicial entre o Ministério Público e o investigado, sempre assistido por seu defensor. De um lado, o órgão ministerial costuma ter evidente receio de assumir o compromisso de solicitar a concessão de um prêmio legal ao colaborador se ainda não tem em mãos maiores detalhes acerca do possível grau de colaboração do investigado com a persecução penal. Do outro, o colaborador certamente também não se sentirá muito confortável em municiar o órgão ministerial com todas as informações de que dispõe (v.g., gravações clandestinas, extratos bancários, números de telefones a serem objeto de interceptação), isso sem contar na autoincriminação, se não tem nenhum acordo formalizado com o órgão acusador.

Em sua redação original, a Lei n. 12.850/13 silenciava acerca do assunto. Sem embargo visando outorgar um grau maior de confiança a essas negociações preliminares, típicas de um verdadeiro pré-contrato, a doutrina[70] sempre fez referência à possibilidade de ser celebrado um pré-acordo, um trato preliminar, por meio do qual o investigado forneceria uma pequena amostra das evidências probatórias que possuía, recebendo dos órgãos persecutórios o compromisso de não as utilizar pelo menos enquanto o acordo de colaboração premiada não fosse efetivamente celebrado.

70. MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime organizado*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2017. p. 187.

Esclarecedora, nesse sentido, a lição de Andrey Borges de Mendonça: "firmado um pré-acordo, indicando que as provas produzidas antes da concretização do acordo não poderão ser usadas, o que deve ser respeitado. Assim, para que o réu/investigado colaborador não fique em situação desconfortável, enquanto o acordo não for formalizado, o membro do MP não deve utilizar, em hipótese alguma, os elementos e provas apresentados nestas reuniões preliminares pelo colaborador em seu desfavor. Nos EUA são chamadas *proffer session*, também denominadas ***'queen for a day'*** **(rainha por um dia)**. E caso o acordo não se concretize ao final, deve-se desconsiderar todas as informações apresentadas pelo colaborador durante as tratativas. Do contrário, haveria afronta ao dever de lealdade, que deve pautar a atuação do membro do MP. Assim, somente após a realização do acordo definitivo (por escrito e homologado) é que o membro estará autorizado a utilizar das provas e elementos apresentados pelo colaborador".[71]

Ante o vazio legislativo até então existente, as 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal deliberaram por expedir uma orientação – **Orientação conjunta n. 1/2018** – a ser observada na celebração e assinatura de acordos de colaboração premiada. E é exatamente dessa Orientação Conjunta que foi extraída praticamente a integralidade dos arts. 3º-B a 3º-C da Lei n. 12.850/13, aí introduzidos por força do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19).

De fato, o art. 3º-B da Lei das Organizações Criminosas passou a dispor que o recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial. Como se pode notar, não é a lavratura do termo de confidencialidade que delimita o início das negociações e, por consequência, o dever de resguardar o sigilo. Na verdade, tão logo recebida a proposta já se tem por iniciadas as negociações, impondo-se a todos o respeito ao sigilo e à boa-fé. Tal sigilo só poderá ser levantado mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 7º, §3º, da Lei n. 12.850/13.

Essa proposta para formalização do acordo de colaboração pode ser firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração, devidamente assistida por advogado (ou defensor público), ou pode ser oferecida pelo próprio profissional da advocacia, hipótese em que a proposta deve estar instruída com procuração com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas (Lei n. 12.850/13, art. 3º-C, *caput*). Justifica-se todo esse cuidado com a procuração com poderes especiais, não apenas para fins de se evitar eventuais questionamentos quanto a eventual crime de denunciação caluniosa (CP, art. 339) ou colaboração caluniosa ou fraudulenta (Lei n. 12.850/13, art. 19), mas também para que se tenha certeza de que a proposta reflete, com segurança, a vontade do agente colaborador.

Confere-se, assim, papel de proeminência à defesa no início da negociação. A ela incumbe convencer a autoridade policial (ou ministerial) da relevância das informações e elementos de prova de maneira suficiente para justificar a celebração do acordo. Esse aspecto é relevante porque, como todo e qualquer contrato, necessita-se que ambas as partes tenham interesse na sua celebração. Com o acordo de colaboração premiada, não seria diferente. Sem embargo de o legislador ter outorgado apenas à defesa a possiblidade de oferecer a proposta de colaboração premiada, daí não se pode concluir que os órgãos persecutórios responsáveis pela investigação – Polícia ou Ministério Público – estejam impedidos de provocar a manifestação do investigado ou de seu defensor, orientando-os, por exemplo, quanto aos prêmios legais passíveis de negociação.

O fato de a defesa ter apresentado uma proposta para formalização de um acordo de colaboração premiada, porém, não obriga o órgão ministerial (ou o Delegado de Polícia) a aceitá-la. Com efeito, é perfeitamente possível que a autoridade policial (ou ministerial) não tenha qualquer interesse em celebrar tal acordo com o proponente, seja porque já dispõe de fartos e robustos elementos de informação acerca da autoria e materialidade da infração penal sob investigação, seja por entender que tal agente jamais faria jus à concessão de qualquer prêmio legal (v.g., reincidente específico em crimes hediondos, líder da organização criminosa, etc.). Em tais hipóteses, incumbe ao Ministério Público (ou à autoridade policial) indeferir sumariamente a proposta, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado (Lei n. 12.850/13, art. 3º-B, §1º).

Lado outro, se a proposta não for sumariamente indeferida, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para o prosseguimento das

71. MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei n. 12.850/13)*. Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4, 2013.

tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa (Lei n. 12.850/13, art. 3º-B, §2º). A importância atribuída à confidencialidade é justificada pela importância do sigilo para o sucesso da tarefa de colheita de elementos probatórios, lógica presente também em outros meios de obtenção de prova (v.g., interceptação ambiental, busca domiciliar, etc.).

Como se pode notar, na eventualidade de a proposta não ser sumariamente indeferida, as partes estarão vinculadas ao termo de confidencialidade por elas firmado, sendo vedado ulterior indeferimento posterior sem qualquer justificativa. Respeita-se, assim, o dever de lealdade e o princípio da boa-fé. O dispositivo, porém, deixa entrever que, havendo justa causa, é possível ulterior indeferimento da proposta. É o que ocorre, por exemplo, se, a despeito do oferecimento da proposta, o colaborador-proponente não cessar seu envolvimento com a conduta ilícita relacionada ao objeto da proposta.

O recebimento da proposta (art. 3º-B, *caput*) e a subscrição do próprio termo de confidencialidade para prosseguimento das tratativas (art. 3º-B, §2º) não implicam, por si sós, a suspensão da investigação. O que a lei permite às partes é a celebração de um acordo em contrário exclusivamente quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares (v.g., busca domiciliar) e assecuratórias (v.g., sequestro), bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor.

À semelhança do acordo de colaboração premiada – art. 4º, §15, da Lei n. 12.850/13 –, nenhuma tratativa sobre colaboração premiada poderá ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público, sendo que, na eventualidade de um conflito de interesses (v.g., o advogado não concorda com a intenção do cliente de celebrar um acordo de colaboração premiada), ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público (Lei n. 12.850/13, art. 3º-C, §§1º e 2º). Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos.

Por ocasião do oferecimento dessa proposta, incumbe ao colaborador-proponente narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação com os fatos investigados. Deverá, ademais, instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração. Quanto a esse dever de instrução da proposta de colaboração, especial atenção deve ser dispensada à Orientação Conjunta n. 1/2018 do MPF, *in verbis:* "Art. 13.1. Cada fato típico descrito ou conjunto de fatos típicos intrinsecamente ligados deverá ser apresentado em termo próprio e apartado (anexo) a fim de manter o necessário sigilo sobre cada um deles e possibilitar sua investigação individualizada; 13.2. Os anexos devem conter, no mínimo, os seguintes elementos: a) descrição dos fatos delitivos; b) duração dos fatos e locais de ocorrência; c) identificação de todas as pessoas envolvidas; d) meios de execução do crime; e) eventual produto ou proveito do crime; f) potenciais testemunhas dos fatos e outras provas de corroboração existentes em relação a cada fato e a cada pessoa; g) estimativa dos danos causados".

Na hipótese desses elementos de corroboração não evidenciarem, de plano, o grau de utilidade e eficácia da colaboração, admite-se que a lavratura do acordo de colaboração premiada seja precedida por uma instrução preliminar. É nesse sentido, aliás, o art. 3º-B, §4, da Lei n. 12.850/13, segundo o qual "o acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público".

Se, a despeito dessa instrução preliminar, o celebrante (Ministério Público/Polícia) deliberar por não levar adiante a celebração do acordo, não lhe será permitido se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé-, para qualquer finalidade. Consagra-se, assim, como exposto anteriormente, o denominado *queen for a day,* em fiel observância ao dever de lealdade e boa-fé que deve nortear a atuação dos órgãos persecutórios. Por outro lado, se as partes acordarem em relação à celebração da colaboração premiada, a avença terá seguimento regular, com a devida formalização do acordo, do qual deverão constar todas as informações essenciais para a identificação do pacto e de seus elementos, definindo as obrigações e os direitos das partes negociantes.

Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal,

desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§4º Nas mesmas hipóteses do *caput* deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

I - regularidade e legalidade; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* deste artigo; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§ 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§8º. O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

§9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§13. O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

§14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

I - medidas cautelares reais ou pessoais; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

III - sentença condenatória. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§18. O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

14.7. Previsão normativa.

Em países como Itália e Espanha, a colaboração premiada nasceu da necessidade de se combater o terrorismo e o crime organizado. De modo distinto, no Brasil, o reconhecimento explícito da ineficácia dos métodos tradicionais de investigação, e, consequentemente, da necessidade da colaboração premiada para a obtenção de informações relevantes para a persecução penal, está diretamente relacionada ao incremento da criminalidade violenta, a partir da década de 90, direcionada a seguimentos sociais mais privilegiados e que, até então, estavam imunes a ataques mais agressivos (sequestros, roubos a estabelecimentos bancários), o crescimento do tráfico de drogas e o aumento da criminalidade de massa (roubos, furtos, etc.), sobretudo nos grandes centros urbanos, que levou nosso legislador, impelido pelos meios de comunicação e pela opinião pública, a editar uma série de leis penais mais severas. Várias leis especiais passaram a dispor, então, sobre a colaboração premiada, variando apenas quanto a seu objetivo, bem como no tocante aos benefícios concedidos pela lei ao colaborador.

Aliás, mesmo antes da década de 90, não se pode negar que a colaboração premiada já estivesse presente no próprio Código Penal. De fato, sob o manto da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, "d"), da atenuante genérica do art. 65, III, "b", do Código Penal, em que se premia o criminoso que tenha buscado, espontânea e eficazmente, logo após o crime, evitar ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano, do arrependimento eficaz (CP, art. 15), e do arrependimento posterior (CP, art. 16), a expiação pelo mal cometido já integrava a parte geral do Código Penal desde a reforma produzida pela Lei nº 7.209/84.

A primeira Lei que cuidou expressamente da colaboração premiada foi a **Lei dos Crimes**

Hediondos (Lei 8.072/90), cujo art. 8º, parágrafo único, passou a prever que "*o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços*". Este dispositivo legal, que permanece vigente e válido, a despeito da entrada em vigor da Lei nº 12.850/13, aplica-se exclusivamente aos casos em que, praticados os delitos de que cuidam a referida lei, doravante por meio de associação criminosa, esta seja desmantelada em razão de denúncia feita por um de seus integrantes. Logo, demonstrando-se que não havia uma associação criminosa para o fim de praticar crimes hediondos ou equiparados, ou seja, que um crime de tal natureza foi praticado em mero concurso eventual de agentes, não se admite o reconhecimento da delação premiada, mesmo que as informações prestadas pelo delator sejam eficientes para a identificação dos demais coautores e partícipes.[72]

A Lei nº 8.072/90 também determinou a inclusão do § 4º ao art. 159 do Código Penal, que passou a dispor: "*Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços*". O dispositivo era alvo de críticas por atrelar a concessão da colaboração premiada apenas às hipóteses de crimes cometidos por quadrilha ou bando, cuja tipificação, até o advento da Lei nº 12.850/13, demandava a presença de pelo menos 4 (quatro) pessoas (CP, antiga redação do art. 288). Posteriormente, o dispositivo foi alterado pela **Lei nº 9.269/96**, passando a ter a seguinte redação: "*se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços*". Daí por que a 5ª Turma do STJ concluiu ser irrelevante, para a incidência da redução prevista no § 4º do art. 159 do Código Penal, que o delito tenha sido praticado por quadrilha ou bando, bastando, para tanto, que o crime tenha sido cometido em concurso, observados, porém, os demais requisitos legais exigidos para a configuração da delação premiada.[73]

Como deixa entrever o art. 159, § 4º, do CP, para a incidência do benefício aí previsto, é indispensável que as informações prestadas pelo colaborador facilitem a libertação do sequestrado, logicamente com sua integridade física preservada. Na dicção do STJ, a colaboração premiada prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pela testemunha da coroa (ou *crownwitness)* foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima.[74]

Também havia previsão legal de colaboração premiada na Lei que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (**revogada Lei 9.034/95**, art. 6º, caput): "*nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria*".[75]

Seguindo a ordem cronológica de edição das leis, veio em seguida a **Lei nº 9.080/95**, cujos arts. 1º e 2º introduziram modificações na **Lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86)** e no diploma legal que define os **crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90)**. A Lei 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, passou a dispor em seu art. 25, § 2º: "*nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)*".[76] Por seu turno, a Lei que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei 8.137/90, art. 16, parágrafo único) preceitua que, nos crimes nela previstos, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

72. STJ, 5ª Turma, HC 62.618/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17/10/2006, DJ 13/11/2006 p. 283.

73. STJ, 5ª Turma, HC 33.803/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/06/2004, DJ 09/08/2004 p. 280.

74. STJ, 5ª Turma, HC 26.325/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 24/06/2003, DJ 25/08/2003 p. 337. Em sentido semelhante: STJ, 5ª Turma, HC 40.633/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 01/09/2005, DJ 26/09/2005 p. 417; STJ, 6ª Turma, REsp 223.364/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 30/06/2005, DJ 22/08/2005.

75. Como já se manifestou o TJ/SP, "se o réu, sem pertencer a qualquer organização criminosa, sem delatar ninguém e sem contribuir para o desmantelamento de qualquer quadrilha, simplesmente foi condenado (por porte ilegal de arma), confessando o crime no interrogatório judicial, é manifestamente incabível a aplicação analógica do art. 6º da Lei 9.034/95, devendo ser afastada a redução de 1/3 efetuada pela sentença na pena privativa de liberdade do apelado" (TJSP, ApCrim. 281.081-3, 4.ª Câm. Crim., j. 30.05.2000, rel. Des. Hélio de Freitas, *RJTJ* 240, p. 302-303).

76. De acordo com o STJ, para a configuração da delação premiada (art. 25, § 2º, da Lei 7.492/86), ou da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), é preciso o preenchimento dos requisitos legais exigidos para cada espécie, não bastando, contudo, o mero reconhecimento, pelo réu, da prática do ato a ele imputado, sendo imprescindível, também, a admissão da ilicitude da conduta e do crime a que responde: STJ, 5ª Turma, REsp 934.004/RJ, Rel. Min. Jane Silva, j. 08/11/2007, DJ 26/11/2007, p. 239.

Com vigência a partir de 4 de março de 1998, também consta da **Lei de Lavagem de Capitais** a possibilidade de colaboração premiada na hipótese de as informações fornecidas pelo agente conduzirem à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, *ou* à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (Lei nº 9.613/98, art. 1º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 12.683/12).

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – **Convenção de Palermo**, promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004 –, também cuida da colaboração premiada. De acordo com seu art. 26, cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, notadamente: i) a identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) as conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) as infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) a prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

De seu turno, a nova Lei de Drogas (**Lei 11.343/2006**, art. 41, *caput*) prevê que "o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços". Como deixa claro o dispositivo em questão, a incidência da colaboração premiada somente é possível quando, na prática de qualquer dos delitos previstos na Lei nº 11.343/06, o agente perpetrar a conduta em concurso de pessoas.[77]

Perceba-se que o art. 41 da Lei nº 11.343/06 faz menção à recuperação do *produto do crime*. Como se sabe, produto do crime é o resultado da operação delinquencial. A droga pode ser considerada *produto do crime* tão somente em algumas condutas típicas previstas na Lei nº 11.343/06, tais como preparar, produzir e fabricar, já que, nestas hipóteses, o resultado útil imediato do crime é a própria droga. Todavia, nas demais hipóteses, a droga é apenas o objeto material do delito, ou seja, é a coisa sobre a qual recai a conduta delituosa. A título de exemplo, na modalidade de "vender", a droga é apenas o objeto material da conduta delituosa, enquanto o produto do crime é o valor que o traficante recebe em contraprestação à venda. Destarte, parece-nos que a expressão utilizada pelo art. 41 da Lei nº 11.343/06 – *produto do crime* – deve ser objeto de interpretação extensiva para abranger não apenas o produto direto ou indireto do crime, como também a droga propriamente dita.[78]

Não obstante a existência da partícula "e" no art. 41 da Lei nº 11.343/06, tem prevalecido o entendimento de que não é indispensável a identificação dos demais concorrentes *e* também a recuperação total ou parcial do produto do crime. Aos olhos da doutrina, dentro das possibilidades do colaborador, basta que resulte um dos dois resultados: identificação dos demais concorrentes *ou* recuperação total ou parcial do produto do crime. Evidentemente, se o colaborador tiver conhecimento de ambas as circunstâncias, indicando apenas uma delas, não poderá ser beneficiado pelo prêmio legal constante do art. 41 da Lei nº 11.343/06. Todavia, se o colaborador tiver conhecimento apenas da localização do produto do crime, sendo incapaz de identificar os demais integrantes da organização criminosa – de se lembrar que uma das características das organizações criminosas é a divisão hierárquica, de modo que um agente costuma conhecer apenas aqueles que atuam no mesmo ramo de atribuições –, não há por que se negar a concessão do benefício, cujo *quantum* de diminuição de pena deve ser sopesado de acordo com o grau de sua colaboração.[79]

Também há previsão de colaboração premiada na Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (**Lei nº 12.529/11**, com vigência a partir do dia 29 de maio de 2012). Consoante disposto nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/11, este **acordo de leniência** poderá ser celebrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e II – a obtenção de informações e

77. STJ, 5ª Turma, HC 99.422/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 12/08/2008, DJe 22/09/2008.

78. Com esse entendimento: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 190-191.

79. Nesse sentido: ARRUDA, Samuel Miranda. *DROGAS: aspectos penais e processuais penais. Lei 11.343/2006*. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 99.

documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. No tocante às consequências penais e processuais penais decorrentes do acordo de leniência, especial atenção deve ser dispensada ao art. 87 da Lei nº 12.529/11, que passa a prever que, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90 *e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/93 e os tipificados no art. 288 do Código Penal*, a celebração de acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Ademais, de acordo com o art. 87, parágrafo único, da Lei nº 12.529/11, cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes acima referidos. A doutrina costuma se referir ao acordo de leniência como **acordo de brandura ou doçura**.[80]

Com vigência em 29 de janeiro de 2014, a **Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção Empresarial)**, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, também prevê, em seu art. 16, a possibilidade de celebração de acordo de leniência, porém com reflexos exclusivamente administrativos. Na mesma linha, o art. 17 da referida Lei versa sobre a possibilidade de a Administração pública celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

14.7.1. Lei de proteção às testemunhas (Lei nº 9.807/99).

A Lei 9.807/99, conhecida como "Lei *de Proteção às testemunhas e vítimas de crimes*", por não ter seu âmbito de aplicação restrito a determinado(s) delito(s), representou verdadeira democratização do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio, *possibilitando sua aplicação a qualquer delito*, além de organizar um sistema oficial de proteção aos colaboradores. Com efeito, à exceção da Lei nº 9.034/95, que não se referia a tipos penais determinados, mas sim a crimes praticados em organização criminosa, todos os demais diplomas legais que tratavam da colaboração premiada possibilitavam sua aplicação apenas a determinados crimes.[81]

Em seu art. 13, dispõe a Lei nº 9.807/99 que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, tendo em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado *pela prática de qualquer crime* que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Apesar de o dispositivo referir-se ao "acusado", predomina o entendimento de que também se aplica ao indiciado, possibilitando a concessão do benefício até mesmo na fase das investigações preliminares.[82]

Discute-se na doutrina se a aplicação do preceito do art. 13 da Lei nº 9.807/99 está subordinada à presença cumulativa de todos os requisitos nele elencados (identificação dos demais coautores, localização da vítima com sua integridade física preservada, e recuperação total ou parcial do crime), hipótese em que a concessão do benefício ficaria restrita apenas ao delito de extorsão mediante sequestro cometido em concurso de agentes cujo preço do resgate tenha sido pago, porquanto seria o único crime em que os três objetivos poderiam ser atingidos simultaneamente, ou se as condições devem ser aferidas alternativamente, de modo a se possibilitar a abrangência de todos os tipos penais.

A nosso ver, não se pode sustentar que a aplicação do art. 13 da Lei nº 9.807/99 esteja condicionada à presença cumulativa de seus três incisos, sob pena de se transformar uma lei genérica, aplicável em tese a qualquer crime, em uma lei cuja incidência da colaboração premiada estaria restrita ao delito de extorsão mediante sequestro cometido em concurso de agentes cujo preço do resgate tenha sido pago. Portanto, há de prevalecer uma **cumulatividade temperada**, condicionada ao tipo penal, ou seja, é necessária a satisfação dos requisitos possíveis no

80. É nesse sentido a lição de Damásio Evangelista de Jesus: Phoenix: órgão informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo, nº 1, fev. 2001.

81. Nesse sentido: GRANZINOLI, Cassio M. M. *A delação premiada. In Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 152.

82. Com esse entendimento: ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Legislação criminal especial.* Coordenação: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 866.

mundo fático, quaisquer que sejam eles, de acordo com a natureza do delito praticado.

Logo, de modo a se conferir a máxima efetividade ao dispositivo em questão, estendendo sua aplicação a todos os crimes para os quais possa o Estado auferir vantagens da colaboração do acusado, ao lado da efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados, se o tipo penal permitir – é o que ocorre em um crime de extorsão mediante sequestro cometido em concurso de agentes em que o resgate tenha sido pago, mas a vítima não tenha sido libertada – a aplicação do art. 13 da Lei nº 9.807/99 estará condicionada à presença simultânea dos três incisos: identificação dos demais concorrentes; localização da vítima com a sua integridade física preservada; recuperação total ou parcial do produto do crime. Por outro lado, caso o delito praticado não permita a incidência simultânea dos três incisos – a exemplo de um crime de roubo de cargas cometido em concurso de agentes – a incidência do art. 13 da Lei nº 9.807/99 fica dependendo apenas da identificação dos demais concorrentes e da recuperação total ou parcial do produto do crime.

14.7.2. Nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13).

Apesar de a colaboração premiada estar prevista no ordenamento pátrio desde a década de 90, quando entrou em vigor a Lei nº 8.072/90, não havia, até bem pouco tempo, um regramento específico e um roteiro mais detalhado que proporcionasse a eficácia dessa importante técnica especial de investigação. Isso, aliás, não era uma exclusividade da colaboração premiada. Esta pobreza legislativa também contaminava a ação controlada e a infiltração de policiais.

Daí a importância da nova Lei das Organizações Criminosas: sem descuidar da proteção dos direitos e garantias fundamentais do colaborador – a título de exemplo, seu art. 4º, §15, demanda a presença de defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, constando do art. 5º inúmeros direitos do colaborador[83] –, a Lei nº 12.850/13 passou a conferir mais eficácia à medida sob comento, principalmente por regulamentar expressamente a celebração do acordo de colaboração premiada, dispondo sobre a legitimidade para a proposta, conteúdo do acordo e necessária homologação judicial.

Consoante disposto no art. 4º da Lei nº 12.850/13, o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um *ou* mais dos resultados ali listados.

A inserção da conjunção alternativa "*ou*" no *caput* do art. 4º da Lei nº 12.850/13 deixa transparecer que não há necessidade da consecução de todos os resultados. Na verdade, ainda que a colaboração do agente resulte na obtenção de apenas um dos resultados, como, por exemplo, a localização da vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, V), o agente fará jus aos prêmios legais, levando-se em consideração, para tanto, a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Vejamos então, separadamente, quais são os possíveis resultados que devem resultar diretamente das informações prestadas pelo colaborador para que o agente faça jus a um dos prêmios legais:

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas: como o dispositivo legal faz uso das expressões "demais coautores e partícipes", fica evidente que, para fins de concessão dos prêmios legais, as informações devem se referir ao crime investigado (ou processado) para o qual o colaborador também tenha concorrido em concurso de agentes. A título de ilustração, se o agente estiver sendo investigado pelo fato de ser integrante de organização criminosa especializada na prática de crimes de roubo de cargas, suas informações devem ser eficazes para a identificação dos demais coautores e partícipes envolvidos nesta prática delituosa. Logo, se este agente resolver colaborar com o Estado, fornecendo informações pertinentes a crimes diversos que não são objeto do procedimento investigatório contra ele instaurado (v.g., associação criminosa responsável pela prática de tráfico de drogas da qual o agente sequer era integrante), não fará jus aos benefícios previstos na Lei nº 12.850/13;

II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa:

83. Lei n. 12.850/13: "Art. 5º. São direitos do colaborador: I – usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III – ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV – participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V – não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI – cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados (Redação dada pela Lei n. 13.964/19)".

um dos elementos necessários à caracterização da organização criminosa é a existência de uma associação de 4 (quatro) ou mais pessoas *estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas*. Daí a preocupação do legislador em obter informações capazes de revelar a hierarquia da organização, apontando-se, ademais, as tarefas atribuídas a cada um de seus integrantes. A consecução desse resultado deve ser analisada com certo temperamento, já que nem sempre o colaborador terá conhecimento de todos os integrantes do grupo. Afinal, é extremamente comum que o ocupante de uma posição inferior na hierarquia da organização criminosa sequer tenha acesso aos integrantes mais graduados. Por isso, o que realmente interessa para fins de concessão dos prêmios legais é a revelação, por parte do colaborador, de todas as informações de que tinha conhecimento, de modo a otimizar a descoberta da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas do grupo;

III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa: sem embargo do silêncio do art. 4º, III, da Lei nº 12.850/13, que se limita a fazer referência às *infrações penais decorrentes* das atividades da organização criminosa, sem estabelecer o *quantum* de pena a elas cominada, é evidente que tais infrações devem ter penas máximas superiores a 4 anos, ou que sejam de caráter transnacional, já que tais requisitos fazem parte do conceito legal de organizações criminosas constante do art. 1º, § 1º, do referido diploma legal. Nem sempre será fácil aferir a eficácia objetiva das informações prestadas pelo colaborador para fins de prevenir infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa. No entanto, se restar demonstrado que a prisão em flagrante de determinados integrantes do grupo, por ocasião da prática de determinada infração penal, só foi possível por força das informações prestadas pelo colaborador, não se pode negar a concessão dos prêmios legais;

IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa: *produto* da infração penal (ou *producta sceleris)* é o resultado imediato da operação delinquencial, enfim, os bens que chegam às mãos do criminoso como resultado direto do crime: objeto roubado (art. 157, caput, do CP), dinheiro obtido com a prática da corrupção passiva (art. 317, caput, do CP), ou o dinheiro obtido com a venda da droga (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). *Proveito da infração,* produto indireto ou *fructus sceleris,* configura o resultado mediato do crime, ou seja, trata-se do proveito obtido pelo criminoso como resultado da transformação, substituição ou utilização econômica do produto direto do delito (e.g., dinheiro obtido com a venda do objeto roubado, veículos ou imóveis adquiridos com o dinheiro obtido com a venda de drogas etc.);

V – a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada: como será visto mais adiante, para fins de concessão dos prêmios legais inerentes à colaboração premiada, é indispensável que as informações prestadas pelo agente sejam objetivamente eficazes para a consecução dos resultados previstos em lei. Portanto, não basta que o agente revele às autoridades o exato local do cativeiro da vítima. Para além disso, a vítima também deve ser localizada com sua integridade física preservada. Destarte, se a cooperação do agente levar à localização do cadáver da vítima, revela-se inviável a concessão de qualquer benefício ao colaborador, por mais que imaginasse que a vítima ainda estaria viva. De mais a mais, se a vítima conseguir escapar do cativeiro ou se dele for resgatada por conta da ação de terceiros, sem qualquer vínculo causal com as informações prestadas pelo colaborador, também não será viável a concessão dos prêmios legais.

14.8. Voluntariedade e motivação da colaboração.

Ato *espontâneo* é aquele cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência alheia – deve preponderar a vontade de colaborar com as autoridades estatais. Apesar de alguns dispositivos legais fazerem referência à necessidade de a cooperação ser *espontânea* (v.g., art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98), prevalece o entendimento de que a *espontaneidade* não é condição *sine qua non* para a aplicação dos prêmios legais inerentes à colaboração premiada.

Na verdade, o que realmente interessa para fins de colaboração premiada é que o ato seja *voluntário.* Ainda que não tenha sido do agente a iniciativa, ato *voluntário* é aquele que nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento. Portanto, para que o agente faça jus aos prêmios legais referentes à colaboração premiada, nada impede que o agente tenha sido aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação. Ato espontâneo, para fins de colaboração premiada, deve ser compreendido como o ato voluntário, não forçado, ainda que provocado

por terceiros (v.g., Delegado de Polícia, Ministério Público ou Defensor).[84]

Andou bem, nesse sentido, a Lei nº 12.850/13. Ao dispor sobre a colaboração premiada, o art. 4º, *caput*, faz menção expressa à colaboração efetiva e *voluntária* com a investigação e com o processo criminal. Na mesma linha, o art. 4º, § 7º, do referido diploma legal, em sua redação original, já previa que, antes de proceder à homologação do acordo de colaboração premiada, incumbe ao juiz verificar sua regularidade, legalidade e *voluntariedade*, podendo, para tanto, sigilosamente ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

De maneira elogiável, a Orientação Conjunta n. 1/2018 do MPF prescreve: "8. O Membro do MPF oficiante deve empregar todos os esforços a fim de bem esclarecer ao interessado e ao seu defensor, desde o início do procedimento, suas tratativas e antes de qualquer ato de colaboração, em que consiste o instituto da colaboração premiada, o respectivo procedimento previsto em lei e nesta Orientação Normativa, os benefícios possíveis em abstrato, a necessidade de sigilo e outras informações pertinentes, em ordem a viabilizar o consentimento livre e informado (...)".

Para o Supremo, o acordo de colaboração premiada somente será válido se: a) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé – esta liberdade seria psíquica, e não de locomoção, logo, não haveria óbice a que o colaborador estivesse custodiado por ocasião da celebração do acordo, desde que respeitada a voluntariedade da sua colaboração; e b) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável.[85]

Noutro giro, é de todo irrelevante qualquer análise quanto à motivação do agente, pouco importando se a colaboração decorreu de legítimo arrependimento, de medo ou mesmo de evidente interesse na obtenção da vantagem prometida pela Lei. Deveras, o Direito não se importa com os motivos internos do sujeito que resolve colaborar com a justiça, se de ordem moral, social, religiosa, política ou mesmo jurídica, mas sim com o fato de que a entrega dos coautores de um fato criminoso possibilita a busca de um valor, e a manutenção da organização criminosa, de um desvalor.[86]

14.8.1. (Im) possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada com investigados (ou acusados) presos.

Levando-se em consideração que a voluntariedade é verdadeiro pressuposto para a colaboração premiada, muito já se discutiu – e ainda se discute – quanto à possibilidade de formalização desse acordo com quem se encontra preso, cautelarmente ou em virtude de sentença condenatória transitada em julgado. Vejamos as duas correntes acerca do assunto e seus respectivos argumentos:

a) impossibilidade de celebração do acordo: de um lado, parte da doutrina sustenta que a celebração de um acordo de colaboração premiada com alguém que se encontra preso retira dele a característica da voluntariedade. Logo, por lhe faltar um pressuposto fundamental, perde sua validade. Propõe-se, assim, uma vedação absoluta à celebração de acordo de colaboração premiada como única forma de se resguardar sua obrigatória voluntariedade;

b) possibilidade de celebração de acordo (nossa posição): a pretexto de auxiliar na investigação criminal (ou na instrução processual), uma prisão preventiva (ou temporária) não pode ser usada como estímulo para se constranger o investigado (ou acusado) a tomar a decisão de se tornar colaborador, sob pena de completo desvirtuamento da sua própria natureza cautelar. Agora, desde que presentes os pressupostos que autorizam a medida extrema, daí não se pode concluir que haveria qualquer tipo de óbice à celebração do acordo. A uma porque a presença de advogado é obrigatória a qualquer momento da colaboração premiada, desde o oferecimento da proposta para formalização do acordo (Lei n. 12.850/13, art. 3º-C, §1º), até a confirmação e execução do quanto pactuado (Lei n. 12.850/13, art. 4º, §15). A duas porque, a depender do caso concreto, a celebração do acordo pode se apresentar extremamente vantajosa para o próprio investigado. Com efeito, é possível enxergar a colaboração como um dos tantos meios permitidos pelo ordenamento jurídico para que o acusado, orientado por seu defensor, alcance o melhor resultado possível para si no processo. Fosse negado a ele o direito de celebrar o acordo, criar-se-ia, então, se comparada sua

84. Em sentido diverso, há precedente isolado da 1ª Turma do STF no sentido de que os vocábulos espontaneidade e voluntariedade são sinônimos: STF, 1ª Turma, HC 129.877/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/04/2017, DJe 168 31/07/2017.

85. STF, Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

86. Nesse sentido: BRITO, Alexis Couto de. *Crime organizado*. Coordenadores: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 271.

situação com a de um investigado solto, indevida restrição ao direito de defesa, em evidente violação ao princípio da isonomia. De mais a mais, como observa Vinícius Marçal, "se a prisão fosse mesmo algo que retirasse a voluntariedade do acordo de colaboração premiada, para manter a coerência argumentativa, deveriam os defensores da 1ª corrente pugnar, igualmente, pela revogação do art. 4º, §5º, da Lei n. 12.850/13 (que prevê a colaboração posterior à sentença), o que até agora não vimos".[87] A propósito, no julgamento do HC 127.483, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, para a celebração do acordo premial, exige-se que o colaborador aja com total liberdade psíquica, e não locomotiva. Assim, para a Corte, não haveria óbice a que o colaborador estivesse custodiado, desde que prseente a voluntariedade da colaboração.

Parece caminhar nesse sentido o Pacote Anticrime. Deveras, com a sua entrada em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, o art. 4º, §7º, inciso IV, da Lei n. 12.850/13, passou a ter a seguinte redação: "§7º. Realizado o acordo na forma do §6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (...) IV – voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador *está* ou esteve sob efeito de medidas cautelares". Ora, como se pode notar, ao fazer uso do verbo "estar" no presente do indicativo, o novel dispositivo deixa claro que é perfeitamente possível a celebração do acordo com colaborador sujeito a alguma medida cautelar (v.g., prisão preventiva), hipótese em que o juiz deverá dispensar especial atenção à análise da voluntariedade da manifestação da sua vontade.

14.9. Eficácia objetiva da colaboração premiada.

Em todas as hipóteses acima citadas de colaboração premiada, para que o agente faça jus aos benefícios penais e processuais penais estipulados em cada um dos dispositivos legais, é indispensável aferir a relevância e a eficácia objetiva das declarações prestadas pelo colaborador. Não basta a mera confissão acerca da prática delituosa. Em um crime de associação criminosa, por exemplo, a confissão do acusado deve vir acompanhada do fornecimento de informações que sejam objetivamente eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas ou da trama delituosa.[88]

Por força da colaboração, deve ter sido possível a obtenção de algum resultado prático positivo, resultado este que não teria sido alcançado sem as declarações do colaborador. Aferível em momento posterior ao da colaboração em si, esta consequência concreta oriunda diretamente das informações prestadas pelo colaborador depende do preceito legal em que o instituto estiver inserido, podendo variar desde a identificação dos demais coautores e partícipes do fato delituoso e das infrações penais por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa, até a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.[89]

Isso, no entanto, não significa dizer que o Ministério Público deva ter êxito nos processos que intentar contra os coautores expostos ou delatados. O que realmente importa é que o colaborador tenha prestado seu depoimento de forma veraz e sem reservas mentais sobre todos os fatos ilícitos de que tinha conhecimento, colaborando de maneira plena e efetiva.

Por isso, embora a lei não o diga, é evidente que, na hipótese de colaboração realizada na fase extrajudicial, ela deve ser mantida pelo colaborador em juízo. Se houver retratação, não é possível a concessão do prêmio legal, até mesmo porque o que poderá ser valorado pelo juiz é o interrogatório judicial e o chamamento dos demais acusados em juízo, em que há possibilidade de exercício do contraditório pelos delatados, e não aquele realizado em procedimento investigatório de natureza inquisitorial. Nesse contexto, como já

87. MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime organizado*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2017. p. 145.

88. STJ, 6ª Turma, HC 92.922/SP, Rel. Min. Jane Silva, j. 25/02/2008, DJe 10/03/2008. Negando a concessão do perdão judicial previsto no art. 13 da Lei nº 9.807/99 em caso concreto em que as informações fornecidas pelo colaborador não resultaram na identificação dos demais coautores e partícipes de tráfico de drogas: STF, 1ª Turma, AI 820.480 AgR/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03/04/2012, DJe 78 20/04/2012. Afastando a concessão de perdão judicial sob o argumento de ausência de efetividade da colaboração como meio de obtenção de provas, porquanto as investigações policiais, em momento anterior ao da celebração do acordo, já teriam revelado os elementos probatórios acerca do esquema criminoso integrado pelo investigado, especializado em enviar pessoas ilegalmente para o exterior: STF, 1ª Turma, HC 129.877/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/04/2017, DJe 168 31/07/2017.

89. Como já se pronunciou o STJ, a redução de pena prevista para os casos de delação de corréu a que se refere o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90, *requisita a existência e o desmantelamento de quadrilha ou bando*: STJ, 6ª Turma, HC 41.758/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 07/11/2006, DJ 05/02/2007 p. 386.

se pronunciou o STJ, "não obstante tenha havido inicial colaboração perante a autoridade policial, as informações prestadas pelo Paciente perdem relevância, na medida em que não contribuíram, de fato, para a responsabilização dos agentes criminosos. O magistrado singular não pôde sequer delas se utilizar para fundamentar a condenação, uma vez que o Paciente se retratou em juízo. Sua pretensa colaboração, afinal, não logrou alcançar a utilidade que se pretende com o instituto da delação premiada, a ponto de justificar a incidência da causa de diminuição de pena".[90]

Comprovada a eficácia objetiva das informações prestadas pelo agente, a aplicação do prêmio legal inerente à respectiva colaboração premiada é medida que se impõe. A título de exemplo, apesar de o art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 fazer uso da expressão "a pena *poderá* ser reduzida (...)" – o art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13 também prevê que "o juiz *poderá* (...)" –, do que se poderia concluir que o juiz tem a faculdade de aplicar (ou não) os benefícios legais aí previstos, prevalece o entendimento de que, uma vez atingidos um dos efeitos desejados, a aplicação de um dos prêmios legais da colaboração premiada é obrigatória.

Na verdade, a discricionariedade que o magistrado possui diz respeito apenas à opção por um dos benefícios legais, a ser escolhido de acordo com o grau de participação do colaborador no crime, a gravidade do delito, a magnitude da lesão causada, a relevância das informações por ele prestadas e as consequências decorrentes do crime. Daí dispor o art. 4º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, que, para fins de concessão dos benefícios legais, deverá o juiz levar em consideração, em qualquer hipótese, a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.[91]

14.10. Prêmios legais.

Os primeiros dispositivos legais que cuidaram da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio – Lei nº 8.072/90, art. 8º, parágrafo único; CP, art. 159, § 4º; revogada Lei nº 9.034/95, art. 6º; Lei nº 7.492/86, art. 25, § 2º; Lei nº 8.137/90, art. 16, parágrafo único – ofereciam um único prêmio legal, qual seja, uma diminuição da pena, de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Fácil perceber, portanto, o motivo pelo qual o coautor ou partícipe do fato delituoso não se sentia encorajado a colaborar com as autoridades estatais. Ora, se o único prêmio decorrente da colaboração premiada era a diminuição da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços), o colaborador já sabia, de antemão, que provavelmente continuaria cumprindo pena, quiçá no mesmo estabelecimento prisional que seus antigos comparsas. Isso acabava por desestimular qualquer tipo de colaboração premiada, até mesmo porque é fato notório que o "Código de Ética" dos criminosos geralmente pune a traição com verdadeira "pena de morte".

Foi exatamente essa a grande inovação trazida pela Lei de Lavagem de Capitais, quando entrou em vigor em 4 de março de 1998. Em sua redação original, o art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/98, dispunha que a pena devia ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começar a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborasse espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzissem à apuração das infrações penais *e* de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Com o advento da Lei nº 12.683/12, o art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, sofreu sensível modificação, *in verbis:* "A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto *ou semiaberto*, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, *a qualquer tempo*, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, *ou* à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime".

90. STJ, 5ª Turma, HC 120.454/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/02/2010, DJe 22/03/2010. Na mesma linha: "Correta a não aplicação do art. 14 da Lei 9.807/99 (delação premiada), uma vez que, segundo o acórdão impugnado, o primeiro paciente contradisse em juízo toda sua confissão policial, não indicando o corréu DIOGO como coautor do roubo, bem como suas informações não foram imprescindíveis à localização do corréu. STJ, 5ª Turma, HC 186.566/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15/02/2011, DJe 21/03/2011.

91. Referindo-se à delação premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99, o STJ já teve a oportunidade de asseverar que, preenchidos os requisitos legais, sua incidência passa a ser obrigatória: STJ, 5ª Turma, HC 84.609/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/02/2010, DJe 01/03/2010. Noutro julgado, a 5ª Turma do STJ concluiu que a "delação premiada" prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima: STJ, 5ª Turma, HC 35.198/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 28/09/2004, p. 215. Em outro julgado, depois de afirmar que ao delator deve ser assegurada a incidência do benefício quando da sua efetiva colaboração resulta a apuração da verdade real, concluiu o STJ que ofende o princípio da motivação, consagrado no art. 93, IX, da CF, a fixação da minorante da delação premiada em patamar mínimo sem a devida fundamentação, ainda que reconhecida pelo juízo monocrático a relevante colaboração do paciente na instrução probatória e na determinação dos autores do fato delituoso: STJ, 5ª Turma, HC 97.509/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/06/2010, DJe 02/08/2010. No sentido de que o juiz é obrigado a fundamentar de maneira detalhada os motivos pelos quais não foram concedidos os benefícios da colaboração premiada, notadamente quando esta se mostrar objetivamente eficaz: STF, 1ª Turma, HC 99.736/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 27/04/2010, DJe 91 20/05/2010.

Da leitura da nova redação do art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, depreende-se que 3 (três) benefícios distintos podem ser concedidos ao colaborador na lei de lavagem de capitais: **a) diminuição de pena de um a dois terços e fixação do regime aberto ou semiaberto**: na redação antiga do dispositivo, a Lei nº 9.613/98 fazia menção ao início do cumprimento da pena apenas no regime aberto. Com as mudanças produzidas pela Lei nº 12.683/12, o início do cumprimento da pena, após a redução de um a dois terços, poderá se dar tanto no regime aberto quanto no semiaberto; **b) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**: a depender do grau de colaboração, poderá o juiz deferir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pouco importando a não observância dos pressupostos do art. 44 do Código Penal, que dispõe sobre as hipóteses em que é cabível a substituição da pena; **c) perdão judicial como causa extintiva da punibilidade**: nesse caso, o acordo de imunidade pode ser viabilizado pelo arquivamento da investigação em relação ao colaborador, com fundamento no art. 129, I, da CF, c/c art. 28 do CPP, ou pelo oferecimento da denúncia com pedido de absolvição sumária pela aplicação do perdão judicial, nos termos do art. 397, IV, do CPP, c/c art. 107, IX, do CP.[92]

A opção por um desses benefícios fica a critério do juiz, que deve sopesar o grau de participação do colaborador no crime, a gravidade do delito, a magnitude da lesão causada, a relevância das informações por ele prestadas e as consequências decorrentes do crime de lavagem. Para ser beneficiado, deve o colaborador prestar esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Diversamente do quanto disposto na redação original do art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, que fazia menção à apuração das infrações penais *e* de sua autoria, a nova redação conferida a este dispositivo pela Lei nº 12.683/12 faz uso da conjunção alternativa "*ou*", do que se depreende que os três objetivos são alternativos, e não cumulativos.

92. Para o Supremo, todavia, a denúncia deve ser oferecida para que o magistrado aplique o perdão judicial ao final do processo, desde que constatada a efetividade da colaboração. A propósito, veja-se parte da ementa de questão de ordem decidida pelo Plenário no caso Mensalão: "Necessidade da denúncia para possibilitar o cumprimento dos termos da Lei nº 9.807/99 e do acordo de colaboração firmado pelo Ministério Público Federal com os acusados. (...) Questão de ordem resolvida para julgar ausente violação à decisão do plenário que indeferiu o desmembramento do feito e, afastando sua condição de testemunhas, manter a possibilidade de oitiva dos co-réus colaboradores nestes autos, na condição de informantes". (STF, Pleno, AP 470 QO3/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/10/2008, DJe 079 29/04/2009).

Na esteira da Lei nº 12.683/12, responsável pelas mudanças da redação da Lei de Lavagem de Capitais, a nova Lei de Organizações Criminosas também ampliou o leque de opções de prêmios legais passíveis de concessão ao colaborador. A depender do caso concreto, a Lei nº 12.850/13 prevê os seguintes prêmios legais, que poderão ser concedidos mesmo no caso de inexistir a formalização de qualquer acordo de colaboração premiada:

a) diminuição da pena: ao contrário de outros dispositivos legais referentes à colaboração premiada, que preveem a diminuição da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços), o art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, faz referência apenas ao máximo de diminuição de pena – 2/3 (dois terços) – sem estabelecer, todavia, o *quantum* mínimo de decréscimo da pena. Ante o silêncio do dispositivo legal e, de modo a se evitar uma redução irrisória (v.g., um dia ou um mês), que poderia desestimular a vontade do agente em colaborar com o Estado, parece-nos que deve ser utilizado como parâmetro o menor *quantum* de diminuição de pena previsto no Código Penal e na Legislação Especial, que é de 1/6 (um sexto). A nova Lei de Organizações Criminosas também prevê a possibilidade de redução da pena na hipótese de a colaboração ocorrer após a sentença. Nesse caso, a pena poderá ser reduzida até a metade (art. 4º, § 5º).[93] Outrossim, como a confissão funciona como circunstância atenuante (CP, art. 65, I, "d"), incidindo, pois, na segunda fase de aplicação da pena, ao passo que a colaboração premiada confere ao agente, em algumas hipóteses, uma causa de diminuição de pena, a ser aplicada na terceira fase (CP, art. 68), há precedentes do STJ no sentido de que a aplicação simultânea desses benefícios legais é perfeitamente compatível, porquanto dotados de natureza distinta;[94]

b) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: como o art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, refere-se à substituição da pena

93. Esta possibilidade de diminuição da pena por ocasião da sentença condenatória guarda certa semelhança com o instituto norte-americano do *sentence bargaining*, uma das espécies de *plea bargaining*. Por meio do *plea bargaining*, acusação e defesa negociam uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave. Esta barganha pode ser feita de duas formas distintas: a) *charge bargaining:* o investigado declara-se culpado e a acusação muda a imputação, substituindo o delito original por outro de menor gravidade; b) *sentence bargaining:* depois do reconhecimento da culpabilidade, o acusado postula a aplicação de sanção mais branda, tal qual ocorre nesta hipótese de diminuição de pena prevista no *caput* do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Nesse sentido: PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. *Crime organizado: comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado*. Editora Juspodivm: Salvador, 2013, p. 62.

94. Admitindo a aplicação da atenuante da confissão na segunda fase de aplicação da pena e da colaboração na terceira fase, por funcionar, no caso concreto, como causa de diminuição de pena: STJ, 5ª Turma, HC 84.609/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/02/2010, DJe 01/03/2010. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, REsp 1.002.913/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17/09/2009, DJe 19/10/2009.

privativa de liberdade por restritiva de direitos, sem fazer qualquer remissão ao disposto no art. 44 do Código Penal, o ideal é concluir que esta substituição deverá ser feita independentemente da observância de tais requisitos;

c) perdão judicial e consequente extinção da punibilidade: nos exatos termos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 12.850/13, considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do CPP;

d) não oferecimento de denúncia (acordo de imunidade): pelo menos em regra, a concessão dos diversos prêmios legais está condicionada à sentença final condenatória, sem a qual não se poderia pensar em diminuição de pena, substituição por restritiva de direitos ou perdão judicial. Por isso, o órgão ministerial deve oferecer denúncia em face do colaborador e dos demais investigados eventualmente por ele delatados. No entanto, nos mesmos moldes que o acordo de leniência, espécie de colaboração premiada prevista no art. 87 da Lei nº 12.529/11 para os crimes contra a ordem econômico-financeira, o art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13, com redação dada pelo Pacote Anticrime, prevê que, nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração premiada referir-se à infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I – não seja o líder da organização criminosa; II – seja o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador (Lei n. 12.850/13, art. 4º, §4º-A, incluído pela Lei n. 13.964/19). Como se percebe, o legislador aí inseriu mais uma *exceção ao princípio da obrigatoriedade*, porquanto o órgão ministerial poderá deixar de oferecer denúncia se a colaboração levar à consecução de um dos resultados constantes dos incisos do art. 4º. Apesar de o legislador ter previsto a possibilidade de não oferecimento da denúncia, nada disse quanto ao fundamento de direito material a ser utilizado para fins de arquivamento do procedimento investigatório. Diante do silêncio da nova Lei de Organizações Criminosas, parece-nos possível a aplicação subsidiária do art. 87, parágrafo único, da Lei nº 12.529/11, que prevê que o cumprimento do acordo de colaboração premiada acarreta a extinção da punibilidade do colaborador. Como se trata, a concessão do perdão judicial, de decisão declaratória extintiva da punibilidade, tal decisão estará protegida pela coisa julgada, o que importa no reconhecimento da imutabilidade do comando que dela emerge. Por consequência, este dispositivo deve ser utilizado de maneira excepcional, vale dizer, o juiz não deve conceder o perdão judicial de pronto, vez que nem sempre será possível atestar o grau de liderança da organização criminosa exercido pelo colaborador sem o prévio encerramento da instrução criminal em juízo. Daí a importância de o não oferecimento da denúncia previsto no art. 4º, § 4º, ser precedido do sobrestamento da persecução penal inserido no art. 4º, § 3º, a fim de verificar a eficácia objetiva das informações prestadas pelo colaborador. Outrossim, na eventualidade de o juiz não concordar com a promoção de arquivamento com fundamento no art. 4º, § 4º, por entender, por exemplo, que o suposto colaborador seria o líder da organização criminosa, não fazendo jus à extinção da punibilidade por tal motivo, deve o magistrado aplicar o princípio da devolução inserido no art. 28 do CPP, determinando a remessa dos autos ao Procurador-Geral;

e) causa de progressão de regimes: pelo menos até a entrada em vigor do Pacote Anticrime, a progressão de regimes estava condicionada, em regra, ao cumprimento de ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e à ostentação de bom comportamento carcerário (LEP, redação originária do art. 112), sem prejuízo da possibilidade de realização do exame criminológico, valendo lembrar que, em se tratando de crimes hediondos e equiparados, a transferência para regime menos rigoroso dar-se-ia após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado fosse primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 2º, com redação dada pela Lei nº 11.464/07). Com a vigência da Lei n. 13.964 no dia 23 de janeiro de 2020, o art. 2º, §2º, da Lei dos Crimes Hediondos foi revogado, constando do art. 112 da LEP novos critérios para a progressão: I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência

à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.[95] Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Outrossim, por força do art. 112, §3º, da LEP, incluído pela Lei n. 13.769/18, no caso de mulher gestante ou mãe que seja responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime, independentemente da natureza hedionda ou não do delito, são, cumulativamente: a) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; b) não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; c) ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; d) ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; e) não ter integrado organização criminosa. Ainda em relação a essa *progressão especial para a ressocialização de mulheres* nas condições acima especificadas, o art. 112, §4º, da LEP, também incluído pela Lei n. 13.769/18, dispõe que o cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício. Com o objetivo de incentivar a colaboração premiada, a Lei nº 12.850/13 passou a prever que, na hipótese de a colaboração premiada ser posterior à sentença, será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos *objetivos* (art. 4º, § 5º). De se notar que o dispositivo legal sob comento ressalva apenas os requisitos *objetivos*. Por consequência, mesmo que a colaboração premiada posterior à sentença seja objetivamente eficaz para a consecução de um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º, a progressão de regimes ainda depende da observância dos requisitos *subjetivos*, ou seja, ao bom comportamento carcerário do condenado.

Sem embargo dos inúmeros prêmios legais previstos na Lei n. 12.850/13, referido diploma normativo não dispunha, pelo menos em sua redação originária, acerca da forma pela qual o magistrado deveria fazer incidir na sentença condenatória o benefício pactuado no acordo de colaboração premiada. Não obstante, sempre se entendeu, doutrinariamente, que o magistrado deveria observar o critério trifásico constante do art. 68 do Código Penal, estabelecendo, assim, a pena adequada para o caso concreto, como se sequer existisse um acordo de colaboração. Tão somente depois, e desde que constatada a eficácia da colaboração do agente, caberia ao magistrado efetuar a substituição da pena aplicada pela sanção barganhada, naquilo que a doutrina convencionou chamar de "substituição premial".[96] Caberia ao magistrado, ademais, deixar consignado que eventual descumprimento de cláusula do acordo poderia dar ensejo à "reconversão da pena aplicada".

Esse entendimento restou consolidado pelo art. 4º, §7º-A, da Lei n. 12.850/13, incluído pelo Pacote Anticrime: "§7º-A. O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Código Penal e do Código de Processo Penal, antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§4º e 4º-A do art. 4º ou já tiver sido proferido sentença".

A Lei 12.850/2013 não apresenta a revogação da prisão preventiva como benefício previsto pela realização de acordo de colaboração premiada. Tampouco há previsão de que, em decorrência do descumprimento do acordo, seja restabelecida prisão preventiva anteriormente revogada. Em outras palavras, a prisão provisória não pode ser utilizada como 'moeda de troca' ou punição antecipada àquele que, réu em processo penal, celebra ou está em vias de celebrar o mencionado acordo. Portanto, o descumprimento de acordo de colaboração

95. De se lembrar que a contagem desse prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena é interrompida na hipótese de prática de falta grave, reiniciando-se a partir do cometimento dessa infração, nos termos da **súmula nº 534 do STJ**. Outrossim, na visão do Plenário do STF, o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional, salvo se comprovada a impossibilidade econômica do apenado em pagar o valor, ainda que parceladamente. A propósito: STF, Pleno, EP 12 ProgReg-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 08/04/2015, DJe 93 19/05/2015.

96. MARÇAL. Op. cit.

premiada não autoriza, por si só, a decretação da prisão preventiva. Enfim, para tanto, impõe-se a observância dos pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP, não podendo o decreto prisional ter como fundamento apenas a quebra do acordo.[97]

Com a amplitude dos benefícios legais previstos na Lei n. 12.850/13, certamente haverá questionamentos quanto ao seu âmbito de incidência, ou seja, se tais benefícios podem ser aplicados a todo e qualquer ilícito decorrente de organização criminosa, ou se a concessão de tais prêmios estaria restrita ao crime de organização criminosa (Lei nº 12.850/13, art. 2º, *caput*), isoladamente considerado. Há quem entenda que as regras do art. 4º da Lei nº 12.850/13 são aplicáveis exclusivamente ao crime de organização criminosa, e não a todas as infrações penais dela decorrentes.[98] A nosso ver, mesmo para os crimes anteriormente estudados que contam com regramento específico acerca do assunto (v.g., extorsão mediante sequestro, tráfico de drogas), não há fundamento razoável para se lhes negar a concessão dos benefícios previstos pela Lei nº 12.850/13, sob pena de esvaziamento da eficácia da colaboração premiada. Ora, se o agente souber que eventual prêmio legal ficará restrito ao crime de organização criminosa, dificilmente terá interesse em celebrar o acordo de colaboração premiada. Essa mesma discussão já havia se instalado com o advento da Lei nº 9.807/99. Por não ter seu âmbito de aplicação restrito a determinado(s) delito(s), muito se discutiu quanto à incidência dos benefícios constantes dos arts. 13 e 14. Acabou prevalecendo a orientação de que referida Lei seria aplicável inclusive para crimes que contassem com um regramento específico sobre colaboração premiada (v.g., tráfico de drogas).[99]

Todos esses prêmios legais são pessoais, sendo inaplicáveis àqueles que não colaboraram voluntariamente com as investigações. Com efeito, por constituir circunstância subjetiva de caráter pessoal, os prêmios legais decorrentes da aplicação da colaboração premiada não se comunicam aos demais coautores e partícipes, nos exatos termos do art. 30 do Código Penal.[100]

Para fins de concessão de qualquer um desses prêmios legais, não basta que as informações prestadas pelo colaborador levem à consecução de um dos resultados previstos em lei. Para além disso, o magistrado também deverá levar em consideração a *personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração* (Lei nº 12.850/13, art. 4º, § 1º). Em sentido semelhante, o art. 13, parágrafo único, da Lei nº 9.807/99, também prevê que a concessão do perdão judicial levará em conta a *personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.*

Destarte, de modo a se evitar que esta importante técnica especial de investigação seja transformada em indevido instrumento de impunidade, a aplicação dos prêmios legais depende não apenas do preenchimento de requisitos objetivos – consecução de um dos resultados listados pelos diversos dispositivos legais que tratam da colaboração premiada –, como também de requisitos subjetivos. Assim, mesmo que a colaboração tenha sido objetivamente eficaz para a obtenção de um dos resultados listados nos incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/13, poderá o juiz recusar a homologação desse acordo se a análise do conjunto dessas circunstâncias judiciais for desfavorável ao colaborador.

Na verdade, conquanto não haja nenhum óbice à celebração de um acordo de colaboração premiada com o líder de uma organização criminosa – nesse caso, a única restrição expressa diz respeito ao não oferecimento de denúncia (Lei n. 12.850/13, art. 4º, §4º, I) – os prêmios legais inerentes à colaboração premiada devem ser concedidos apenas àqueles acusados de pequena ou média importância, preservando-se intacta a persecução penal dos líderes das organizações criminosas. Como observa Sérgio Moro, "o método deve ser empregado para permitir a escalada da investigação e da persecução na hierarquia da atividade criminosa. Faz-se um acordo com um criminoso pequeno para obter prova contra o grande criminoso ou com um grande criminoso para lograr prova contra vários outros

97. Nessa linha: STF, 2ª Turma, HC 138.207/PR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 25/04/2017; STJ, 6ª Turma, HC 396.658/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 27/06/2017, DJe 1º/08/2017.

98. Nessa linha: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização da 17ª edição do curso de processo penal em virtude da Lei nº 12.850/13*. Disponível em: http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao--comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/. Acesso em 05/11/2013.

99. Referindo-se à possibilidade de aplicação dos dispositivos referentes à colaboração premiada previstos na Lei nº 9.807/99 aos crimes de tráfico de drogas: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 192. Para Sérgio Moro, todos os dispositivos anteriores que previam a colaboração encontram-se superados pela Lei nº 9.807/99, por serem mais abrangentes e por regularem mais precisamente a matéria: *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 109-110. O STJ já teve a oportunidade de concluir que a Lei nº 9.807/99 não traz qualquer restrição relativa à sua aplicação apenas a determinados delitos: STJ, 6ª Turma, REsp 1.109.485/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12/04/2012, DJe 25/04/2012. Na mesma linha: "O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício". (STJ, 5ª Turma, HC 97.509/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/06/2010, DJe 02/08/2010).

100. Nesse contexto: STF, 1ª Turma, HC 85.176/PE, Rel. Min. Eros Grau, j. 01/03/2005, DJ 08/04/2005. Nos mesmos moldes: STJ, 5ª Turma, REsp 418.341/AC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/04/2003, DJ 26/05/2003 p. 374.

grandes criminosos".[101] Nessa linha, ao apreciar habeas corpus relacionado a investigador de polícia envolvido em crime de extorsão mediante sequestro, circunstância que denota maior reprovabilidade da conduta, o STJ entendeu ser inviável a concessão do perdão judicial previsto no art. 13 da Lei nº 9.807/99. Aplicou, todavia, a causa de diminuição do art. 14 da Lei nº 9.807/99, com a diminuição da reprimenda em 2/3 (dois terços).[102]

Diversamente da colaboração premiada prevista no art. 13, *caput*, da Lei nº 9.807/99, onde o legislador faz referência expressa à necessidade de o colaborador ser *primário*, o art. 4º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, nada diz acerca do assunto. Por consequência, partindo da premissa de que não é dado ao intérprete restringir onde a lei não estabeleceu qualquer restrição, pelo menos para fins de colaboração premiada na nova Lei de Organizações Criminosas, não há necessidade de que o acusado seja primário, nem tampouco que tenha bons antecedentes.

Quanto à *gravidade* do fato criminoso citada no art. 4º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, parece-nos que a gravidade *em abstrato* da infração penal não pode ser utilizada como óbice à concessão dos prêmios legais inerentes à colaboração premiada. Ora, a gravidade da infração pela sua natureza, de *per si*, é uma circunstância inerente ao delito, funcionando, aliás, como verdadeira elementar do próprio conceito de organização criminosa. A propósito, há diversas súmulas dos Tribunais Superiores no sentido de que a gravidade *em abstrato* de determinada infração penal não pode ser utilizada como circunstância judicial em detrimento do acusado.[103] Todavia, demonstrada a gravidade *em concreto* do delito, seja pelo modo de agir, seja pela condição subjetiva do agente, afigura-se possível o indeferimento dos benefícios legais decorrentes da celebração do acordo de colaboração premiada.

14.10.1. (Im)possibilidade de sanções premiais extralegais.

Muito se discute acerca da possibilidade de os celebrantes pactuarem a concessão de prêmios não previstos expressamente no ordenamento jurídico (v.g., prisão domiciliar). No âmbito da operação "Lava Jato", por exemplo, foram celebrados acordos dando permissão para que familiares do colaborador fizessem uso de bens que são produto de crime e o cumprimento da pena em regimes diferenciados (v.g., pena de mais de 8 anos de reclusão substituída por regime domiciliar diferenciado). Sobre o assunto, há, fundamentalmente, duas correntes:

a) Possibilidade de adoção de sanções premiais não previstas em lei: de um lado, uma primeira corrente entende ser possível a adoção de sanções premiais não previstas em lei, desde que não sejam vedadas pelo ordenamento jurídico, bem como não agravem a situação do agente colaborador com a estipulação de sanção mais severa do que a permitida pelo Direito Penal, respeitando-se um critério de razoabilidade. Prova disso se encontra em precedente da 1ª Turma do STF, no qual se admitiu a aplicação de sanção premial não prevista em lei, desde que seja benéfica ao colaborador. Na ocasião, afirmou-se que o princípio da legalidade deve ser considerado uma garantia ao jurisdicionado de que não sofrerá sanção mais severa do que a legal. Desse modo, quando mais benéfica, sendo por ele aceita de maneira voluntária, nenhuma ilegalidade haveria.[104] O Plenário do Supremo também tem precedente no sentido de que o acordo de colaboração pode dispor sobre efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como, por exemplo, a liberação de imóveis do interesse do colaborador, supostamente produtos de crimes. Como a colaboração exitosa teria o condão de afastar consequências penais da prática delituosa, também poderia mitigar efeitos de natureza extrapenal, a exemplo do confisco do produto do crime.[105] A propósito, eis o teor da Orientação Conjunta n. 1/2018 do MPF: "27. O acordo pode prever, como indicativo para a resposta penal a ser concretizada em sede judicial, além da pena unificada para o montante de fatos e a pena a ser efetivamente cumprida, eventuais penais restritivas de direito, o regime inicial de cumprimento da pena, a progressão de regimes, a suspensão condicional da pena, a suspensão condicional do processo, a suspensão do prazo prescricional e a aplicação dos institutos da remissão e detração. Em caso da previsão de regimes diferenciados, suas regras devem ser detalhadas no acordo. 27.1. O acordo de colaboração premiada pode também prever o

101. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 111-112.

102. STJ, 6ª Turma, HC 49.842/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 30/05/2006, DJ 26/06/2006.

103. Nessa linha, eis o teor da **súmula nº 718 do STF**: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada". No mesmo contexto, consoante disposto na súmula nº 719 do STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea". Por fim, dispõe a **súmula nº 440 do STJ**: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

104. STF, 1ª Turma, Inq. 4.405 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/02/2018, DJe 64 04/04/2018.

105. Com esse entendimento: STF, Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

valor da multa penal, o valor ou os bens objeto de perdimento e sua destinação, o valor mínimo da reparação do dano e sua destinação às vítimas dos delitos, quando couber";

b) Impossibilidade de adoção de sanções premiais não previstas em lei: com a devida vênia aos adeptos da primeira corrente, pensamos ser cogente o estrito cumprimento da lei quanto aos benefícios passíveis de negociação em um acordo de colaboração premiada. O estabelecimento de balizas legais para o acordo é uma opção do nosso sistema jurídico, para assegurar a isonomia e evitar a corrupção dos imputados, mediante incentivos desmesurados à colaboração, e dos próprios agentes públicos, aos quais se daria um poder sem limite sobre a vida dos imputados.[106] Se se trata, o acordo de colaboração premiada, de um negócio jurídico processual, às partes não é dada a possibilidade de livremente dispor sobre as suas consequências sem o respeito de balizas mínimas. O que há, portanto, nesse negócio jurídico, é uma liberdade de escolha limitada ao campo de atuação permitido pelo sistema jurídico.

Extremamente relevantes, nesse sentido, as mudanças produzidas pelo Pacote Anticrime no §7º do art. 4º da Lei n. 12.850/13. Explica-se: na redação originária do dispositivo citado, uma vez celebrado o acordo, este seria remetido ao juiz para homologação, o qual deveria verificar apenas sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo, para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964 no dia 23 de janeiro de 2020, o §7º do art. 4º da Lei n. 12.850/13 passa a impor ao juiz a análise dos seguintes aspectos por ocasião da homologação do acordo de colaboração premiada: I – regularidade e legalidade; II – adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§4º e 5º do art. 4º, *sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo §5º do art. 4º*; III – adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* do art. 4º; IV – voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

106. Com raciocínio semelhante: STF, 2ª Turma, HC 151.605/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2018.

14.11. Sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia ou suspensão do processo, com a consequente suspensão da prescrição.

A depender da espécie de infração penal praticada pela organização criminosa, nem sempre será possível que as informações fornecidas pelo colaborador levem, de imediato, à consecução de um dos resultados listados nos incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Supondo a prática de um crime de lavagem de capitais, por mais que o colaborador forneça informações quanto à localização do produto ou do proveito das infrações penais, a recuperação total ou parcial desses bens, condição *sine qua non* para a aplicação do art. 4º, IV, da Lei nº 12.850/13, demandará um pouco mais de tempo. Daí a importância do art. 4º, § 3º, da Lei nº 12.850/13, que permite que o prazo para oferecimento da denúncia ou o próprio processo, *relativos ao colaborador*, seja suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. Esta paralisação da persecução penal está restrita ao colaborador, não devendo abranger os demais investigados (ou acusados) para que não haja um prolongamento indevido das investigações (ou do processo). Com o sobrestamento da persecução penal, também haverá suspensão da prescrição. Logo, há necessidade de determinação judicial nesse sentido, até mesmo para que se saiba o termo *a quo* a partir de quando a prescrição foi suspensa. Com o fim do prazo de suspensão, a denúncia deverá ser oferecida pelo órgão ministerial, salvo se verificada a hipótese prevista no art. 4º, § 4º, objeto de análise no tópico anterior.[107]

Conquanto o art. 4º, §3º, da Lei n. 12.850/13 não estabeleça nenhuma ressalva nesse sentido, o ideal é concluir que o sobrestamento para o oferecimento da denúncia (ou do próprio processo penal) por prazo tão elástico quanto este – 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período – jamais poderá envolver investigados (ou acusados) presos. Primeiro porque seria suprimida qualquer ideia de cautelaridade da referida prisão. Segundo porque é a própria Lei das Organizações Criminosas (art. 22, parágrafo único) que dispõe que, quando o acusado estiver preso, a instrução deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis em

107. Uma vez deferida a suspensão da persecução penal e da prescrição, não será cabível a ação penal privada subsidiária da pública, que, como é sabido, pressupõe a inércia do órgão ministerial. Caso a queixa subsidiária seja oferecida pelo ofendido (ou por seu representante legal), incumbe ao Ministério Público repudiá-la, nos termos do art. 29 do CPP.

até igual período. Portanto, a melhor solução é colocar o acusado em liberdade para que, aí sim, seja determinada o sobrestamento das investigações ou do processo.

14.12. Valor probatório da colaboração premiada: regra da corroboração.

No momento preliminar de apuração da prática delituosa, nada impede que uma colaboração premiada, isoladamente considerada, sirva como fundamento para a instauração de um inquérito policial. Afinal de contas, para que se dê início a uma investigação criminal, não se faz necessário um juízo de certeza acerca da prática delituosa. Basta, na dicção da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/19, art. 27), a presença de *qualquer indício da prática de crime*, sendo a palavra "indício" aí compreendida como uma prova semiplena, leia-se, de menor valor persuasivo.

Esses elementos de corroboração, aliás, já devem ser apontados pela defesa inclusive por ocasião do oferecimento da proposta para formalização do acordo de colaboração premiada. É nesse sentido o art. 3º-C, §4º, da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.964/19: "Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração".

Em sede de sentença condenatória, todavia, se nem mesmo a confissão do acusado, auto incriminando-se, é dotada de valor absoluto, não mais sendo considerada a rainha entre as provas (CPP, art. 197), o que dizer, então, da colaboração premiada? Ante a possibilidade de mendacidade intrínseca à colaboração premiada, a jurisprudência firmou-se no sentido de que, isoladamente considerada, esta técnica especial de investigação não pode respaldar uma condenação, devendo estar corroborada por outros elementos probatórios. Se, porém, a colaboração estiver em consonância com as demais provas produzidas ao longo da instrução processual, adquire força probante suficiente para fundamentar um decreto condenatório.[108]

Daí a importância daquilo que a doutrina chama de **regra da corroboração,** ou seja, que o colaborador traga elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações (v.g., indicação do produto do crime, de contas bancárias, localização do produto direto ou indireto da infração penal, auxílio para a identificação de números de telefone a serem grampeados ou na realização de interceptação ambiental, etc.).[109] Este entendimento jurisprudencial acabou sendo positivado pela Lei nº 12.850/13, cujo art. 4º, § 16, em sua redação original, dispunha: "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador".

Com o passar dos anos, porém, o Supremo Tribunal Federal passou a restringir ainda mais o valor probatório da colaboração premiada, entendendo, por exemplo, que, isoladamente considerada, sequer teria o condão de configurar a justa causa necessária para a deflagração de um processo penal (CPP, art. 395, III). Nesse sentido, confira-se: "(...) Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus comissi delicit*. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. Se 'nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador' (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13 – em sua redação original), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. Na espécie, não se vislumbra a presença de elementos externos de corroboração dos depoimentos de colaboradores premiados, mas

108. STF, 2ª Turma, HC 75.226/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/08/1997, DJ 19/09/1997. E ainda: STF, RE 213.937/PA, 1.ª Turma, j. 26.03.1999, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.06.1999; STF, 1ª Turma, RHC 81.740/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/03/2005, DJ 22/04/2005; STF, 1ª Turma, HC 84.517/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/10/2004, DJ 19/11/2004; STF, 1ª Turma, HC 94.034/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/06/2008, DJe 167 04/09/2008; STF, 1ª Turma, RHC 84.845/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/04/2005, DJ 06/05/2005.

109. Nesse contexto: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo.* 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 195.

simples registros genéricos de viagens e reuniões. Denúncia rejeitada, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal".[110]

Na esteira desse novo entendimento jurisprudencial firmado pela Suprema Corte, o Pacote Anticrime houve por bem ampliar ainda mais as restrições ao valor probatório da colaboração premiada, conferindo nova redação ao §16 do art. 4º da Lei das Organizações Criminosas, que passou a prever que nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I – medidas cautelares reais ou pessoais; II – recebimento de denúncia ou queixa; III – sentença condenatória.

Na dicção da doutrina, não se admite a denominada **corroboração recíproca ou cruzada.** Segundo Badaró,[111] a regra da corroboração não se realiza na hipótese de o elemento de confirmação de uma delação premiada ser outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante. Em outras palavras, exige-se corroboração por fontes extrínsecas às da delação propriamente dita (credibilidade objetiva). Em recente julgado monocrático (Pet. 5.700/DF), o Min. Celso de Mello concluiu, em *obter dictum*, que o Estado não pode se utilizar da denominada corroboração recíproca ou cruzada, ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores.

Com o fito de prevenir delações falsas, deve o magistrado ter extrema cautela no momento da valoração da colaboração premiada, devendo se perquirir acerca da personalidade do colaborador, das relações precedentes entre ele e o (s) acusado (s) delatado (s), dos móveis da colaboração, da verossimilhança das alegações e do seu contexto circunstancial. Como se sabe, é cada vez mais comum que haja disputas internas pela gerência de organizações criminosas, o que pode, de certa forma, servir como móvel para a delação de antigos parceiros, ou até mesmo de pessoas inocentes. Tais situações espúrias, denominadas pela doutrina estrangeira de móveis turvos ou inconfessáveis da delação, devem ser devidamente valoradas pelo magistrado, de modo a se evitar que a delação seja utilizada para deturpar a realidade.

14.13. Observância do contraditório e da ampla defesa por ocasião da oitiva do colaborador.

Caso haja necessidade de oitiva formal do colaborador (ou delator) no processo relativo aos coautores ou partícipes delatados, a fim de se lhe conferir o valor de *prova*, e não de mero elemento informativo, há de se assegurar a participação dialética das partes, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa. Afinal, se há simples confissão na parte em que o acusado reconhece que praticou o delito, ao atribuir o cometimento do crime a outra pessoa, o delator passa a agir como se fosse testemunha, tendo o ato, nessa parte, natureza de prova testemunhal, daí por que imprescindível o respeito ao contraditório judicial. Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, tal qual dispõem a Constituição Federal (art. 5º, LV) e o Código de Processo Penal (art. 155, *caput*), surgindo a necessidade de se ouvir o colaborador no processo a que respondam, por exemplo, os acusados objeto da delação, a produção dessa prova deve ser feita na presença do juiz com a participação dialética das partes.

Logo, tendo em conta que a colaboração ganha contornos de verdadeira prova testemunhal em detrimento do corréu delatado, há de se permitir ao defensor deste último a possibilidade de fazer reperguntas ao delator, exclusivamente no tocante à delação realizada, sob pena de indevido cerceamento da defesa e consequente anulação do processo a partir do interrogatório, inclusive. Acerca do assunto, nas mesas de processo penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coordenadas pela Professora Ada Pellegrini Grinover, a súmula nº 675 enuncia que "o interrogatório de corréu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo, por isso, se admitirem reperguntas". Para que seja preservado o direito de não produzir prova contra si mesmo do delator, as reperguntas formuladas pelo advogado do litisconsorte passivo deverão se limitar aos fatos que incriminam o corréu delatado.

Nesse contexto, como observa Aury Lopes Jr.,[112] quando estiver depondo na condição de réu, o delator estará amparado pelo direito ao silêncio. Logo, não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas (pelo juiz, acusador

110. STF, 2ª Turma, Inq. 3.998/DF, Rel. p. Acórdão: Min. Dias Toffoli, j. 18/12/2017, DJe 45 08/03/2018. No mesmo sentido: STF, 2ª Turma, Inq. 4.005, Rel. Min. Edson Fachin, j. 11/12/2018; STF, Inq. 3.944 ED-segundos, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 07/08/2018, DJe 185 04/09/2018.

111. BADARÓ, Gustavo. *O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei n. 12.850/13.* Disponível em: http://badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html Acesso em: 13 de dezembro de 2018.

112. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 592.

ou demais corréus) e que lhe possam prejudicar. No tocante às perguntas que digam respeito às imputações que está fazendo, o silêncio alegado deve ser considerado no sentido de desacreditar a versão incriminatória dos corréus. Por fim, quando arrolado como testemunha da acusação em um processo em que não figure como acusado, o delator não está protegido pelo direito ao silêncio, tendo o dever de responder a todas as perguntas, como qualquer testemunha, desde que das respostas não produza prova contra si mesmo.

Sobre o assunto, a 6ª Turma do STJ tem entendido que, apesar de o interrogatório ser essencialmente meio de defesa, se dele exsurgir delação de outro acusado, sobrevém para a defesa deste o direito de apresentar reperguntas, sendo que a vedação do exercício de tal direito macula o contraditório e revela nulidade irresgatável.[113] No mesmo rumo, a 2ª Turma da Suprema Corte também já teve a oportunidade de asseverar que assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) – de formular reperguntas aos demais corréus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a autoincriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa.[114]

Nesse caso, é indispensável que o advogado do corréu manifeste sua intenção de fazer reperguntas aos demais acusados em audiência, sob pena de preclusão. Portanto, se a defesa, no interrogatório, não requereu reperguntas ao corréu, subscrevendo sem ressalvas o termo de audiência, a manifestação posterior de inconformismo não elide a preclusão.[115]

Se é assegurada a participação do advogado do corréu delatado, o mesmo não pode ser dito quanto ao coautor ou partícipe objeto da delação. A uma porque, verificando o juiz que a presença do acusado delatado possa causar humilhação, temor ou sério constrangimento ao delator, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará sua inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do acusado, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor, nos exatos termos do art. 217 do CPP.[116] A duas porque é a própria Lei das Organizações Criminosas que já prevê, dentre os direitos do colaborador, o de participar das audiências sem contato visual com os outros acusados (art. 5º, IV), do que se conclui que a observância do art. 217 do CPP seria praticamente uma medida de observância obrigatória nas hipóteses em que o colaborador participar da audiência.

14.13.1. A implicação do acordo na ordem de manifestação dos acusados.

Em importante precedente da 2ª Turma do STF,[117] proferido antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime, concluiu-se que, na eventualidade de o processo envolver vários acusados, dentre eles alguns que tenham firmado acordo de colaboração premiada e outros que tenham sido por eles delatados, não se revelaria possível a apresentação, em prazo comum, dos memoriais de todos os acusados, sob pena de violação à ampla defesa e ao contraditório. Na visão daquele colegiado, a despeito de não haver previsão legal nesse sentido à época, a peça defensiva do delatado obrigatoriamente deveria ser apresentada tão somente após a apresentação dos memoriais da acusação, pouco importando a qualificação jurídica do agente acusador: Ministério Público ou corréu colaborador. Permitir, pois, o oferecimento de memoriais escritos de réus colaboradores, de forma simultânea ou depois da defesa — sobretudo no caso de utilização desse meio de prova para prolação de édito condenatório — comprometeria o pleno exercício do contraditório, que pressupõe o direito de a defesa falar por último, a fim de poder reagir às manifestações acusatórias.

Esse entendimento jurisprudencial acabou sendo positivado pelo Pacote Anticrime. Com efeito, eis o teor do art. 4º, §10-A, da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.964/19: "§10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado

113. STJ, 6ª Turma, HC 83.875/GO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25/03/2008, DJe 04/08/2008. Há julgados em sentido contrário da 5ª Turma do STJ, entendendo que a participação de advogados dos corréus não tem amparo legal, visto que criaria uma forma de constrangimento para o interrogado, o qual não pode ser induzido a se auto acusar: STJ, 5ª Turma, HC 100.792/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28/05/2008, DJe 30/06/2008; STJ, 5ª Turma, HC 93.125/CE, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/09/2008, DJe 29/09/2008.

114. STF, 2ª Turma, HC 94.016/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 038 26/02/2009. Em sentido contrário: STJ, 5ª Turma, HC 90.331/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 04/05/2009). Em julgados mais recentes, todavia, a 5ª Turma do STJ vem entendendo que, apesar de os interrogatórios serem realizados separadamente, a inquirição complementar pode ser feita não apenas pelo defensor do interrogando e pelo Ministério Público, mas também pelos advogados dos demais corréus: STJ, 5ª Turma, HC 198.668/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/09/2012, DJe 18/09/2012.

115. STF, 2ª Turma, HC 90.830/BA, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 071 22/04/2010.

116. Quanto à realização de audiência de instrução, com a colheita do depoimento de testemunhas, sem a presença física do acusado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que sua ausência não configura nulidade, se a ela tiver comparecido seu defensor e não lhe tenha sobrevindo qualquer prejuízo: STJ, HC 131.655/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09/03/2010.

117. STF, 2ª Turma, HC 157.627 AgR/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019.

a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou". De se notar que o dispositivo não diz respeito apenas à ordem de apresentação dos memoriais. Refere-se, genericamente, a *todas as fases do processo*, determinando que o acusado delatado deva ter a oportunidade de se manifestar após o delator, daí por que se pode compreender que tal sistemática também é válida, por exemplo, para o interrogatório, a significar, portanto, que o delatado deve ter a oportunidade de exercer seu direito de audiência tão somente depois da oitiva do colaborador.

Art. 5º. São direitos do colaborador:

I – usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III – ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV – participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V – não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI – cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

14.14. Direitos do colaborador.

De nada adianta o interesse do Estado na obtenção de informações privilegiadas fornecidas por um dos integrantes da organização criminosa se não oferecer ao colaborador, em contrapartida, uma série de direitos capazes de diminuir os riscos inerentes à *traição* por ele praticada. Daí a importância da análise do art. 5º da Lei nº 12.850/13, que outorga diversos direitos ao colaborador.

14.14.1. Medidas de proteção previstas na legislação específica.

A legislação específica a que se refere o art. 5º, I, da Lei nº 12.850/13, é a Lei nº 9.807/99, que dispõe sobre a proteção a acusados, vítimas e testemunhas que estejam sofrendo algum tipo de coação ou exposição a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou com o processo criminal.

São inúmeras as medidas de proteção passíveis de aplicação isolada ou cumulativa por força da referida Lei: a) segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; b) escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; c) transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; d) preservação da identidade, imagem e dados pessoais; e) ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; f) suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; g) apoio e assistência social, médica e psicológica; h) sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; i) apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal (Lei nº 9.807/99, art. 7º).

A Lei nº 9.807/99 (art. 9º) também autoriza que o juiz competente para registros públicos proceda à alteração do nome completo do indivíduo, medida esta que pode ser estendida ao seu cônjuge, companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que com ele tenham convivência habitual.

A Lei de proteção às testemunhas também dispõe sobre medidas de proteção que poderão ser adotadas em relação ao delator. De acordo com o art. 15, *caput*, serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador a concessão de medidas cautelares direta ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção. Ademais, no caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

Por força do art. 19-A da Lei nº 9.807/99, incluído pela Lei nº 12.483/11, terão prioridade na tramitação o inquérito e o processo criminal em que figure indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas pelos programas de que trata a Lei nº 9.807/99. Além disso, segundo o parágrafo único do art. 19-A da Lei nº 9.807/99, qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos

programas de proteção previstos em tal lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal. O objetivo desse dispositivo é diminuir o risco para o sistema de proteção, vez que, até o advento da Lei nº 12.483/11, era muito comum que a oitiva dessa pessoa protegida demorasse muito mais que o prazo máximo do programa – em regra, de 2 (dois) anos (Lei nº 9.807/99, art. 11, *caput*) –, o que acabava por prejudicar a eficiência do sistema.

14.14.2. Preservação do nome, da qualificação, da imagem e de outras informações pessoais do colaborador.

Visando à proteção da incolumidade física do colaborador e, por consequência, de seus familiares, devem ser adotadas precauções para preservar o nome, a qualificação, a imagem e demais informações pessoais do agente. Por isso, por ocasião da distribuição do pedido de homologação do acordo, deve ser preservado o sigilo quanto à identificação do colaborador e do objeto da cooperação (Lei nº 12.850/13, art. 7º, *caput*). Noutro giro, a conduta de revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito, passa a tipificar o crime do art. 18 da Lei nº 12.850/13, ao qual é cominada uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Quando houver colaboração premiada no curso de determinado procedimento investigatório, o ideal é que as fontes de prova identificadas em virtude das informações prestadas pelo colaborador tornem desnecessária sua oitiva durante o curso do processo. Em outras palavras, ao invés de o conhecimento adquirido pelo colaborador acerca do funcionamento da organização criminosa ser introduzido no processo por meio da colheita do seu depoimento, as informações por ele prestadas durante o curso da persecução penal devem se revelar úteis para eventuais apreensões de drogas, localização do produto do crime, etc. Com efeito, considerando-se o sério risco de morte inerente à revelação da existência de sua atuação como colaborador, a execução dessa medida deve ser levada adiante sem que os integrantes da organização criminosa tomem conhecimento da adoção desse procedimento investigatório.

No entanto, caso seja necessária a oitiva do colaborador no curso do processo judicial, não temos dúvida em afirmar que sua verdadeira identidade deve ser mantida em sigilo. Afinal, é a própria Lei das Organizações Criminosas que dispõe que o colaborador tem o direito de ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, devendo, ademais, participar das audiências sem contato visual com os outros acusados. Em síntese, se, porventura, surgir a necessidade de sua oitiva, o colaborador deve ser ouvido como **testemunha anônima**.[118] Afinal, não faria sentido guardar o sigilo da operação durante o curso de sua execução para, após sua conclusão, revelar aos acusados a verdadeira identidade civil e física do colaborador.[119]

14.14.3. Condução, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes.

Em sentido semelhante ao art. 295, § 4º, do CPP, que prevê que o preso especial não será transportado juntamente com o preso comum, o art. 5º, III, da Lei nº 12.850/13, assegura ao colaborador o direito de ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes. A intenção do dispositivo é resguardar a incolumidade física do colaborador. Resta apenas saber se, no dia-a-dia do transporte de presos para audiências criminais, haverá escolta e veículos suficientes para fazer essa condução de maneira separada.

14.14.4. Participação das audiências sem contato visual com os outros acusados.

Por força do direito de presença, desdobramento da autodefesa, o acusado tem o direito de acompanhar todos os atos da instrução probatória ao lado de seu defensor, auxiliando-o na realização da defesa. Não se nega que o acusado tenha o direito fundamental de presenciar e participar da colheita da prova oral contra ele produzida em audiência pública (direito ao confronto). Porém, não se trata de um direito de natureza absoluta. Dentre os direitos fundamentais que podem colidir com o direito ao confronto, legitimando sua restrição, encontram-se os direitos do colaborador à vida, à segurança, à intimidade e à liberdade de declarar, os quais se revestem de inequívoco interesse público, e cuja proteção é indiscutível dever do Estado.

Portanto, sabedores que somos dos riscos que o colaborador passa a experimentar em virtude de

118. À evidência, se o colaborador for denunciado, sua oitiva deverá ser feita por meio de interrogatório. No entanto, quando o colaborador fornece informações capazes de incriminar os demais acusados, assume o papel de verdadeira testemunha. Tanto é verdade que a própria Lei nº 12.850/13 incrimina a conduta de imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas (art. 19).

119. Para mais detalhes acerca da testemunha anônima, remetemos o leitor aos comentários atinentes à infiltração policial.

ter "traído" a confiança de seus "companheiros de crime", a própria Lei nº 12.850/13 assegura ao colaborador o direito de participar das audiências sem contato visual com os demais acusados.

O dispositivo guarda certa semelhança com o art. 217 do CPP, que prevê que, na hipótese de o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. No entanto, diversamente do quanto disposto no art. 217, parágrafo único, do CPP, que exige que a retirada do acusado da sala de audiências seja fundamentada pelo juiz, parece-nos que o fato de o colaborador participar das audiências sem contato visual com os outros acusados deriva da própria Lei nº 12.850/13 (art. 5º, IV), daí por que não há necessidade de motivação expressa nesse sentido.

Outrossim, ainda que determinada a realização da audiência sem contato visual do colaborador com os demais acusados, deve o juiz manter todos os corolários da ampla defesa, assegurando a presença do defensor técnico na audiência, bem como um canal de comunicação livre e reservada deste com o acusado.

Ainda em relação à participação nas audiências, convém ressaltar que, na hipótese de o colaborador residir em local certo e sabido no estrangeiro, é perfeitamente possível a colheita do seu depoimento através da videoconferência, sem que haja necessidade de expedição de carta rogatória. Em primeiro lugar, porque o próprio Código de Processo Penal autoriza a realização do interrogatório por sistema de videoconferência de modo a viabilizar a participação do acusado no referido ato processual, quando houver relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal (art. 185, § 2º, II). Em segundo lugar, porque a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 5.015/2004, prevê a possibilidade de utilização desse meio eletrônico, *in verbis:* "Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deva ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado Parte poderá, a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente. Os Estados Partes poderão acordar em que a audição seja conduzida por uma autoridade judicial do Estado Parte requerente e que a ela assista uma autoridade judicial do Estado Parte requerido" (art. 18, item 18).

14.14.5. Impossibilidade de se revelar a identidade pelos meios de comunicação.

Um dos pilares de um Estado Democrático de Direito é a liberdade de expressão, compreendida como a possibilidade de difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões, mediante a palavra escrita ou qualquer outro meio de reprodução. No entanto, se aos órgãos de informação é assegurada a maior liberdade possível em sua atuação, também se lhes impõe o dever de não colocar em risco a integridade física e/ou a própria vida do colaborador e de seus familiares. Por isso, o art. 5º, inciso V, da Lei nº 12.850/13, assegura ao colaborador o direito de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito. Com o objetivo de conferir maior eficácia a tal direito, o art. 18 da mesma Lei passou a tipificar a conduta daquele que revela a identidade, fotografa ou filma o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito, cominando a tal crime a pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

14.14.6. Cumprimento de pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

À semelhança da Lei de Execução Penal (art. 84, § 2º), que prevê a colocação em dependência separada do preso que, ao tempo do fato, era funcionário da administração da Justiça Criminal, a Lei nº 12.850/13 assegura ao colaborador o direito de cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento prisional diverso dos demais corréus ou condenados. À evidência, manter o colaborador preso no mesmo presídio que os demais integrantes da organização criminosa equivaleria a instituir, do ponto de vista prático, verdadeira pena de morte. Daí a necessidade de separação. Há, portanto, uma razão razoável para o discrimine.[120]

Pelo menos em regra, deveria haver um estabelecimento prisional específico para cumprimento de

120. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3ª ed. 8ª tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

penas impostas a colaboradores da Justiça. Afinal, o art. 19, *caput*, da Lei nº 9.807/99 estabelece que a União poderá utilizar estabelecimentos especialmente destinados ao cumprimento de pena de condenados que tenham prévia e voluntariamente prestado a colaboração de que trata a referida Lei. Ocorre que estes estabelecimentos ainda não foram criados pela União. Logo, pelo menos enquanto se tratar, o art. 19, *caput*, da Lei nº 9.807/99, de mera norma programática, o ideal é assegurar que o cumprimento da pena (ou da prisão cautelar) por parte do colaborador ocorra em estabelecimento penal distinto dos demais acusados.

À primeira vista, fica a impressão de que esta separação deveria ocorrer apenas por ocasião do cumprimento da prisão penal decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. Afinal, em sua redação original, o inciso VI do art. 5º da Lei nº 12.850/13 fazia referência apenas ao cumprimento da "pena". Poder-se-ia concluir então, precipitadamente, que este direito à separação de presos não seria aplicável às hipóteses de prisão cautelar. No entanto, não se pode perder de vista que a Lei nº 9.807/99, cujas medidas de proteção são extensivas ao colaborador por força do art. 5º, I, da Lei nº 12.850/13, dispõe que, na hipótese de prisão temporária, preventiva ou decorrência de flagrante delito, o colaborador deverá ser custodiado em dependência separada dos demais presos (art. 15, § 1º). Por isso, mesmo antes do advento do Pacote Anticrime, sempre sustentamos que esse direito à separação também era aplicável às hipóteses de prisão cautelar. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020, o legislador positivou esse entendimento ao conferir nova redação ao inciso VI do art. 5º da Lei n. 12.850/13, assegurando ao colaborador o direito de cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Art. 6º. O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

14.15. Acordo de colaboração premiada.

Até bem pouco tempo atrás, não havia nenhum dispositivo legal que cuidasse expressamente do acordo de colaboração premiada. Por consequência, a colaboração premiada era feita verbal e informalmente com o investigado, que passava a ter, então, mera expectativa de premiação se acaso as informações por ele repassadas aos órgãos de persecução penal fossem objetivamente eficazes para atingir um dos objetivos listados nos diversos dispositivos legais que cuidam da matéria.

Sem embargo do silêncio da Lei, diversos acordos de colaboração premiada passaram a ser celebrados entre Promotores de Justiça (Procuradores da República) e investigados (ou acusados), sempre com a presença da defesa técnica. Para tanto, utilizava-se como fundamento jurídico o art. 129, inciso I, da Constituição Federal, os artigos 13 a 15 da Lei 9.807/99, os demais dispositivos específicos de cada uma das leis citadas, a depender da espécie de crime, e o art. 313, II, do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo penal, com fundamento no art. 3º do Código de Processo Penal. O procedimento adotado para a pactuação e implantação desse acordo fora construído a partir do direito comparado, de regras do direito internacional (art. 26 da Convenção de Palermo e art. 37 da Convenção de Mérida) e da aplicação analógica de institutos similares como a transação penal e a suspensão condicional do processo, o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.529/11, e o termo de compromisso previsto no art. 60 da Lei nº 12.651/12 (Código Florestal).[121]

Por mais que a existência desse acordo não seja condição *sine qua non* para a concessão dos prêmios legais decorrentes da colaboração premiada, sua celebração é de fundamental importância para a própria eficácia do instituto. Afinal, a lavratura desse pacto entre acusação e defesa confere mais segurança e garantias ao acusado, que não ficará apenas com uma expectativa de direito, que, ausente o acordo, poderia ou não ser reconhecida pelo magistrado. Ainda que esse acordo de colaboração premiada não tenha sido formalizado durante o curso da fase investigatória,

121. Nesse contexto: *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Org. José Paulo Baltazar Júnior, Sergio Fernando Moro; Abel Fernandes Gomes et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 157.

é perfeitamente possível que o Ministério Público, por ocasião do oferecimento da peça acusatória, formule proposta de colaboração premiada a um dos denunciados, com requerimento de sua oitiva (e da defesa técnica), com subsequente apreciação pelo juiz.[122]

Diante das características do acordo de colaboração premiada e da necessidade de distanciamento do Estado-juiz do cenário investigativo, não há falar em direito líquido e certo a compelir o ministério público à celebração do referido negócio jurídico. Ora, cuida-se de ato voluntário por essência, insuscetível de imposição judicial. Prova disso, aliás, é o teor do art. 4º, §6º, da Lei n. 12.850/13, segundo o qual o juiz não pode participar das negociações realizadas entre as partes. Portanto, com fundamento no sistema acusatório (CPP, art. 3º-A), cabe exclusivamente ao Promotor de Justiça avaliar a conveniência e a oportunidade de celebração do ato negocial, sem prejuízo de eventual escrutínio no seio do próprio Ministério Público, aplicando-se, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal. Sem embargo, é possível afirmar que o acusado ostenta um direito subjetivo à colaboração, aí compreendida como atividade, e não como negócio jurídico, comportamento processual este que estará sujeito ao oportuno exame do Poder Judiciário, por ocasião da sentença. Isso, todavia, não se estende, necessariamente, ao âmbito negocial. É dizer, uma coisa é o direito subjetivo à colaboração e, em contrapartida, a percepção de sanção premial correspondente a ser concedida pelo Poder Judiciário. Situação diversa é a afirmação de que a atividade colaborativa traduz a imposição do Poder Judiciário ao Ministério Público para fim de celebrar acordo de colaboração ainda que ausente voluntariedade ministerial. Aliás, mesmo antes do advento da Lei n. 12.850/13, diversos diplomas normativos já previam a possibilidade de concessão de sanção premial sem a exigência da celebração de acordo de colaboração, o qual, embora confira maior segurança jurídica à esfera do colaborador, não se revela indispensável à mitigação da pretensão punitiva. Portanto, independentemente da formalização de ato negocial, persiste a possibilidade, em tese, de adoção de postura colaborativa e, ainda em tese, a concessão judicial de sanção premial condizente com esse comportamento.[123]

122. Admitindo a possibilidade de a proposta de colaboração premiada ser oferecida por ocasião do oferecimento da denúncia: STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/08/2005, DJ 0/10/2005, p. 291.

123. Com esse entendimento: STF, 2ª Turma, MS 35.693 AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 28/05/2019.

14.15.1. Conteúdo do acordo de colaboração premiada.

Na dicção da doutrina, "o termo de acordo de colaboração premiada pode ser considerado um compromisso de ambas as partes celebrantes de que cumprirão o que nele estiver especificado, seja por parte do agente colaborador, compromissado em contribuir para a atividade de persecução penal da autoridade estatal, seja por parte da própria autoridade, compromissada a respeitar os direitos conferidos ao colaborador a partir da pactuação".[124]

Atento à importância do acordo de colaboração premiada, a Lei nº 12.850/13 resolveu, enfim, dispor expressamente sobre o assunto. Tal regramento também pode ser aplicado, por analogia, às demais hipóteses de colaboração premiada anteriormente citadas. Consoante disposto no art. 6º da Lei nº 12.850/13, o termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados: de modo a aferir a relevância da cooperação do agente, deverá constar do acordo uma síntese das informações por ele repassadas às autoridades incumbidas da persecução penal. Por consequência, se o colaborador apontar os demais coautores ou partícipes do fato delituoso e as infrações penais por eles praticadas (Lei nº 12.850/13, art. 4º, I), tais informações deverão constar do instrumento do acordo. O dispositivo legal sob comento faz referência aos *possíveis resultados* porquanto a eficácia objetiva das informações por ele repassadas deverá ser confirmada pelo magistrado, pelo menos em regra, por ocasião de eventual sentença condenatória. Nessa linha, dispõe o art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13, que a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia;

II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia: considerando a diversidade de prêmios legais passíveis de concessão ao colaborador (v.g., diminuição da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, progressão de regimes, perdão judicial), deve constar do acordo uma indicação específica do benefício com o qual o colaborador será agraciado na hipótese de as informações por ele repassadas às autoridades levarem à consecução de um dos resultados listados nos incisos do art. 4º;

III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor: consoante disposto no art. 4º,

124. CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 66.

§ 15, da Lei nº 12.850/13, em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor. Por consequência, para se emprestar validade ao acordo de colaboração premiada, e até mesmo para se aferir sua voluntariedade, condição *sine qua non* para sua homologação (Lei nº 12.850/13, art. 4º, § 7º), faz-se necessária não apenas a declaração de aceitação do colaborador, mas também a anuência de seu defensor. Na hipótese de o colaborador ser estrangeiro incapaz de se comunicar na língua pátria, deverá ser nomeado tradutor, nos termos do art. 236 do CPP;

IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do Delegado de Polícia, do colaborador e de seu defensor: o acordo de colaboração premiada deve ser subscrito pelo órgão do Ministério Público que detém atribuições para atuar no caso concreto, pelo Delegado de Polícia, pelo colaborador e por seu defensor, sob pena de ser considerado inexistente. Em se tratando de colaborador analfabeto, tal fato deverá ser consignado no termo, *ex vi* do art. 195 do CPP;

V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário: o art. 5º da Lei nº 12.850/13 prevê uma série de direitos do colaborador, dentre eles a possibilidade de usufruir das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807/99. Se as partes envolvidas na celebração do acordo concluírem que há risco potencial à integridade física (ou vida) do colaborador e de seus familiares, as medidas de proteção a serem adotadas deverão constar expressamente do acordo. Apesar de o art. 6º, V, da Lei nº 12.850/13, dar a impressão (equivocada) de que, por ocasião da homologação do acordo, seria o magistrado a autoridade competente para a aplicação dessas medidas de proteção, o ingresso de acusado colaborador nos programas de proteção instituídos pela Lei nº 9.807/99 fica a critério de um Conselho Deliberativo, após manifestação do Ministério Público. Portanto, onde se lê "especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família", deve-se entender que, uma vez homologado o acordo de colaboração premiada, o magistrado poderá apenas encaminhar a solicitação de proteção ao Conselho mencionado, nos termos do art. 5º, IV, da Lei nº 9.807/99.[125]

De modo a resguardar o exercício da mais ampla defesa, durante todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, é indispensável a presença de defensor (Lei nº 12.850/13, art. 4º, § 15). Diretamente responsável pelo aconselhamento do possível colaborador, é evidente que o Defensor deverá ter pleno acesso a todos os elementos de informação já produzidos contra seu cliente, até mesmo de modo a permitir um juízo mais seguro quanto aos riscos do processo e, consequentemente, vantagens de se aceitar um acordo de colaboração premiada.

É firme a jurisprudência no sentido de que, pelo menos em regra, eventual coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador não têm legitimidade para impugnar o acordo de colaboração. Afinal, trata-se de negócio jurídico processual personalíssimo. Na verdade, o contraditório em relação aos delatados será estabelecido tão somente nos processos penais instruídos com as provas produzidas pelo colaborador.[126]

Muito se discute acerca da possibilidade de se inserir no acordo de colaboração premiada cláusulas expressas renunciando ao direito de recorrer, inclusive para fins de impugnação do próprio negócio jurídico processual. De um lado, há quem entenda não haver qualquer óbice. Seriam, na verdade, mero desdobramento de princípios afeitos aos negócios jurídicos em geral, dentre eles o respeito à vedação de comportamentos contraditórios (*venire contra factum properium).* Tais cláusulas estariam inseridas, portanto, no âmbito de liberdade e de disponibilidade que o colaborador detém na celebração de negócios jurídicos. A propósito, é nesse sentido o item 33 da Orientação Conjunta n. 1/2008 do Ministério Público Federal: "O acordo de colaboração deve prever a recorribilidade da sentença condenatória ou absolutória somente na parte que extrapolar os limites do acordo, como desdobramento do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*".

Esse entendimento não encontra ressonância nos Tribunais Superiores. Com efeito, em importante precedente acerca do assunto, o Min. Teori Zavascki (Petição n. 5.209/STF) decotou de um acordo cláusula que estipulava a renúncia pelo

125. De acordo com o art. 4º da Lei nº 9.807/99, esse conselho deliberativo responsável pela direção dos programas de proteção será composto por representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos.

126. STF, Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015. Ainda que seja negada ao delatado, pelo menos em regra, a possibilidade de impugnar o acordo, esse entendimento não se aplica quando a impugnação disser respeito à competência da autoridade judiciária para a homologação do acordo (v.g., foro por prerrogativa de função). Por isso, a 2ª Turma do STF concluiu pela ineficácia de colaboração premiada feita contra um Governador de Estado que não fora submetida à homologação perante o Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: STF, 2ª Turma, HC 151.605/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2018.

colaborador ao direito de recorrer em caso de condenação, em razão de configurar uma lesão "ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição". É dentro desse contexto que deve ser compreendido o art. 4º, §7º-B, da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.964/19: "§7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória". Conquanto o dispositivo não faça qualquer referência nesse sentido, é de rigor a conclusão de que seus dizeres são aplicáveis apenas às partes. Isso porque, como exposto anteriormente, é firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de concluir que, por se tratar de negócio jurídico processual personalíssimo, eventuais coautores e partícipes dos crimes praticados pelo colaborador não têm interesse para impugnar o acordo por ele firmado.

14.15.2. Legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada.

Quanto à legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada, especial atenção deve ser dispensada a dois dispositivos constantes da Lei nº 12.850/13. Primeiro, ao art. 4º, § 2º, que dispõe que o Ministério Público, a qualquer tempo, e o *Delegado de Polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público*, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do CPP. Segundo, ao art. 4º, § 6º, segundo o qual o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá *entre o Delegado de Polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público*, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Como se percebe, os dois dispositivos legais deixam entrever que um acordo de colaboração premiada poderia ser celebrado entre o Delegado de Polícia e o acusado, assegurada a presença de seu defensor, com a simples *manifestação do Ministério Público.*

De modo a conferir maior efetividade à colaboração premiada, tanto a autoridade policial, durante o inquérito policial, quanto o Ministério Público, a qualquer tempo, devem alertar os indiciados (e acusados) sobre a possível pena a que estarão sujeitos em caso de condenação e sobre os benefícios que poderão obter em caso de colaboração efetiva. A fim de se evitar qualquer prejuízo à voluntariedade da colaboração premiada, essas tratativas devem ser implementadas de maneira prudente, evitando-se, assim, possíveis arbitrariedades, além de se preservar a liberdade de autodeterminação do possível colaborador.[127]

No entanto, por mais que a autoridade policial possa *sugerir* ao investigado a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada, daí não se pode concluir que o Delegado de Polícia tenha legitimação ativa para firmar tais acordos com uma simples *manifestação do Ministério Público.* Por mais que a Lei nº 12.850/13 faça referência à *manifestação do Ministério Público* nas hipóteses em que o acordo de colaboração premiada for "firmado pelo Delegado de Polícia", esta simples *manifestação* não tem o condão de validar o acordo celebrado exclusivamente pela autoridade policial. Isso porque a Lei nº 12.850/13 não define bem o que seria essa *manifestação,* que, amanhã, poderia ser interpretada como um simples *parecer ministerial,* dando ensejo, assim, à celebração de um acordo de colaboração premiada pela autoridade policial ainda que o órgão ministerial discordasse dos termos pactuados.

Se é verdade que a autoridade policial tem interesse em obter informações relevantes acerca do funcionamento da organização criminosa através dessa importante técnica especial de investigação, é inconcebível que um acordo de colaboração premiada seja celebrado sem a necessária interveniência do titular da ação penal pública. Quando a Constituição Federal outorga ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (art. 129, I), também confere a ele, com exclusividade, o juízo de viabilidade da persecução penal através da valoração jurídico-penal dos fatos que tenham ou possam ter qualificação criminal. Destarte, diante da possibilidade de o prêmio legal acordado com o investigado repercutir diretamente na pretensão punitiva do Estado (v.g., perdão judicial), não se pode admitir a lavratura de um acordo de colaboração premiada sem a necessária e cogente intervenção

127. Nesse sentido se manifestam Paulo José F. Teotônio e Marcus Túlio A Nicolino: "Deve-se evitar, entretanto, a presença de estranhos, dentre eles até mesmo advogados, que não sejam os relacionados com a defesa do colaborador, até para própria garantia de vida e segurança do delator. No que pertine à garantia citada, ademais, vale anotar que o conteúdo da colaboração não deva ser exteriorizado nos autos, muito menos ser objeto da instrução probatória. Com efeito, seria um contrassenso, uma verdadeira insensatez, a exigência de produção de prova, no que concerne ao conteúdo da colaboração ou delação, posto que tornaria letra morta o dispositivo em referência, não sendo este, a nosso ver, o espírito da existência do preceito do diploma legal". (*in* O Ministério Público e a colaboração premiada. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano IV, nº 21, ago.-set. 2003).

do Ministério Público como parte principal, e não por meio de simples *manifestação.*

De mais a mais, ainda que o acordo de colaboração premiada seja celebrado durante a fase investigatória, sua natureza processual resta evidenciada a partir do momento em que a própria Lei nº 12.850/13 impõe a necessidade de homologação judicial (art. 4º, § 7º). Por consequência, se a autoridade policial é desprovida de capacidade postulatória e legitimação ativa, não se pode admitir que um acordo por ela celebrado com o acusado venha a impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, sob pena de se admitir que um dispositivo inserido na legislação ordinária possa se sobrepor ao disposto no art. 129, I, da Constituição Federal.

Nesse contexto, como observa Pacelli, "se o sistema processual penal brasileiro sequer admite que a autoridade policial determine o arquivamento de inquérito policial, como seria possível admitir, agora, a capacidade de atuação da referida autoridade para o fim de: a) extinguir a persecução penal em relação a determinado agente, sem a consequente legitimação para promover a responsabilidade penal dos demais (delatados), na medida em que cabe apenas ao *parquet* o oferecimento de denúncia; b) viabilizar a imposição de pena a determinado agente, reduzida ou com a substituição por restritiva de direito, condicionando previamente a sentença judicial; c) promover a extinção da punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou partícipes, nos casos de perdão judicial".[128]

Firmada a premissa de que a autoridade policial, por si só, não tem legitimidade para celebrar um acordo de colaboração premiada, deverá o juízo competente recusar-se a homologar o acordo celebrado exclusivamente pelo Delegado de Polícia, nos termos do art. 4º, § 7º, I, da Lei nº 12.850/13, que dispõe que o juiz é obrigado a verificar a *legalidade do acordo* antes de proceder à homologação. Antes, porém, deverá ouvir o órgão ministerial. Afinal, se o *Parquet* manifestar-se favoravelmente aos termos do ajuste celebrado entre o Delegado de Polícia e o acusado, a legitimidade ativa do Ministério Público para a ação penal pública terá o condão de chancelar a validade do acordo, que, na sequência, será submetido pelo órgão ministerial à homologação do juiz competente.

Admitida a legitimidade exclusiva do Ministério Público para a celebração do acordo de colaboração premiada durante as investigações ou no curso do processo judicial, é importante que haja algum tipo de controle e revisão sobre a atuação ministerial. A *sindicabilidade* é fundamental nesse ponto, já que não se pode admitir a existência de poderes absolutos, insusceptíveis de controle. Logo, a fim de se evitar que eventual discordância do Ministério Público em face de proposta de acordo de colaboração premiada sugerida pela autoridade policial fique imune a qualquer tipo de controle, é possível a aplicação subsidiária do princípio da devolução inserido no art. 28 do CPP, nos mesmos moldes do que ocorre, por exemplo, em relação à transação penal e à suspensão condicional do processo (súmula nº 696 do STF). Assim, em caso de discordância do membro do *parquet*, o Delegado de Polícia e/ou o magistrado devem devolver a apreciação da questão ao órgão superior do Ministério Público, tal qual previsto no art. 4º, § 2º, *in fine*, da Lei nº 12.850/13, que faz referência expressa à possibilidade de aplicação, subsidiária, do art. 28 do CPP.

Não é essa, todavia, a orientação do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria. Em recente decisão, o Plenário do STF julgou improcedente pedido formulado na **ADI 5.508** para assentar a constitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013. A ação impugnava as expressões "e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público" e "entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso", contidas nos referidos dispositivos, que conferem legitimidade ao delegado de polícia para conduzir e firmar acordos de colaboração premiada. In casu, prevaleceu o voto do ministro Marco Aurélio (Relator), no sentido de que *o delegado de polícia pode formalizar acordos de colaboração premiada, na fase de inquérito policial, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial.* Para a Suprema Corte, o art. 4º, §6º, do referido diploma normativo não afasta a participação do Ministério Público em acordo de colaboração premiada, ainda que ocorrido entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor. Embora o Ministério Público seja o titular da ação penal de iniciativa pública, não o é do direito de punir. A delação premiada não retira do órgão a exclusividade da ação penal. A norma fixa as balizas a serem observadas na realização do acordo. Estas, porque decorrem de

128. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização da 17ª edição do curso de processo penal em virtude da Lei nº 12.850/13.* Disponível em: http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao--comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/. Acesso em 05/11/2013.

lei, vinculam tanto a polícia quanto o Ministério Público, tendo em vista que a nenhum outro órgão senão ao Judiciário é conferido o direito de punir. Longe fica o julgador de estar atrelado à dicção do Ministério Público, como se concentrasse a arte de proceder na persecução criminal, na titularidade da ação penal e, também, o julgamento, embora parte nessa mesma ação penal.[129]

Em conclusão, nada diz a legislação quanto à possibilidade de a proposta de colaboração premiada ser oferecida pelo assistente da acusação. Este silêncio eloquente deve ser interpretado no sentido de não se admitir a proposta por ele oferecida. Por mais que as recentes mudanças legislativas tenham ampliado a atuação do assistente no processo penal, que passou a ter legitimidade para requerer a decretação de medidas cautelares (CPP, art. 311), o desaforamento (CPP, art. 427), etc., fato é que sua habilitação somente é possível durante o curso do processo judicial em crimes de ação penal pública (CPP, art. 268), jamais durante a fase investigatória. Ora, se a colaboração premiada funciona como técnica especial de investigação, seria no mínimo inusitado que se admitisse a intervenção da vítima na busca por fontes de prova, usurpando atribuição investigatória própria das autoridades estatais incumbidas da persecução penal.

14.15.3. Retratação do acordo.

Só se pode falar em acordo quando há convergência de vontades: no caso da colaboração premiada, o Estado tem interesse em informações que só podem ser fornecidas por um dos coautores ou partícipes do fato delituoso; o acusado, por sua vez, deseja ser beneficiado com um dos diversos prêmios legais previstos em lei. Por consequência, antes da homologação do acordo pela autoridade judiciária competente, é perfeitamente possível que as partes resolvam se retratar da proposta, nos termos do art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13, hipótese em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Como este dispositivo não faz qualquer restrição em relação ao responsável pela retratação – "as partes podem retratar-se da proposta (...)" –, tanto o Ministério Público quanto o acusado podem se arrepender da proposta formulada. À evidência, esta retratação só pode ocorrer até a homologação judicial do acordo. Fosse possível a retratação após sua homologação judicial, o Ministério Público poderia celebrar um *falso* acordo de colaboração premiada, obtendo, por consequência da homologação judicial, todas as informações necessárias para a consecução de um dos objetivos listados nos incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/13, para, na sequência, retratar-se do acordo, privando o colaborador da concessão do prêmio legal acordado.

14.15.4. Distinção entre retratação, rescisão e anulação do acordo de colaboração premiada.

Como exposto anteriormente, o art. 4º, §10, da Lei n. 12.850/13, versa sobre a *retratação*, a qual não se confunde com a *rescisão*, nem tampouco com a *anulação* do acordo de colaboração premiada.

Retratar-se significa "voltar atrás", "arrepender-se". Ocorre, portanto, quando deixa de haver a convergência de interesses. A Lei n. 12.850/13 deixa claro que as partes podem *retratar-se da proposta*. Isso significa dizer que há um limite temporal para a retratação, qual seja, enquanto se tratar de uma mera *proposta*. Por conseguinte, se a proposta já tiver sido homologada pelo juízo competente, não mais será cabível a retratação. De mais a mais, havendo a retratação por qualquer das partes, os elementos probatórios fornecidos poderão ser usados livremente no curso do processo, *salvo em desfavor do colaborador.*

Por sua vez, a *rescisão* do acordo de colaboração premiada ocorre quando uma das partes – Ministério Público ou acusado – descumprir as obrigações assumidas por ocasião da celebração da avença. Ora, como espécie de negócio jurídico processual, são aplicáveis ao acordo de colaboração premiada alguns dos princípios desenvolvidos no âmbito da teoria do Direito Civil. Dessa forma, identificam-se no regramento da colaboração premiada, por exemplo, a vigência do princípio da boa-fé e a necessidade de respeito à vedação de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*). Portanto, na eventualidade de inobservância desses princípios, o acordo estará sujeito à rescisão.

Com propriedade, Vinícius Marçal aponta possíveis causas de rescisão do acordo em virtude de fatos atribuídos ao colaborador que age de má-fé: "*a)* reserva mental (pela qual se sonega a verdade) ou mentira em relação aos fatos em apuração; *b)* adulteração ou destruição de provas que tinha em seu poder ou sob sua disponibilidade, após a celebração do acordo; *c)* recusa a prestar informações de seu conhecimento relacionadas ao objeto do acordo; *d)* recusa a entregar documento

129. STF, Pleno, ADI 5.508/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018.

ou prova que tenha em seu poder ou sob a guarda de pessoa sujeita a sua autoridade ou influência, salvo se, diante da eventual impossibilidade de obtenção direta de tais documentos ou provas, o colaborador indicar a pessoa que o guarda e o local onde poderá ser obtido; *e)* prática de crime doloso da mesma natureza dos fatos em apuração após a homologação judicial da avença; *f)* fuga; *g)* tentativa de furtar-se à ação da Justiça Criminal etc".[130]

Relevantes, nesse sentido, as inovações introduzidas pelo Pacote Anticrime na Lei das Organizações Criminosas. De fato, consoante disposto no art. 4º, §17, da Lei n. 12.850/13, o acordo homologado poderá ser *rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.* O novel dispositivo deve ser interpretado à luz da Orientação Conjunta n. 1/2018 do Ministério Público Federal, cujo item n. 38 prescreve que "é recomendável a inserção de cláusula com previsão de sanções ao colaborador que omitir informações pontuais, quando a um elemento probatório ou a agentes diversos, circunstância que pode não ensejar, por si só, a rescisão do acordo, caso fornecida a devida complementação e esclarecimentos, independentemente da aplicação de penalidades pela omissão". Noutro giro, nos exatos termos do art. 4º, §18, da Lei n. 12.850/13, o acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, *sob pena de rescisão.*

As consequências decorrentes da rescisão dependem da parte que a ela deu causa. Quando a causa da rescisão puder ser imputada exclusivamente ao colaborador, dar-se-á a perda do prêmio negociado, assim como o aproveitamento integral das provas por ele fornecidas, inclusive as autoincriminatórias. Noutro giro, havendo a rescisão do acordo por fato imputável ao Ministério Público, "o colaborador poderá, a seu critério, fazer cessar a cooperação, assegurada a manutenção dos benefícios concedidos e as provas já produzidas".[131]

De se notar, portanto, que a rescisão do acordo de colaboração premiada por responsabilidade exclusiva do colaborador não tem o condão de acarretar a invalidação do conjunto probatório por ele fornecido. A propósito, em importante decisão acerca do assunto pelo Plenário do Supremo em caso concreto envolvendo a colaboração de integrantes de determinado grupo empresarial, concluiu-se que a possibilidade de rescisão ou de revisão, total ou parcial, de acordo de colaboração premiada, devidamente reconhecido pelo Poder Judiciário, em decorrência de descumprimento de deveres assumidos pelo colaborador, *não propicia conhecer e julgar alegação de imprestabilidade das provas*, porque a rescisão ou revisão tem efeitos somente entre as partes, não atingindo a esfera jurídica de terceiros.[132]

Por fim, opera-se a *anulação* do acordo de colaboração premiada quando esse negócio jurídico processual estiver contaminado por algum defeito (CC, art. 166), tal como: a) não participação do defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, violando-se a regra do art. 4º, §15, da Lei n. 12.850/13; b) ausência de voluntariedade do colaborador em participar da avença, como pode se dar se acaso comprovada eventual constrangimento por parte da Polícia ou do Ministério Público; c) não advertência quanto ao direito ao silêncio.

Reconhecida a nulidade do acordo de colaboração premiada, seja no momento da homologação da avença pela autoridade judiciária – o art. 4º, §7º, incisos I e IV, da Lei n. 12.850/13, prevê que, uma vez realizado o acordo, o termo será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, *legalidade e voluntariedade* –, seja por ocasião da decisão final do processo – à luz do art. 966, §4º, do CPC, os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo estão sujeitos à anulação, nos termos da lei[133] –, a consequência inevitável será o reconhecimento da ilicitude de todas as provas fornecidas pelo colaborador e daquelas daí derivadas (teoria dos frutos da árvore envenenada). Destarte, na eventualidade de restar comprovado que um dos integrantes de uma organização criminosa fora constrangido a firmar um acordo de colaboração premiada em virtude de ameaças a seus familiares, tendo, por força disso, identificado os demais coautores e partícipes do

130. MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime organizado.* 4ª ed. São Paulo: Método, 2018. Marçal também aponta possíveis causas de rescisão por fatos atribuídos ao *Parquet*: a) quando o *Parquet* não pugnar pela concessão dos prêmios legais acordados; b) quando não forem assegurados ao colaborador os direitos previstos no art. 5º da Lei n. 12.850/13; c) quando o Ministério Público violar o caráter sigiloso do acordo.

131. FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada.* Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 158.

132. STF, Pleno, Inq. 4.483 QO/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 21/09/2017. No sentido de que a rescisão do acordo de colaboração premiada não é causa de nulidade das provas, nem tampouco impede a investigação dos fatos noticiados pelos colaboradores, considerados os requisitos do art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/13: STF, 1ª Turma, Inq. 4.506/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 17/04/2018.

133. Reconhecendo a possibilidade de a autoridade judiciária analisar fatos supervenientes ou de conhecimento posterior capazes de ferir a legalidade do acordo de colaboração premiada, nos termos do art. 966, §4º, do CPC: STF, Pleno, Pet 7.074/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 21, 22, 28 e 29/06/2017 (Informativo n. 870 do STF).

grupo e apontado a localização do produto direto e indireto da infração penal, a anulação do negócio jurídico acarretará o reconhecimento da ilicitude das provas e daquelas daí derivadas, nos termos do art. 157, *caput* e §1º, do CPP. De se notar, portanto, que a anulação do acordo de colaboração premiada diferencia-se da rescisão por tal motivo: enquanto a anulação da avença traz, como efeito inexorável, o reconhecimento da ilicitude das provas fornecidas pelo colaborador, a rescisão causada pela má-fé do colaborador não impede o aproveitamento dos elementos de prova provenientes da colaboração, inclusive aqueles autoincriminatórios.

14.15.5. Intervenção do juiz.

O magistrado não deve presenciar ou participar das negociações, enfim, não deve assumir um papel de *protagonista* das operações referentes ao acordo de colaboração premiada, sob pena de evidente violação do sistema acusatório (CF, art. 129, I). Ora, se o magistrado presenciar essa tratativa anterior à colaboração, na hipótese de o acusado confessar a prática do delito, mas deixar de prestar outras informações relevantes para a persecução penal, inviabilizando a celebração do acordo, é intuitivo que o magistrado não conseguirá descartar mentalmente os elementos de informação dos quais tomou conhecimento, o que poderia colocar em risco sua imparcialidade objetiva para o julgamento da causa.[134] A propósito, o art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/13, dispõe expressamente que *o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração*, que ocorrerá entre o Delegado de Polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Se, de um lado, o art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/13, dispõe que o juiz não poderá participar das negociações realizadas entre as partes, do outro, a parte final do § 8º do art. 4º desse mesmo diploma legal, em sua redação original, estranhamente previa a possibilidade de o juiz *adequar a proposta ao acaso concreto*. Considerando-se a impossibilidade de o juiz imiscuir-se nas negociações inerentes ao acordo de colaboração premiada, a doutrina sempre entendeu que ao magistrado não se deferia a possibilidade de modificar os termos da proposta, sob pena de evidente violação ao sistema acusatório e à garantia da imparcialidade. Na verdade, o que o magistrado poderia fazer é apenas rejeitar a homologação de eventual acordo por não concordar com a concessão de determinado prêmio legal, nos termos do art. 4º, § 8º, primeira parte, aguardando, então, que as próprias partes interessadas na homologação da proposta chegassem a novo acordo quanto ao benefício a ser concedido ao colaborador. Daí se entende o porquê da nova redação conferida ao §8º do art. 4º da Lei n. 12.850/13 pela Lei n. 13.964/19, o qual passou a dispor: "O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, *devolvendo-a às partes para as adequações necessárias*".

Firmada a premissa de que o magistrado não deve imiscuir-se nas tratativas anteriores à celebração da colaboração premiada, havia duas correntes na doutrina acerca da necessidade de homologação desse acordo pela autoridade judiciária competente, pelo menos até o advento da Lei nº 12.850/13:

a) desnecessidade de homologação do acordo pelo juiz competente: havia quem entendesse que não era necessário que o juiz homologasse o acordo firmado pelo Ministério Público e pelo acusado na presença de seu defensor. Era nesse sentido o entendimento de Mendonça e Carvalho, que, em momento anterior à vigência da Lei nº 12.850/13, sustentavam que, durante o inquérito ou processo, o colaborador somente teria uma expectativa de direito, não podendo exigir do magistrado a observância do acordo realizado;[135]

b) necessidade de homologação do acordo pelo juiz competente: desde a primeira edição desta obra, sempre nos posicionamos no sentido de que o acordo deve ser submetido ao juiz para homologação, que não poderá deixar de observá-lo por ocasião da sentença, caso o colaborador tenha cumprido todas as obrigações previamente pactuadas. Considerando-se que, ao celebrar o acordo de colaboração premiada com o Ministério Público, o colaborador assume uma postura incomum para os criminosos, já que se afasta do próprio instinto de conservação (ou autoacobertamento), tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem, haveria conduta desleal por parte do Estado-juiz se não lhe fosse concedida a sanção premial inerente à colaboração premiada, violando o próprio princípio da moralidade (CF, art. 37, *caput*). Daí a importância da homologação pela

134. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 163.

135. Op. cit. p. 198.

autoridade judiciária, conferindo mais segurança jurídica ao acordo. Se o acordo de colaboração premiada funcionar como mera expectativa de direito para o colaborador, é natural que este não se sinta encorajado a experimentar todos os dissabores inerentes a sua traição, o que contribuiria para a redução da eficácia desse importante procedimento investigatório. Por consistir em exercício de atividade de delibação, essa homologação judicial do acordo deve se limitar a aferir sua regularidade, legalidade e voluntariedade (redação original do art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/13), não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.[136]

Com o advento da Lei nº 12.850/13, parece não haver mais dúvidas quanto à necessária homologação judicial do acordo de colaboração premiada, assim compreendida como a formalidade que atesta a regularidade do pacto e a possibilidade de que se dê andamento em seu procedimento com as fases seguintes, leia-se, à colheita das provas com o auxílio do colaborador. Deveras, consoante disposto no art. 4º, § 7º, uma vez realizado o acordo, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, *será remetido ao juiz para homologação*, o qual deverá verificar sua regularidade e legalidade (inciso I), adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§4º e 5º do art. 4º, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo §5º do art. 4º (inciso II), adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* do art. 4º (inciso III), e voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares (inciso IV). À evidência, o magistrado não está obrigado a homologar o acordo. Poderá, como exposto anteriormente, recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais (Lei nº 12.850/13, art. 4º, § 8º).

Esse provimento interlocutório — o qual não julga o mérito da pretensão acusatória, mas resolve uma questão incidente — tem natureza meramente homologatória. Ao homologar o acordo de colaboração, o juiz não deve emitir juízo de valor a respeito das declarações eventualmente prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, nem conferir o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores. Entendimento contrário colocaria em risco a própria viabilidade do instituto, diante da iminente ameaça de interferência externa nas condições acordadas pelas partes, reduzindo de forma significativa o interesse no ajuste. Essa "postura equidistante" do juiz em relação às partes no processo penal informa o citado comando legal que prestigia o sistema acusatório. Se as declarações do colaborador são verdadeiras ou respaldadas por provas de corroboração, esse juízo será feito apenas "no momento do julgamento do processo", no momento diferido, qual seja, na sentença, conforme previsto no §11 do art. 4º da Lei 12.850/2013. Nessa etapa, serão analisados os elementos trazidos pela colaboração e sua efetividade.[137]

Nos feitos de competência originária dos Tribunais, essa competência para a homologação do acordo de colaboração premiada é *monocrática do Relator*, na condição de *juiz da instrução* (Lei n. 8.038/90, art. 2º, *caput)*. Isso, todavia, sem prejuízo da competência colegiada do respectivo Tribunal (Turma, Seção ou Pleno) para avaliar, em decisão final de mérito, o cumprimento integral dos termos do ajuste, assim como a eficácia do acordo de colaboração premiada.[138]

A delação de autoridade com prerrogativa de foro atrai a competência do tribunal competente para a respectiva homologação e, em consequência, do órgão do Ministério Público respectivo. Por isso, a 2ª Turma do STF concluiu pela invalidação de delação premiada feita contra *Governador de Estado* que não fora realizada pela *Procuradoria-Geral da República*, nem tampouco submetida à homologação pelo *Superior Tribunal de Justiça*, determinando, por consequência, o trancamento do respectivo inquérito, porquanto sua instauração teria se dado com base exclusivamente nos atos de colaboração.[139]

Há necessidade de homologação por parte desse Relator tão somente quando restar evidenciado, de plano, que o investigado seria pessoa detentora de foro de prerrogativa de função. Por consequência, a homologação de acordo de colaboração premiada por juiz de primeiro grau de jurisdição, que se

136. Nesse contexto: STF, Pleno, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 21 04/02/2016.

137. Nesse contexto: STF, Pleno, Pet 7.074 QO/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017.

138. Nesse contexto: STF, Pleno, Pet 7.074 QO/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017.

139. STF, 2ª Turma, HC 151.605/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2018.

limite a mencionar autoridade com prerrogativa de foro, não traduz em usurpação de competência do respectivo Tribunal. Como a colaboração premiada está relacionada à comunicação da ocorrência de um crime ou à provocação da iniciativa do Ministério Público a esse respeito, assume a característica de *delatio criminis*, de mero recurso à formação da convicção do acusador, e não de elemento de prova. Sendo assim, as informações prestadas pelo colaborador podem se referir até mesmo a crimes diversos daqueles que dão causa ao acordo, configurando-se, nessa situação, a hipótese da *serendipidade ou descoberta fortuita de provas*. Portanto, à semelhança do que ocorre em casos de interceptação telefônica, hão de ser considerados válidos os elementos probatórios indicativos da participação de pessoas detentoras de prerrogativa de foro colhidos fortuitamente no curso de medidas investigativas envolvendo indivíduos sem essa prerrogativa. Outra consequência do encontro fortuito de provas é, portanto, a incidência da *teoria do juízo aparente*, segundo a qual é legítima a obtenção de elementos relacionados à pessoa que detenha foro por prerrogativa de função por juiz que *até aquele momento* era competente para o processamento dos fatos. Logicamente, se houver a constatação da existência de indícios da participação ativa e concreta de pessoa com prerrogativa de foro, os autos deverão ser encaminhados imediatamente ao respectivo Tribunal, sob pena de evidente violação ao princípio do juiz natural.[140]

Para fins de verificação da voluntariedade da manifestação da vontade do colaborador, poderá o juiz ouvi-lo sigilosamente, assegurada a presença de seu defensor. Interpretando-se *a contrario sensu* a parte final do art. 4º, § 7º, depreende-se que a Lei não faz referência à presença da parte responsável pela propositura do acordo (Ministério Público e/ou Delegado de Polícia – neste caso, para quem entende que a autoridade policial teria legitimidade para propor o acordo). Queira ou não, a presença do proponente do acordo nesta audiência poderia provocar certo constrangimento ao colaborador, inibindo-o de revelar os reais motivos que o levaram a colaborar com as autoridades responsáveis pela persecução penal (v.g., promessa de não haver pedido de prorrogação do prazo da prisão temporária).

Desta decisão judicial que homologa o acordo de colaboração premiada não resultará, de imediato, a aplicação dos benefícios legais decorrentes do cumprimento do quanto pactuado. Afinal, pelo menos em regra, os benefícios legais decorrentes do cumprimento do acordo de colaboração premiada serão concedidos ao colaborador apenas por ocasião da prolação da sentença condenatória. Prova disso é o quanto disposto no art. 4º, § 11, que prevê que *a sentença* apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia. Como se percebe, a homologação do acordo pelo juiz simplesmente confere ao colaborador maior segurança jurídica quanto à concessão do prêmio legal pactuado no momento da sentença, mas desde que as informações por ele prestadas sejam objetivamente eficazes para a consecução de um dos resultados elencados pelo legislador.

Nada diz a Lei nº 12.850/13 quanto ao recurso adequado a ser utilizado na hipótese de o juiz recusar homologação à proposta de colaboração premiada apresentada pelo órgão ministerial. Diante do silêncio da Lei, a doutrina sempre sugeriu a possibilidade de interposição de recurso em sentido estrito, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 581, I, do CPP. Conquanto não se trate de decisão que rejeita (ou não recebe) a peça acusatória, propriamente dita, não se pode negar a existência de uma decisão que, grosso modo, rejeita a iniciativa postulatória do órgão da acusação.[141] Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime, o art. 581, inciso XXV, do CPP, passou a prever o cabimento de recurso em sentido estrito contra a decisão que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP. Levando-se em consideração a semelhança entre as duas situações, revela-se perfeitamente possível a interpretação extensiva desse inciso para também se admitir o cabimento de RESE contra a decisão judicial que recusar homologação à proposta de acordo de colaboração premiada.

Ao fim e ao cabo, convém destacar que a jurisprudência sempre entendeu que o magistrado que participa de procedimento de homologação de colaboração premiada não estaria impedido para futura ação penal, vez que esta hipótese não consta do rol taxativo de perda da imparcialidade

140. Em caso concreto apreciado pelo STJ, como as investigações até então se referiam a pessoas sem prerrogativa de foro e a informação a respeito do possível envolvimento de autoridade com prerrogativa de foro naquela Corte somente surgiu com a formalização do acordo de colaboração premiada, concluiu-se que o juízo de primeiro grau de jurisdição era competente para sua homologação, não havendo, portanto, nulidade a ser declarada em relação ao ponto: STJ, Corte Especial, Rcl 31.629/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/09/2017, DJe 28/09/2017.

141. Nesse contexto: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização da 17ª edição do curso de processo penal em virtude da Lei nº 12.850/13*. Disponível em: http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/. Acesso em 05/11/2013.

objetiva constante do art. 252 do CPP.[142] A questão deverá ser repensada à luz do art. 3º-D, *caput*, do CPP,[143] incluído pela Lei n. 13.964/19, segundo o qual o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 3º-B, ficará *impedido de funcionar no processo*. Ora, considerando-se que o inciso XVII do art. 3º-B outorga ao juiz das garantias a competência para decidir sobre a homologação do acordo de colaboração premiada, *quando formalizado durante a investigação*, é de rigor a conclusão de que, nesse caso, tal magistrado, estará, doravante, impedido de funcionar como juiz da instrução e julgamento. Isso, todavia, não significa dizer que o juiz que homologar o acordo de colaboração jamais poderá vir a julgar o processo. De fato, firmada a premissa de que o acordo de colaboração premiada também pode ser celebrado durante o curso do processo, hipótese à qual não seria aplicável o art. 3º-D, *caput*, do CPP, tal magistrado não estaria, por consequência, impedido de julgar o caso penal.

14.15.6. Momento para a celebração do acordo de colaboração premiada.

Como se pode perceber pela leitura dos dispositivos legais relativos à colaboração premiada, pelo menos até o advento da Lei nº 12.683/12, que deu nova redação à Lei de Lavagem de Capitais, e da Lei nº 12.850/13, nenhum deles dispunha expressamente sobre o momento de celebração do acordo.

Por se tratar, a colaboração premiada, de espécie de meio de obtenção de prova, poder-se-ia concluir, precipitadamente, que o benefício somente seria aplicável até o encerramento da instrução probatória em juízo. Ligada que está à descoberta de fontes de prova, é intuitivo que sua utilização será muito mais comum na fase investigatória ou durante o curso da instrução processual.

Porém, não se pode afastar a possibilidade de celebração do acordo mesmo após o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. De fato, a partir de uma interpretação teleológica das normas instituidoras da colaboração premiada, cujo objetivo pode subsistir para o Estado mesmo após a condenação irrecorrível daquele que deseja colaborar, deve-se admitir a incidência do instituto após o trânsito em julgado de sentença condenatória, desde que ela ainda seja objetivamente eficaz.[144]

Nessa linha, especial atenção deve ser dispensada ao art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, que passou a dispor expressamente acerca da possibilidade de a colaboração premiada ser celebrada *a qualquer tempo*. O dispositivo deixa evidente que o que realmente interessa não é o momento em que a colaboração premiada é celebrada, mas sim a eficácia objetiva das informações prestadas pelo colaborador. Em sentido semelhante, o art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/13, também prevê expressamente que, na hipótese de a colaboração ser *posterior à sentença*, a pena poderá ser reduzida até a metade ou ser admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

À primeira vista, pode parecer um pouco estranho que tais dispositivos se refiram à celebração do acordo de colaboração premiada após a sentença condenatória irrecorrível (*a qualquer tempo*). Todavia, na hipótese de o produto direto ou indireto da infração penal não ter sido objeto de medidas assecuratórias durante o curso da persecução penal, inviabilizando ulterior confisco, não se pode descartar a possibilidade de que as informações prestadas pelo agente mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória ainda sejam objetivamente eficazes no sentido da recuperação de tais bens, o que, em tese, lhe assegura a concessão dos prêmios legais inerentes à colaboração premiada prevista no art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/13.

Sem embargo de a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada *a qualquer tempo* estar prevista apenas nas Leis de Lavagem de Capitais e de Organizações Criminosas, parece não haver qualquer óbice à extensão desse benefício aos demais crimes, até mesmo por uma questão de isonomia. Deveras, não há qualquer fundamento razoável de *discrímen* capaz de justificar a inviabilidade de celebração de acordos de colaboração premiada *após a sentença condenatória irrecorrível* em relação a outros delitos, desde que, obviamente,

142. No sentido de que não é possível interpretar-se extensivamente o inciso III do art. 252 do CPP de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância, pois o "desempenhar funções em outra instância" a que se refere o referido dispositivo deve ser compreendido como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição: STF, 1ª Turma, HC 97.553/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/06/2010, DJe 168 09/09/2010.

143. De se lembrar que, na condição de Relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o Min. Luiz Fux (j. 22/01/2020) suspendeu a eficácia *sine die, ad referendum* do Plenário, da implantação do juiz das garantias e de seus consectários (CPP, arts. 3º-A a 3º-F do CPP).

144. Nesse sentido: FREIRE JR., Américo Bedê. *Qual o meio processual para requerer a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória?* In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano VI, nº 36, Porto Alegre, fev.-mar./2006, p. 235.

aferida a eficácia objetiva das informações prestadas pelo colaborador.[145]

Firmada a premissa de que o acordo de colaboração premiada pode ser celebrado a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, discute-se na doutrina qual seria o meio adequado para se requerer o reconhecimento da colaboração na fase de execução. Parte da doutrina entende ser possível o ajuizamento de revisão criminal. Isso porque uma das hipóteses de rescisão de coisa julgada ocorre quando, após a sentença condenatória com trânsito em julgado, se descobrem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena (CPP, art. 621, III). O argumento de que não seria cabível sua concessão em fase de execução, por ser a sentença o momento de concessão dos benefícios (redução de pena, regime penitenciário brando, substituição de prisão por pena alternativa ou extinção da punibilidade) não parece convincente. Como assevera Jesus,[146] o art. 621 do CPP autoriza explicitamente desde a redução da pena até a absolvição do réu em sede de revisão criminal, de modo que este também deve ser considerado um dos momentos adequados para exame de benefícios aos autores de crimes, inclusive em relação à colaboração premiada. Exigir-se-á, evidentemente, o preenchimento de todos os requisitos legais, inclusive o de que o ato se refira à delação dos coautores ou partícipes do(s) crime(s) objeto da sentença rescindenda. Será preciso, ademais, que esses concorrentes não tenham sido absolvidos definitivamente no processo originário, uma vez que, nessa hipótese, formada a coisa julgada material, a colaboração, ainda que sincera, jamais seria eficaz, diante da impossibilidade de revisão criminal *pro societate*. A nosso juízo, considerando que a revisão criminal é meio para reparação de erro judiciário, e tendo em conta que a incidência da colaboração premiada em sede de execução não pressupõe erro do juiz que exija a rescisão da sentença original, o meio processual adequado para que seja reconhecida a colaboração após o trânsito em julgado de sentença condenatória é submeter o acordo à homologação perante o juiz da vara de execuções penais, nos mesmos moldes de outros incidentes da execução. Não se trata, a colaboração premiada após o trânsito em julgado de sentença condenatória, de prova nova da inocência do acusado para fins de ajuizamento de revisão criminal (CPP, art. 621, III). Cuida-se de fato novo que deve ser levado à consideração do juiz da execução penal, nos mesmos moldes que os demais fatos novos que surgem ao longo da execução, tal qual o surgimento de lei nova mais benigna (LEP, art. 66, I). Aplica-se, pois, por analogia, o raciocínio constante da súmula nº 611 do STF: "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna".[147]

Tratando-se de norma mais benéfica para o colaborador, este novo regramento acerca da possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada *a qualquer tempo* pode retroagir para beneficiar condenados por crimes diversos, mesmo que a decisão condenatória tenha transitado em julgado antes da vigência das Leis 12.683/12 e 12.850/13.

> **Art. 7º.** O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.
>
> **§ 1º** As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.
>
> **§ 2º** O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.
>
> **§ 3º** O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019)

14.15.7. Tramitação sigilosa do pedido de homologação do acordo.

A despeito do teor do art. 7º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, nem sempre haverá necessidade de distribuição do pedido de homologação do

145. Admitindo a colaboração premiada *a qualquer tempo* nos casos de tráfico de drogas, mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória, caso as informações prestadas pelo colaborador sejam capazes de incriminar outros corréus que não haviam sido condenados nem sequer processados criminalmente: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 192.

146. JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7551>. Acesso em 04mar2009.

147. Com entendimento semelhante: PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 64.

acordo. Explica-se: como a colaboração premiada geralmente é celebrada durante o curso de determinado procedimento investigatório, é possível que um juízo igualmente competente já tenha se antecedido a outro na prática de algum ato decisório (v.g., decretação de interceptação telefônica), tornando-se prevento para o julgamento da causa. Nesse caso, como este juízo teve sua competência firmada pela prevenção (CPP, art. 83), não haverá necessidade de distribuição do pedido de homologação do acordo de colaboração premiada. Portanto, se houver necessidade de distribuição do pedido de homologação do acordo, por não ter havido, até então, a fixação da competência de determinado juízo, não deve constar do pedido qualquer remissão à identidade do colaborador nem tampouco a seu objeto.

Fixada a competência do juízo pela distribuição – ou quando a prevenção já tiver fixado a competência de determinado juízo –, as informações pormenorizadas da colaboração deverão ser, então, dirigidas direta e pessoalmente ao juiz cuja competência fora fixada pela distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito horas). De modo a assegurar o bom êxito das investigações, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia.

Na sequência, o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.850/13, dispõe que, no interesse do representado, ao defensor deverá ser assegurado amplo acesso aos elementos de prova constantes dos autos que digam respeito ao exercício do direito de defesa, *devidamente precedido de autorização judicial*, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Ao se referir ao acesso do *defensor*, este dispositivo deixa dúvidas: estaria ele fazendo referência ao *defensor do próprio colaborador* ou aos *advogados dos demais integrantes da organização criminosa*?

Se considerarmos que o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.850/13 faz referência ao defensor do próprio colaborador, o dispositivo tem pouca, senão nenhuma relevância. Afinal, o defensor do colaborador já teria participado de todas as tratativas inerentes ao acordo de colaboração premiada. Logo, já teve acesso aos elementos de informação colhidos em detrimento do seu cliente. Por consequência, se o acordo submetido à homologação judicial já era de conhecimento prévio do defensor, é no mínimo estranho que o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.850/13, passe a exigir autorização judicial para que o defensor tenha acesso a elementos de prova dos quais já tinha conhecimento.

Conclui-se, portanto, que o defensor a que se refere o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.850/13, é o responsável pela defesa técnica dos demais integrantes da organização criminosa eventualmente delatados pelo colaborador. Este acesso, todavia, não é amplo e irrestrito, não devendo abranger eventuais diligências em andamento. Nesta hipótese, de modo a assegurar a eficácia do procedimento investigatório, que poderia ser seriamente prejudicada com a ciência prévia de determinadas diligências pelos demais investigados, há de ser respeitado o sigilo das investigações. Este o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 14, cujo teor é o seguinte: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".[148] Como se percebe pela própria leitura da súmula, o acesso do advogado está limitado aos elementos de prova já documentos no procedimento investigatório. Portanto, se a diligência investigatória ainda não foi documentada nos autos do inquérito policial, não se pode querer cogitar de obrigatória ciência prévia ao advogado, sob pena de esvaziamento da sua própria eficácia.[149]

14.15.8. Publicidade do acordo de colaboração premiada.

Recebida a denúncia e instaurado o processo criminal, abre-se lugar ao contraditório e à ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes (impugnações e direito à prova). Em outras palavras, o contraditório será exercido posteriormente (contraditório diferido), ou seja, quando concluídas as diligências decorrentes da colaboração premiada, ao investigado e a seu defensor deve ser franqueado o acesso ao conteúdo do acordo, resguardada a proteção dos direitos do colaborador listados no art. 5º da Lei nº 12.850/13, a fim de que possam impugnar a prova produzida, exercendo o direito à ampla defesa.

Destarte, por força do art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.850/13, a partir do momento em que a fase judicial da persecução penal tiver início, dar-se-á ampla publicidade ao acordo de colaboração

148. STF, 1ª Turma, HC 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/09/2004. Em sentido semelhante: STF, 1ª Turma, HC 94.387/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 25 05/02/2009; STF, 1ª Turma, HC 90.232/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/03/2007; STJ, 5ª Turma, HC 58.377/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 30/06/2008.

149. STF, 1ª Turma, HC 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/09/2004.

premiada, desde que preservado o sigilo das informações constantes do art. 5º, que constituem direitos do colaborador. Interpretando-se *a contrario sensu* o art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.850/13, conclui-se que, durante o curso das investigações, deve ser preservado o caráter sigiloso do acordo de colaboração premiada, pelo menos em regra. A propósito, em julgado anterior ao advento da nova Lei das Organizações Criminosas, em que se discutia a possibilidade de advogados de coautores terem acesso aos autos de investigação em que firmados acordos de delação premiada, a partir dos quais foram utilizados documentos que subsidiaram ações penais contra ele instauradas, a 1ª Turma do STF afastou a pretensão de se conferir publicidade ao acordo, por lhe ser ínsito o sigilo, inclusive por força de lei.[150]

Conquanto a Lei das Organizações Criminosas sempre tenha resguardado o sigilo do *acordo de colaboração premiada*, não era de todo incomum que o depoimento do colaborador se tornasse público, muitas vezes inclusive disponibilizado à imprensa por ordem da própria autoridade judiciária. Daí a importância da nova redação conferida ao §3º do art. 7º da Lei n. 12.850/13 pelo Pacote Anticrime, o qual passou a prever que o acordo de colaboração premiada e *os depoimentos do colaborador* serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, *sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.*

Seção II
Da Ação Controlada

Art. 8º. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9º. Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

15. AÇÃO CONTROLADA.

A depender do caso concreto, é estrategicamente mais produtivo, sob o ponto de vista da colheita de provas, evitar a prisão prematura de integrantes menos graduados de determinada organização criminosa, pelo menos num primeiro momento, de modo a permitir o monitoramento de suas ações e subsequente identificação e prisão dos demais membros, notadamente daqueles que exercem o comando da *societas criminis*. Exsurge daí a importância da chamada *ação controlada*, que consiste no retardamento da intervenção do aparato estatal, que deve ocorrer num momento mais oportuno sob o ponto de vista da investigação criminal.

Cuida-se de importante técnica especial de investigação, prevista expressamente na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06, art. 53, II),[151] na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98, art. 1º, §6º, incluído pela Lei n. 13.964/19, e art. 4º-B, com redação dada pela Lei nº 12.683/12) e na nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13, art. 8º).

No Capítulo II, referente à *investigação e aos meios de obtenção da prova*, a nova Lei das Organizações Criminosas cuida da *ação controlada* na Seção II, que abrange os arts. 8º e 9º, conceituando-a nos seguintes termos: "consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento

150. STF, 1ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 074 24/04/2008. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 59.115/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 12/12/2006, DJ 12/02/2007 p. 281.

151. Para a 6ª Turma do STJ (RHC 60.251/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 17/9/2015, DJe 9/10/2015), a investigação policial que tem como única finalidade obter informações mais concretas acerca de conduta e de paradeiro de determinado traficante, sem pretensão de identificar outros suspeitos, não configura a ação controlada do art. 53, II, da Lei 11.343/2006, sendo dispensável, portanto, a autorização judicial para a sua realização.

para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações".

Diversamente do art. 2º, II, da revogada Lei nº 9.034/95, que fazia referência expressa apenas ao retardamento da *interdição policial*, o art. 8º da Lei nº 12.850/13 autoriza o retardamento da intervenção policial ou *administrativa*. Isso significa dizer que a não atuação imediata poderá abranger não apenas diligências policiais, como também intervenções administrativas. Por consequência, agentes das receitas estaduais e federal, integrantes da Agência Brasileira de Inteligência, órgãos do Ministério Público,[152] corregedorias e outras autoridades administrativas também poderão retardar sua intervenção para que esta se concretize num momento mais eficaz sob o ponto de vista da colheita de elementos de informação.[153]

Conquanto a utilização da ação controlada nesses casos previstos em Lei não esteja restrita a determinada espécie de infração penal, esta técnica especial de investigação costuma ser utilizada com mais frequência em relação a delitos permanentes, notadamente crimes de posse (v.g., tráfico de drogas e porte ilegal de armas), que não sofrem qualquer alteração de quadro drivada do retardo da intervenção do aparato estatal, permitindo, ademais, a prisão em flagrante enquanto não cessar a permanência (CPP, art. 303).

A título de exemplo, basta pensar em um crime de tráfico internacional de drogas praticado por passageiro em transporte aéreo. É evidente que o agente já poderia ser preso em flagrante na própria área de embarque internacional do aeroporto de origem, porquanto estaria "trazendo consigo" substância entorpecente. No entanto, a prisão em flagrante de um mero transportador de drogas (vulgarmente chamado de "mula") efetuada neste momento impediria a descoberta de suas conexão internacionais, inibindo não apenas a identificação dos demais integrantes da organização criminosa, mas também a exata compreensão do âmbito de atuação do grupo. Daí a importância da ação controlada, que, nesse caso, seria levada a efeito com o auxílio da Interpol, responsável por transferir às autoridades locais informações precisas acerca do traficante, permitindo-se, assim, a prisão em flagrante no momento mais oportuno sob o ponto de vista da colheita de provas.

A ação controlada não é incompatível com o direito à não autoincriminação. Como destaca Maria Elizabeth Queijo, se, à primeira vista, a inexistência de advertência quanto ao *nemo tenetur se detegere* conduz à conclusão de que há violação ao citado direito fundamental, pois os averiguados acabariam por produzir provas em seu desfavor, na verdade, o interesse público na persecução penal dos delitos praticados por organizações criminosas justifica a restrição ao referido princípio, representada pela ação controlada, em consonância com o princípio da proporcionalidade.[154]

15.1. (Des)necessidade de prévia autorização judicial.

Diversamente da Lei de Drogas e do art. 4º-B da Lei de Lavagem de Capitais,[155] a Lei nº 12.850/13 não faz referência expressa à necessidade de prévia autorização judicial para a execução da ação controlada quando se tratar de crimes praticados por organizações criminosas, assemelhando-se, nesse ponto, à sistemática vigente à época da revogada Lei nº 9.034/95 (art. 2º, II).

Consoante disposto no art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, o retardamento da intervenção policial ou administrativa será *previamente comunicado ao juiz competente* que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público. Como se percebe, a nova Lei das Organizações Criminosas em momento algum faz menção à necessidade de prévia autorização judicial. Refere-se tão somente à necessidade de prévia comunicação à autoridade judiciária competente. Aliás, até mesmo por uma questão de lógica, se o dispositivo legal prevê que o retardamento da intervenção policial ou administrativa será apenas comunicado previamente ao juiz competente, forçoso é concluir que sua execução independe de autorização judicial.

De mais a mais, quando a Lei nº 12.850/13 exige autorização judicial para a execução de determinada técnica especial de investigação, o legislador o fez expressamente. Nesse sentido, basta atentar para o quanto disposto no art. 10, *caput*, que faz menção expressa à necessidade de *prévia, circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial* para fins de infiltração de agentes. Se, ao cuidar da infiltração policial, o legislador mencionou expressamente a necessidade de prévia autorização

152. No sentido de que a menção ao retardamento da intervenção *administrativa* abrange a investigação levada a cabo pelo Ministério Público: BITENCOURT; BUSATO. Op. cit. p. 144.

153. Nesse contexto: PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 91.

154. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.* São Paulo: Saraiva, 2003. p. 368.

155. Para mais detalhes acerca do conflito aparente de normas entre o art. 4º-B e art. 1º, §6º, ambos da Lei n. 9.613/98, consultar comentários a este último dispositivo.

judicial, limitando-se, todavia, ao tratar da ação controlada, a fazer menção apenas à necessidade de *prévia comunicação*, parece ficar evidente que a Lei nº 12.850/13 quis dispensar tratamento diverso aos dois institutos.

Mas por que se faz necessária prévia comunicação ao juiz se a ação controlada envolvendo infrações penais praticadas por organizações criminosas pode ser executada sem anterior autorização judicial?

A nosso juízo, a eficácia da ação controlada pode ser colocada em risco se houver necessidade de prévia autorização judicial, haja vista a demora inerente à tramitação desses procedimentos perante o Poder Judiciário. A título de exemplo, suponha-se que, por meio de denúncia anônima, as autoridades policiais obtenham informações de que um agente, integrante de organização criminosa especializada em falsificação de moeda, esteja levando consigo grande quantidade de notas falsas em um voo doméstico. Fosse necessária prévia autorização do juiz competente para a ação controlada, dificilmente a autoridade policial poderia postergar a prisão em flagrante no momento do desembarque na cidade de destino, porquanto não teria em mãos a necessária ordem judicial para que deixasse de levar adiante o flagrante obrigatório, a não ser que se admitisse uma absurda execução da diligência pelo próprio magistrado, o que, à evidência, feriria de morte o sistema acusatório e a garantia da imparcialidade. Por consequência, o objetivo inerente à ação controlada de se identificar os demais integrantes dessa organização criminosa especializada em falsificação de moeda restaria prejudicado, porquanto, ausente a prévia autorização judicial para a ação controlada, ver-se-ia a autoridade policial obrigada a efetuar a prisão em flagrante de apenas um de seus membros. Daí a importância de se permitir que a ação controlada possa ser executada pela autoridade policial independentemente de prévia autorização judicial, postergando-se o momento do flagrante obrigatório.

Se, de um lado, o art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, dispensa prévia autorização judicial para a execução da ação controlada, do outro, passa a exigir que o retardamento da intervenção policial ou administrativa seja *comunicado* com antecedência ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público. O objetivo dessa comunicação prévia é dar conhecimento ao juiz competente e ao órgão do Ministério Público acerca do retardamento da intervenção policial ou administrativa. Logo, a depender das peculiaridades do caso concreto, a autoridade judiciária poderá estabelecer os limites da ação controlada.

Os limites que podem ser impostos pelo juiz à ação controlada são de duas espécies:

a) temporais: em tese, é possível que o juiz estabeleça um prazo máximo de duração da ação controlada, findo o qual a autoridade policial seria obrigada a representar pelo prosseguimento da medida, já, então, sob o controle judicial;

b) funcionais: diante da possibilidade de dano a bens jurídicos de maior relevância, deve o juiz determinar a pronta intervenção da autoridade policial. Como exposto anteriormente, apesar de os dispositivos legais referentes à ação controlada não estabelecerem qualquer restrição quanto à espécie de infração penal, é no mínimo temerário admitir a utilização dessa técnica especial de investigação quando se tratar de crimes instantâneos ou quando houver a possibilidade de progressão criminosa.[156] Afinal, eventual retardamento da intervenção policial ou administrativa poderia acarretar um prejuízo ainda maior para o bem jurídico tutelado.

Com essa comunicação prévia, o legislador também visa evitar que uma autoridade corrupta utilize a ação controlada como justificativa para o fato de ter permanecido inerte diante de situação de flagrância na qual estava obrigada a agir. Explica-se: na vigência da legislação pretérita, a ação controlada era executada sem prévia autorização judicial e sem que houvesse necessidade de comunicação anterior ao juiz e ao órgão ministerial. Assim, quando uma autoridade corrupta era flagrada deixando de efetuar a prisão em flagrante de crimes praticados por organizações criminosas – lembre-se que o flagrante é obrigatório para as autoridades policiais e seus agentes (CPP, art. 301) –, incorrendo, em tese, no crime de prevaricação (CP, art. 319), ou até mesmo nos próprios crimes praticados pela organização criminosa, já que trata de garantidor que concorreu para a prática delituosa ao se omitir no cumprimento de dever imposto por lei (CP, art. 13, § 2º), era comum que sustentasse que, na verdade, tinha postergado o flagrante por força da ação controlada, haja vista seu interesse em obter mais informações quanto aos demais integrantes do grupo.

156. A progressão criminosa necessariamente desdobra-se em duas condutas. Num primeiro momento, o agente quer praticar o crime menos grave, e o faz (v.g., lesão corporal). Depois, resolve consumar uma afetação jurídica mais gravosa (no mesmo exemplo, homicídio). Nesse caso, como os bens jurídicos afetados são conexos, inseridos na mesma linha de desdobramento da ofensa, o crime menor será absorvido pelo delito mais grave.

De se notar, então, que o objetivo da Lei nº 12.850/13 foi pôr fim a essa verdadeira *ação controlada descontrolada*, vigente à época da Lei nº 9.034/95, quando não havia necessidade de prévia autorização judicial, nem tampouco de comunicação ao juiz competente. Doravante, a ação controlada na Lei das Organizações Criminosas continua sendo passível de execução sem prévia autorização judicial, o que, de certa forma, vem ao encontro da otimização dessa importante técnica especial de investigação. Do outro, de modo a se obter maior controle na execução dessa medida, sua execução deve ser precedida de comunicação à autoridade judiciária competente, que, ouvido o Ministério Público, poderá estabelecer certos limites a sua execução.

Essa comunicação imediata ao juiz competente também é importante para afastar a responsabilidade criminal das autoridades por eventual crime de prevaricação nas hipóteses em que a situação de flagrante se dissipar. Em outros termos, se a execução da ação controlada tiver sido devidamente comunicada ao juiz, toda e qualquer dilação levada a efeito pela autoridade policial (ou administrativa) em fiel observância aos limites temporais e materiais fixados pelo magistrado competente estará acobertada pelo estrito cumprimento do dever legal. Logo, se, a despeito da devida observação e acompanhamento, o objeto da ação controlada lograr êxito em se evadir, evitando a situação de flagrância, não há falar em responsabilização da autoridade pelo crime do art. 319 do CP. No entanto, subsiste eventual responsabilidade penal e administrativa se restar demonstrado que houve desvio de finalidade por parte do agente.

Como a quase totalidade dos ilícitos relativos ao tráfico de drogas para cuja investigação se faz necessária a ação controlada são cometidos por meio de organizações criminosas, não se pode descartar a possibilidade de se utilizar, por empréstimo, a regulamentação constante da Lei nº 12.850/13, dispensando-se prévia autorização judicial.[157]

Nesse sentido, referindo-se à sistemática vigente à época da Lei nº 9.034/95, Mendonça e Carvalho observam que "a ação controlada, em regra, necessita urgência e a exigência de autorização judicial poderia inviabilizar a efetividade da diligência. Justamente por isto, na prática, em caso de investigação de tráfico de drogas, a Polícia requer autorização judicial prévia, já no início das investigações, para realização de ações controladas, caso as situações de fato se apresentem".[158]

15.2. Flagrante prorrogado, retardado ou diferido.

Como visto anteriormente, nas hipóteses da Lei de Drogas e da Lei de Organizações Criminosas, a ação controlada funciona como uma autorização legal para que a prisão em flagrante seja retardada ou protelada para outro momento, que não aquele em que o agente está em uma situação de flagrância (CPP, art. 302). Daí por que é chamada de flagrante prorrogado, retardado, protelado ou diferido. Apresenta-se, pois, como uma mitigação ao flagrante obrigatório, que determina que as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de efetuar a prisão em flagrante sempre que se deparam com alguém em situação de flagrância (CP, art. 301). A título de exemplo, supondo-se uma situação de flagrância envolvendo a prática de roubo por organização criminosa especializada na subtração de cargas, a despeito da obrigação de efetuar a prisão em flagrante por parte da autoridade policial – flagrante obrigatório (CPP, art. 301, 2ª parte) –, esta poderá deixar de fazê-lo, a fim de que seja capaz de identificar os demais integrantes do grupo, assim como o local em que a *res furtiva* é guardada.

Pelo menos enquanto houver sequência de acompanhamento da situação de flagrante próprio, impróprio ou presumido, nos termos dos incisos do art. 302 do Código de Processo Penal, será possível a execução da prisão dentro dos critérios da prisão em flagrante. Exemplificando, se as autoridades policiais perseguirem determinado integrante de uma organização criminosa logo após a prática do crime, sem solução de continuidade, e sem que o criminoso perceba a perseguição policial, nada impede ulterior prisão em flagrante, haja vista a presença de flagrante impróprio (CPP, art. 302, III).[159]

157. Na vigência da revogada Lei nº 9.034/95, cuja ação controlada também dispensava prévia autorização judicial, era firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que tal medida podia ser executada sem anterior autorização do juiz competente, mesmo se utilizada para a prisão referente a tráfico de drogas: STJ, 5ª Turma, HC 119.205/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 29/09/2009, DJe 16/11/2009. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, RHC 29.658/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 02/02/2012, DJe 08/02/2012.

158. MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 280.

159. Nessa linha: MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 50. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a ausência de autorização judicial no flagrante retardado (ação controlada) não tem o condão de tornar ilegal ulterior prisão em flagrante, vez que o instituto visa a proteger o trabalho investigativo, afastando eventual responsabilidade criminal ou administrativa por parte do agente policial. A propósito, confira-se: STJ, 5ª Turma, HC 424.553/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21/08/2018,

Todavia, se, por ocasião da descoberta dos elementos probatórios mais relevantes, não houver qualquer situação de flagrância, a autoridade policial não poderá realizar a prisão em flagrante pelo ato pretérito que foi tolerado visando à eficácia da investigação. Se a ação controlada envolvendo crimes praticados por organizações criminosas independe de prévia autorização judicial, seria no mínimo temerário concluir que a autoridade policial passaria a ter discricionariedade plena para efetuar a prisão quando melhor lhe aprouvesse, sem qualquer limitação temporal e independentemente de situação de flagrância ou de ordem do juiz competente. Como a própria Constituição Federal estabelece que ninguém será preso *senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente* (art. 5º, LXI), a prisão a ser efetuada nesse momento posterior estará condicionada à verificação de situação de flagrância (v.g., a localização da carga roubada com os receptadores autoriza a prisão em flagrante por se tratar, a receptação, de crime permanente), ou à decretação prévia de eventual prisão preventiva e/ou temporária.[160]

Em ambas as hipóteses acima referidas, a ação controlada deve ser executada pela autoridade policial com a máxima cautela, de modo a se evitar que os autores da infração penal escapem da persecução penal. Nesse sentido, a Lei nº 12.850 deixa claro que o procedimento investigatório em questão deve ser levado a efeito mediante observação e acompanhamento das ações praticadas por organizações criminosas. Aliás, consoante disposto em seu art. 9º, se a ação controlada envolver transposição de fronteiras (delitos transnacionais), o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.[161]

A Lei de Drogas, por sua vez, condiciona a execução da ação controlada ao conhecimento do itinerário provável e da identificação dos agentes do delito ou de seus colaboradores (art. 53, parágrafo único). Do contrário, autorizar o trânsito de pessoas carregando drogas sem se ter noção do provável itinerário colocaria em risco a própria eficácia do procedimento investigatório.

Se, a despeito de toda a cautela empregada, não for possível a identificação e prisão dos demais agentes – ou até mesmo dos primeiros criminosos identificados –, não há falar em crime de prevaricação (CP, art. 319), a não ser que fique evidenciado que o flagrante não foi efetuado pela autoridade policial para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

15.3. Entrega vigiada.

Uma das técnicas mais tradicionais de ação controlada é a entrega vigiada,[162] cujo objetivo é a identificação do maior número possível de agentes do esquema criminoso, bem como localização dos ativos ocultos, e descoberta de outras fontes de prova. Ganhou este nome justamente por denotar fielmente aquilo que representa: entrega vigiada, porque as remessas ilícitas de drogas, armas, etc., são monitoradas do ponto de partida até o destino final, com identificação dos agentes envolvidos na prática delituosa.

De acordo com o art. 2º, alínea "i", da Convenção de Palermo, **entrega vigiada** é a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.

A entrega vigiada surgiu como técnica de monitoramento de remessas ilícitas de substâncias entorpecentes. Com o passar dos anos, todavia, deixou de ser um procedimento investigatório de uso exclusivo para fins de enfrentamento ao tráfico de drogas, já que sua aplicação foi estendida para o combate do tráfico de armas, da lavagem de dinheiro, joias ou qualquer outro bem de valor (v.g., obras de arte), com previsão em diversos tratados internacionais.

A entrega vigiada pode ser classificada da seguinte forma:

a) **entrega vigiada limpa (ou com substituição)**: as remessas ilícitas são trocadas antes de serem entregues ao destinatário final por outro produto

DJe 28/08/2018; STJ, 6ª Turma, REsp 1.655.072/MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 12/12/2017, DJe 20/02/2018.

160. Com entendimento semelhante: BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 724.

161. Em seu sistema organizacional, a Polícia Federal dispõe de uma Coordenação-Geral de Cooperação Internacional (CIGE), composta por um serviço de cooperação policial, que é exatamente a "Interpol", além de outros setores de suporte a essa espécie de atividade, consoante disposto no art. 2º, VI, da Portaria MJ nº 2.877/11, que aprovou o Regimento Interno do Departamento de Polícia Federal.

162. Parte minoritária da doutrina sustenta que a entrega vigiada não se confunde com a ação controlada. Nesse contexto: RASCOVSKI, Luiz. *Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83. No sentido de que a entrega controlada nada mais é do que uma modalidade de ação controlada, dilatando as possibilidades de atuação para momento oportuno: BITENCOURT; BUSATO. Op. cit. p. 142.

qualquer, um simulacro, afastando-se o risco de extravio da mercadoria;

b) **entrega vigiada suja (ou com acompanhamento)**: a encomenda segue seu itinerário sem alteração do conteúdo. Portanto, a remessa ilícita segue seu curso normal sob monitoramento, chegando ao destino sem substituição do conteúdo. À evidência, como não há substituição da mercadoria, esta espécie de entrega vigiada demanda redobrado monitoramento, exatamente para atenuar o risco de perda ou extravio de objetos ilícitos.[163]

Seção III
Da Infiltração de Agentes

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

16. INFILTRAÇÃO DE AGENTES.

16.1. Conceito e previsão normativa.

Integrante da estrutura dos órgãos policiais, o agente infiltrado é introduzido dissimuladamente em uma organização criminosa, passando a agir como um de seus integrantes, ocultando sua verdadeira identidade, com o objetivo precípuo de identificar fontes de prova e obter elementos de informação capazes de permitir a desarticulação da referida associação.

No ordenamento jurídico pátrio, é possível chegarmos a uma definição comum de agente infiltrado, observando-se algumas características que lhe são inerentes: a) agente policial; b) atuação de forma disfarçada, ocultando-se a verdadeira identidade; c) prévia autorização judicial; d) inserção de forma estável, e não esporádica, nas organizações criminosas; e) fazer-se passar por criminoso para ganhar a confiança dos integrantes da organização; f) objetivo precípuo de identificação de fontes de provas de crimes graves.[164]

Com natureza jurídica de técnica especial de investigação passível de utilização em qualquer fase da persecução penal, o agente infiltrado está previsto na Lei de Drogas, cujo art. 53, inciso I, dispõe que, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, é permitida a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes. Sua utilização também é cabível em relação aos crimes de lavagem de capitais (Lei n. 9.613/98, art. 1º, §6º, incluído pela Lei n. 13.964/19).

Com esta mesma simplicidade assustadora para tratar de instituto tão complexo, e, por isso, tão polêmico, também havia previsão legal do agente infiltrado na revogada Lei nº 9.034/95. Sem maior detalhamento ou regulamentação, o art. 2º, inciso V, da antiga Lei das Organizações Criminosas, limitava-se apenas a dizer que, em qualquer fase da persecução criminal, era possível a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Se, até bem pouco tempo atrás, a infiltração policial era tratada de forma omissa e lacunosa, a nova Lei das Organizações Criminosas (arts. 10, 10-A, 11, 12, 13 e 14) passou a dispensar maior atenção à matéria, tratando de regulamentar este importante procedimento investigatório ao prever, por exemplo, seus requisitos, prazo de duração, legitimidade para o requerimento, necessidade de oitiva do órgão ministerial, controle jurisdicional prévio, tramitação sigilosa do pedido de infiltração,

163. Segundo Luiz Rascovski (op. cit. p. 124), há uma outra espécie de entrega vigiada, denominada de interdição: trata-se de espécie anômala de entrega vigiada, pois nesta modalidade a entrega da remessa ilícita ao seu destino é interrompida com a sua apreensão, porém desde que atingidos os objetivos de desmantelamento da organização criminosa.

164. Nesse contexto: NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

outorgando, ademais, diversos direitos ao agente infiltrado.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, internalizada pelo Decreto nº 5.015/2004, também faz menção à infiltração em seu art. 20: "Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as *operações de infiltração*, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada" (nosso grifo).

De modo semelhante ao que ocorre com a colaboração premiada, muito se discute acerca da validade da infiltração policial à luz da ética. A crítica se baseia na utilização da fraude e da mentira pelo agente infiltrado, e na conivência do Estado com a utilização dessa técnica especial de investigação, quando fornece, de maneira imoral, um de seus agentes para a execução dessa operação. Em síntese, se a finalidade das penas é a confirmação das normas éticas, a partir do momento em que o próprio Estado viola esses preceitos éticos para lograr a aplicação de uma pena, estar-se-ia demonstrando que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe a assegurar.

Para Antônio Magalhães Gomes Filho, cuida-se "de procedimento cuja legitimidade ética e jurídica é cada vez mais contestada em sociedades mais avançadas, como a alemã e a norte-americana, pois é incompatível com a reputação e dignidade da Justiça Penal que seus agentes se prestem a envolver-se com as mesmas práticas delituosas que se propõem a combater; e mesmo as eventuais provas resultantes dessas operações terão sido conseguidas através de instigação, simulação ou outros meios enganosos, e portanto de duvidosa validade. De outro lado, não constitui heresia supor que, entre nós, sobretudo pela notória má remuneração atribuída aos agentes policiais, tais expedientes encerrariam um sério risco de atraírem para a criminalidade pessoas que, por sua ligação com as estruturas oficiais, teriam excepcionais condições para se integrarem às mesmas associações criminosas, incrementando suas atividades ilegais".[165]

Mais uma vez somos obrigados a discordar. Os tradicionais meios de obtenção de prova previstos na legislação processual penal têm se mostrado ineficazes para fazer frente à expansão das organizações criminosas, daí por que o Estado precisa se valer de novas técnicas especiais de investigação. Como essas técnicas caracterizam-se pelo emprego do sigilo e da dissimulação, certamente serão tidas como mais agressivas contra os criminosos, porquanto trazem consigo maior restrição não apenas à liberdade de locomoção, mas também a outros direitos fundamentais. Isso, no entanto, não autoriza qualquer conclusão no sentido da sua inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, porque se trata de procedimento investigatório que demanda prévia autorização judicial. Segundo, porque sua utilização é medida de *ultima ratio* (Lei nº 12.850/13, art. 10, § 2º). Em conclusão porque, à luz do princípio da proporcionalidade, a periculosidade social inerente às organizações criminosas acaba justificando o emprego de procedimentos investigatórios mais invasivos, sem os quais os órgãos estatais não seriam capazes de localizar fontes de prova e coligir elementos de informação necessários para a persecução penal.[166]

16.2. Atribuição para a infiltração: agentes de polícia.

A revogada Lei nº 9.034/95 autorizava a infiltração de agentes de polícia *ou de inteligência*.[167]

Em consonância com a Lei de Drogas (art. 53, I), a nova Lei das Organizações Criminosas faz referência apenas à infiltração por *agentes de polícia*. O art. 190-A do ECA, incluído pela Lei n. 13.441/17, também é explícito ao fazer referência à infiltração virtual de agentes de polícia. Em sentido semelhante, ao tratar da infiltração virtual na internet no art. 10-A da Lei n. 12.850/13, incluído pelo Pacote Anticrime, o legislador refere-se apenas à ação de agentes de polícia. Por consequência, o ideal é concluir que a ação infiltrada pode ser executada exclusivamente por agentes de polícia,

165. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Também em matéria processual provoca inquietação a Lei Anti-Crime Organizado*, In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, nº 13, p. 01, fev. 1994.

166. Com entendimento semelhante: PEREIRA, Flávio Cardoso. *A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência*. In Limites Constitucionais da Investigação. Luiz Flávio Gomes, Pedro Taques, Rogério Sanches Cunha (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

167. Para mais detalhes acerca do conceito de agente de inteligência, remetemos o leitor ao item 16.7.1. ("Distinção entre agente infiltrado, informante, denunciante anônimo, agente de inteligência, colaborador, agente encoberto e agente policial disfarçado").

não mais por agentes do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) e da Agência Brasileira de Inteligência (Abin). Como se trata, a infiltração de agentes, de técnica especial de investigação, devem ser entendidos como *agentes de polícia* apenas as autoridades policiais que tenham atribuição para a apuração de infrações penais. A depender da natureza da infração penal investigada, a atribuição para a infiltração deverá recair sobre autoridade policial diversa, senão vejamos:

1) **Crime militar:** em se tratando de crime militar, a atribuição para a infiltração deverá recair sobre a autoridade de polícia judiciária militar, a quem compete determinar a instauração de inquérito policial militar (IPM), seja no âmbito das Polícias Militares ou dos Corpos de Bombeiros, nos crimes da alçada da Justiça Militar Estadual, seja no âmbito do Exército, da Marinha ou da Aeronáutica, em relação aos crimes militares de competência da Justiça Militar da União;

2) **Crime eleitoral:** na hipótese de crimes da competência da Justiça Eleitoral, a qual é tida como uma Justiça da União, a atribuição para a infiltração recai, precipuamente, sobre a Polícia Federal. Todavia, como já se pronunciou o próprio Tribunal Superior Eleitoral, verificando-se a prática de crime eleitoral em município onde não haja órgão da Polícia Federal, nada impede que sua investigação seja levada a efeito pela Polícia Civil. Portanto, a atribuição legal da Polícia Federal para a investigação de crimes eleitorais não exclui a atribuição subsidiária da autoridade policial estadual, quando se verificar a ausência de órgão da Polícia Federal no local da prática delituosa;[168]

3) **Crime comum da competência da Justiça Federal:** a atribuição para a infiltração incide sobre a Polícia Federal. Afinal, de acordo com o art. 144, § 1º, I, primeira parte, da Constituição Federal, à Polícia Federal incumbe a apuração de infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas. Ademais, de acordo com o art. 144, § 1º, IV, da Carta Magna, cabe à Polícia Federal exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União;[169]

4) **Crime comum da competência da Justiça Estadual:** as investigações devem ser presididas, em regra, pela Polícia Civil. No entanto, por força da própria Constituição Federal, também é possível a atuação da Polícia Federal. Deveras, de acordo com o art. 144, § 1º, I, *in fine*, da Constituição Federal, à Polícia Federal também incumbe a apuração de infrações penais cuja prática tenha *repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.* O diploma normativo a que se refere o dispositivo é a Lei nº 10.446/02, cujo art. 1º preceitua que, *quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme*, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Civis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais: I – sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro, se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima; II – formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do art. 4º da Lei nº 8.137/90); III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; IV – furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de *quadrilha ou bando* (hoje, associação criminosa) em mais de um Estado da Federação; V – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e venda, inclusive pela internet, depósito ou distribuição do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (art. 273 do Código Penal) – este inciso V foi incluído pela Lei n. 12.894/13; VI – furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, incluindo agências bancárias ou caixas eletrônicos, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação (Incluído pela Lei n. 13.124/15). Ademais, segundo o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.446/02, verificada a repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça. Outrossim, por força do art. 11 da Lei n. 13.260/16, também incumbe à Polícia Federal a investigação criminal dos delitos de terrorismo.

168. Nesse sentido: TSE, HC 439, Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso, DJ 27/06/2003.

169. A Polícia Federal dispõe de uma Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado (DICOR), nos termos do art. 2º, IX, da Portaria MJ 2.877/2011, que aprovou o Regimento Interno do Departamento de Polícia Federal.

16.2.1. (Im)possibilidade de infiltração de particulares.

Os quatro dispositivos legais que cuidam do agente infiltrado no ordenamento jurídico pátrio – art. 53, inciso I, da Lei nº 11.343/06, arts. 10 e 10-A da Lei nº 12.850/13, e art. 190-A do ECA, incluído pela Lei n. 13.441/17 – deixam entrever que não se admite a infiltração de particulares. Logo, na hipótese de infiltração de "gansos" ou "informantes" – civis que prestam serviços esporádicos aos organismos policiais sem qualquer hierarquia funcional –, ter-se-á verdadeira prova ilícita.[170]

No entanto, caso um dos integrantes da organização criminosa resolva colaborar com as investigações para fins de ser beneficiado com a celebração de possível acordo de colaboração premiada, há quem entenda ser possível que o colaborador atue de modo infiltrado. Nesse caso, por mais que esse colaborador não seja servidor policial, desde que haja autorização judicial para a conjugação dessas duas técnicas especiais de investigação – colaboração premiada e agente infiltrado –, é possível que o colaborador mantenha-se infiltrado na organização criminosa com o objetivo de coletar informações capazes de identificar os demais integrantes do grupo.[171] A nosso juízo, na hipótese de se buscar informações sobre o crime organizado mediante o oferecimento de prêmios legais aos seus próprios integrantes, estimulando-os a se manterem associados para obter mais informações acerca da organização criminosa objeto da investigação, não há falar em infiltração de agentes, mas sim em mera colaboração premiada.[172]

16.3. Requisitos para a infiltração.

Por força dos arts. 10, 10-A e 11 da Lei nº 12.850/13, a infiltração policial está condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos, cuja inobservância pode acarretar a nulidade da prova assim obtida (Lei n. 12.850/13, art. 10-A, §7º, incluído pela Lei n. 13.964/19):

a) **prévia autorização judicial**: quando a revogada Lei nº 9.034/95 foi aprovada pelo Congresso Nacional, a infiltração de agentes policiais estava prevista em seu art. 2º, inciso I, nos seguintes termos: "a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade". Como se percebe, nos termos em que foi aprovado, o referido dispositivo legal permitia a infiltração policial *independentemente de prévia autorização judicial.* Por tal motivo, e pelo fato de conceder expressa autorização legal para que o agente infiltrado cometesse crimes, o art. 2º, inciso I, da revogada Lei nº 9.034/95, acabou sendo vetado pelo Presidente da República (mensagem nº 483, de 3 de maio de 1995). Daí a origem da Lei nº 10.217/01, que reintroduziu a figura do agente infiltrado à revogada Lei nº 9.034/95, inserindo-o no inciso V do art. 2º, porém com expressa menção à necessidade de *circunstanciada autorização judicial.* Na mesma linha que a revogada Lei nº 9.034/95, o art. 10, *caput,* da Lei nº 12.850/13, também dispõe que a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação deverá ser precedida de *circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.* Por sua vez, consoante disposto no art. 10-A, caput, da Lei n. 12.850/13, incluído pelo Pacote Anticrime, a infiltração virtual na internet está sujeita aos mesmos requisitos do caput do art. 10. Nessa linha, aliás, o art. 10-A, §2º, prevê que, na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir sobre a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, ouvirá o Ministério Público. Em sentido semelhante, o art. 190-A, inciso I, do ECA, incluído pela Lei n. 13.441/17, também prevê que a infiltração policial virtual ali prevista será *precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada*, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público. Em fiel observância ao art. 93, IX, da Constituição Federal, esta autorização judicial deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade absoluta. Para além de fazer menção à duração razoável da infiltração, a decisão judicial também deve indicar certas diretrizes a serem observadas pelo agente infiltrado (v.g., abstenção de prática de crimes de dano),[173] além da descrição detalhada dos

170. Nessa linha: CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos.* Série Legislação Penal Especial. Organizadores: Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 82.

171. É nesse sentido a lição de Vladimir Aras (Técnicas especiais de investigação. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 429). O autor afirma que, em 2005, na operação TNT, o MPF no Paraná fez uso dessa técnica conjugada, sob a coordenação do Procurador Regional da República Januário Paludo, tendo o colaborador "Xis" realizado interceptação ambiental mediante autorização judicial do juiz Sérgio Moro, de Curitiba.

172. Com entendimento semelhante: BITENCOURT; BUSATO. Op. cit. p. 167.

173. Para Vladimir Aras (Op. cit. p. 435), deve haver uma vedação ao concurso em delitos sexuais ou crimes violentos (dolosos contra a vida) e a tortura, porém a decisão judicial pode autorizar o agente infiltrado a transportar pessoas e produtos ilícitos, de modo a facilitar a descoberta e a prova de uma determinada infração penal. No plano internacional, a figura do agente infiltrado é utilizada quase sempre permitindo que

procedimentos investigatórios que poderão ser por ele produzidos, na medida em que o sucesso dessa medida depende de sua combinação com outros procedimentos investigatórios (v.g., apreensão de objetos, gravações ambientais e/ou telefônicas, vigilância eletrônica, etc.). Afinal, a infiltração não pode constituir uma "carta branca" para violações, realizáveis pela discricionariedade (ou arbitrariedade) do próprio agente infiltrado. Logo, há necessidade de autorização e monitoramento para que, antes mesmo da violação do direito, possa o juiz fazer tal julgamento, autorizando ou não, nos limites legais, a violação de uma garantia fundamental. Fosse o agente infiltrado obrigado a buscar autorização judicial para cada situação vivenciada durante a execução da operação, haveria evidente prejuízo à eficácia desse procedimento investigatório, além de colocar em risco a própria segurança do policial. Daí a importância de o magistrado, ao conceder a autorização judicial para a infiltração, pronunciar-se, desde já, quanto à execução de outros procedimentos investigatórios. De mais a mais, também deve constar determinação expressa no sentido de que haja uma equipe de policiais que prestem apoio constante ao agente infiltrado, viabilizando eventual proteção caso sua verdadeira identidade seja revelada;

b) ***fumus comissi delicti* e *periculum in mora*:** de modo semelhante ao que ocorre com outras técnicas especiais de investigação, a infiltração de agentes de polícia está condicionada à existência de elementos indiciários da existência de crimes praticados por organizações criminosas (*fumus comissi delicti*). A propósito, o art. 10, § 2º, primeira parte, da Lei nº 12.850/13, dispõe expressamente que a infiltração será admitida *se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º*.[174] Em sentido semelhante, o art. 10-A, §3º, da Lei n. 12.850/13, incluído pelo Pacote Anticrime, dispõe que será admitida a infiltração virtual na internet se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º da Lei das Organizações Criminosas e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis. Não se faz necessária a prova cabal da existência da organização criminosa, até mesmo porque, fosse isso necessário, não haveria motivo para a produção de quaisquer outros elementos de informação. Face a complexidade dos crimes decorrentes de organizações criminosas, geralmente praticados por agentes residentes em estados e/ou países diversos, o que acaba dificultando a identificação de todos os integrantes, o dispositivo legal sob comento não exige a presença de indícios de autoria (ou de participação), como se faz necessário, por exemplo, para a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312). Na verdade, basta a presença de indícios de infração penal de que trata o art. 1º da Lei nº 12.850/13. Prova disso, aliás, é o quanto previsto no art. 11 da Lei nº 12.850/13: ao tratar dos requisitos do pedido de infiltração, o dispositivo deixa claro que a indicação de nomes ou apelidos dos membros da organização criminosa deve ser feita apenas *quando possível*. *Na mesma linha, ao tratar da infiltração virtual na internet, o art. 10-A, caput, da Lei n. 12.850/13, autoriza a sua utilização desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas.* Em relação ao *periculum in mora*, há de ser levado em consideração o risco ou prejuízo que a não realização imediata dessa diligência poderá representar para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para evitar a prática de novas infrações penais (CPP, art. 282, I);

c) **indispensabilidade da infiltração:** de aplicação subsidiária e complementar, a infiltração só deve ser admitida quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis (*ultima ratio*). Por força do princípio da proporcionalidade – subprincípio da necessidade –, dentre diversas medidas investigatórias idôneas a atingir o fim proposto, deve o magistrado buscar aquela que produza menores restrições à esfera de liberdade individual do agente. Enfim, a infiltração deve ser precedida por outros meios de obtenção de prova, mesmo que igualmente invasivos, como, por exemplo, a interceptação das comunicações telefônicas. Considerando-se, então, os riscos inerentes à infiltração de agentes de polícia e o grau de invasão inerente à adoção dessa técnica especial de investigação, antes de adotá-la, deve o magistrado verificar se não há outro meio de prova ou de obtenção de prova menos invasivo (v.g., prova testemunhal, pericial, busca domiciliar, etc.). Daí dispor o art. 10, § 2º, *in fine*, da Lei nº 12.850/13, que a infiltração será admitida apenas se a prova não puder ser produzida por outros

sejam praticadas algumas condutas criminosas que não afetem interesse individual ou o afetem de forma proporcional, ou que somente atinjam a bens supraindividuais como, por exemplo, na compra de drogas em que teoricamente se atinge a saúde pública.

174. No mesmo sentido, consoante disposto no art. 190-A, II, do ECA, incluído pela Lei n. 13.441/17, a infiltração policial virtual dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterá a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadas trais que permitam a identificação dessas pessoas.

meios disponíveis. O art. 10-A, §3º, in fine, da Lei n. 12.850/13, incluído pelo Pacote Anticrime, prevê regramento semelhante;

d) **anuência do agente policial**: consoante disposto no art. 14, I, da Lei nº 12.850/13, o agente policial tem o *direito de recusar ou fazer cessar* a atuação infiltrada. Como se percebe, eventual recusa do agente policial em participar da infiltração não caracteriza insubordinação, nem tampouco violação aos seus deveres funcionais. É um direito do agente policial.[175] Com efeito, diante do grau de periculosidade envolvido na infiltração policial, a própria Lei determina que o agente policial deve, voluntariamente, manifestar seu interesse em participar da operação, daí por que sua prévia anuência deve ser apontada como verdadeiro requisito para a realização desse procedimento investigatório.

16.4. Duração da infiltração.

Consoante disposto no art. 10, § 3º, da Lei nº 12.850/13, a infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

Esse prazo de 6 (seis) meses é o prazo-limite para cada autorização judicial, o que não impede o juiz de conceder a autorização por prazo inferior, caso entenda ser tal prazo suficiente para auxiliar nas investigações. De mais a mais, como a própria Lei estabelece que o agente infiltrado pode fazer cessar a atuação infiltrada, é evidente que a execução desse procedimento investigatório pode ser interrompida a qualquer momento, se acaso houver risco à integridade física do agente policial.

Havendo necessidade de renovação do prazo, esta deve se dar antes do decurso do prazo fixado na decisão originária, evitando-se uma solução de continuidade na realização da infiltração. Como o controle judicial deve ser prévio, seja no tocante à concessão inicial da infiltração, seja em relação à renovação do prazo, se a infiltração se prolongar por período "descoberto" de autorização judicial, os elementos probatórios aí obtidos devem ser considerados inválidos, por violação ao preceito do art. 10, *caput*, da Lei nº 12.850/13, que demanda prévia autorização judicial para a execução da infiltração de agentes.

Como deixa entrever o próprio art. 10, § 3º, da Lei nº 12.850/13, a renovação do prazo da infiltração não pode se dar de maneira automática, sendo imprescindível a existência de decisão fundamentada comprovando que subsiste a necessidade da medida. Portanto, se a prorrogação da medida não for devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente, é perfeitamente possível o reconhecimento da ilicitude da prova, com o consequente desentranhamento das informações obtidas a partir da renovação da infiltração.

Não se exige que o deferimento das renovações seja sempre precedido de relatório circunstanciado da atividade de infiltração, sob pena de se frustrar a rapidez na obtenção da prova e até mesmo a própria segurança do agente infiltrado. Na verdade, este relatório deverá ser apresentado apenas ao final da infiltração policial ou a qualquer tempo, mediante determinação do Delegado de Polícia ou do Ministério Público (Lei nº 12.850/13, art. 10, §§ 3º e 5º).

Ante a redação do art. 10, § 3º, da Lei nº 12.850/13, que faz referência expressa ao prazo de até 6 (seis) meses, *sem prejuízo de eventuais renovações*, parece não haver dúvidas de que o prazo da infiltração pode ser renovado indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Com a crescente profissionalização das organizações criminosas em nosso país, é no mínimo ingênuo acreditar que uma infiltração pelo prazo de 6 (seis) meses possa levar ao esclarecimento dos diversos crimes por ela praticados e à identificação de todos os seus integrantes. A depender da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas investigadas, e desde que demonstrada a razoabilidade da medida, o prazo para a renovação da infiltração pode ser prorrogado enquanto persistir a necessidade da captação das comunicações telefônicas. De qualquer sorte, é no mínimo desaconselhável admitir infiltrações tão longas. A imersão pessoal do agente infiltrado dentro da organização criminosa e o nível de intimidade que se pode esperar de períodos tão extensos pode vir a fragilizar as investigações, expondo o infiltrado a toda sorte de cooptação.[176]

Especial atenção, porém, deverá ser dispensada às infiltrações virtuais. Isso porque, nesse caso, o legislador estabeleceu um limite máximo de 720 (setecentos e vinte) dias. Com efeito, consoante disposto no art. 190-A do ECA, a infiltração policial virtual não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, *desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte)*

175. Se a própria Lei nº 12.850/13 confere ao agente policial o direito de recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada, eventual recusa por parte do servidor público não caracteriza infração funcional ao disposto no art. 116 da Lei nº 8.112/90, que impõe ao servidor o dever de cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais.

176. Nesse contexto: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização da 17ª edição do curso de processo penal em virtude da Lei nº 12.850/13*. Disponível em: http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/. Acesso em 05/11/2013.

dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial (Lei n. 8.069/90, art. 190-A, III, incluído pela Lei n. 13.441/17). Por sua vez, de acordo com o art. 10-A, §4º, da Lei n. 12.850/13, a infiltração virtual na internet será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade.

16.5. Espécies de infiltração.

A doutrina norte-americana aponta a existência de duas espécies de infiltração, consoante o grau de duração:[177]

a) ***light cover:*** espécie de infiltração mais branda, que não demora mais de 6 (seis) meses, esta modalidade não demanda inserção contínua e permanente, nem tampouco mudança de identidade ou perda de contato significativo com a família, sendo que, a depender do caso concreto, pode se resumir a um único encontro para o recolhimento de elementos de informação acerca das atividades ilícitas desenvolvidas pela organização criminosa;

b) ***deep cover:*** são infiltrações que se prolongam por mais de 6 (seis) meses, necessitando de uma imersão mais profunda e complexa no seio da organização criminosa. Por exigir um detalhamento mais abrangente, esta espécie de infiltração geralmente é feita com a mudança de identidade por parte da autoridade policial, assim como perda significativa do contato com sua entidade familiar.

Noutro giro, a infiltração pode acontecer de duas maneiras:[178]

a) **infiltração preventiva:** o agente apenas se infiltra para acompanhar o que acontece, sem adotar nenhuma postura ativa, com a finalidade precípua de intervir no momento da ação policial global que for intentada para o desmantelamento da organização;

b) **infiltração repressiva:** o agente atua efetivamente na organização, cometendo condutas ilícitas inerentes à organização de que momentaneamente faz parte.

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.441/17 e do Pacote Anticrime, também é possível classificar as infiltrações em *presenciais e virtuais (cibernética ou eletrônica).* Enquanto a infiltração prevista na Lei de Drogas e no art. 10 da Lei das Organizações Criminosas têm natureza presencial (física), aquela introduzida no art. 190-A do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 10-A da Lei n. 12.850/13 funcionam como espécie de infiltração virtual (cibernética ou eletrônica), já que não é efetuada no ambiente físico, mas sim pela internet.

16.6. Fases da infiltração policial.

Segundo Flávio Cardoso Pereira,[179] a operação de infiltração policial pode ser subdividida em diversas fases, a saber:

1) **Recrutamento:** divide-se em duas etapas distintas. A primeira delas é a captação, que funciona como um procedimento no sentido de baixo para cima, que situa seu eixo central nas peculiaridades de um sujeito (de baixo) para satisfazer as necessidades institucionais (acima). A segunda etapa é a seleção, que consiste em um procedimento inverso de cima para baixo. Nesta etapa, a Polícia difunde de maneira restrita a informação acerca de suas necessidades, com o objetivo de capacitar o infiltrado, escolhendo o candidato dentro de um rol de agentes pré-selecionados e que apresentam características pessoais e profissionais adequadas a este procedimento investigatório;

2) **Formação:** é introduzido um programa de capacitação básica ao infiltrado, com o objetivo de desenvolver as qualidades consideradas como diferenciais a um agente infiltrado e que correspondem ao perfil traçado no protótipo do modelo de agente a ser formado para a infiltração;

3) **Imersão:** esta fase serve para estabelecer, configurar e implantar uma identidade psicológica falsa em um infiltrado previamente designado, já com uma missão de infiltração concreta, com reais objetivos a serem atingidos;

4) **Especialização da infiltração:** consiste basicamente no aprimoramento da dimensão operativa de inteligência. O objetivo desta fase é assegurar que o agente assuma identidade psicológica falsa

177. Nessa linha: CONSERINO, Cassio Roberto. Op. cit. p. 85. Segundo o autor, uma infiltração *deep cover* autorizada judicialmente foi executada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Operação Lagarta) com a utilização de outros mecanismos probatórios: a) criação de uma empresa de consultoria para a qual o agente prestaria serviços; b) confecção de cartões de visita; c) locação de um imóvel para reuniões sociais; d) confecção de documentos falsos com a mudança de identidade do agente infiltrado, além da utilização de e-mail profissional falso e de outros policiais para monitorar a infiltração e garantir a segurança do agente por ocasião dos encontros com os integrantes da organização criminosa; e) interceptação telefônica e telemática, escuta ambiental, ação controlada, quebra de sigilo fiscal, acesso a operações financeiras, busca e apreensão, sequestro de bens e, por fim, prisão cautelar.

178. Nesse sentido: BRITO, Alexis Couto de. *Crime organizado.* Coordenadores: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 252.

179. PEREIRA, Flávio Cardoso. Op. cit. p. 116-118.

com a certeza de que irá representá-la com o grau máximo de eficácia;

5) **Infiltração propriamente dita:** o agente terá, nesta fase, os primeiros contatos com os integrantes da organização criminosa, geralmente por meios táticos previamente analisados no contexto da atividade de inteligência criminal;

6) **Seguimento:** com o início da identificação de fontes de prova e coleta de elementos de informação acerca da organização criminosa, deve ser desenvolvida uma cobertura técnica com a finalidade de preservar a integridade física e psicológica do agente dentro do ambiente delituoso;

7) **Pós-infiltração:** consiste no procedimento tático em que se buscam as melhores alternativas para a saída do agente infiltrado do ambiente criminoso. O ideal é que esta fase esteja associada a um programa de proteção a vítimas e testemunhas, nos moldes da Lei nº 9.807/99;

8) **Reinserção:** o objetivo desta fase é reintegrar o agente à sua vida pré-infiltração, ajudando-o na recuperação de sua verdadeira identidade junto ao seio familiar e profissional. Como é provável que o agente tenha permanecido inserido no seio da organização criminosa por muito tempo, deve haver intenso acompanhamento médico e psicológico.

16.7. Distinção entre o agente infiltrado e o agente provocador (*entrapment doctrine* ou teoria da armadilha).

O agente infiltrado tem autorização judicial para se infiltrar em determinada organização criminosa com o objetivo de colher elementos capazes de proporcionar seu desmantelamento, devendo agir precipuamente de maneira passiva, não instigando os demais integrantes do bando à prática de qualquer ilícito. Logo, se os agentes de polícia ou de inteligência têm indícios suficientes da existência de uma organização criminosa e nela se infiltram em busca de informações que permitam identificar os diversos ilícitos praticados por seus integrantes, não há falar em crime impossível, porquanto a intenção de delinquir já havia surgido firmemente nos sujeitos que estão praticando as infrações penais, por meio de decisão livre e anterior à intervenção do agente infiltrado.

Consequentemente, na hipótese de as informações prestadas pelo agente infiltrado serem úteis para a prisão em flagrante de determinados integrantes da organização criminosa, este *flagrante esperado* será plenamente válido. No entanto, se a autoridade policial que estiver monitorando seu agente infiltrado entender que a prisão em flagrante naquele momento pode se revelar inoportuna sob o ponto de vista probatório, afigura-se válida a prorrogação daquela medida para outro momento temporal e espacial mais adequado (ação controlada).

Como se percebe, a depender das circunstâncias do caso concreto, se a infiltração visar tão somente a identificação de uma situação de flagrância de modo a permitir a captura de determinados integrantes da organização criminosa, este procedimento investigatório poderá ser utilizado sem a utilização concomitante da ação controlada (Lei nº 12.850/13, arts. 8º e 9º). No entanto, se as autoridades responsáveis pela persecução penal entenderem que o flagrante deve ser postergado para um momento mais oportuno sob o ponto de vista da colheita de provas, é possível que o procedimento investigatório do agente infiltrado seja utilizado em conjunto com a ação controlada (Lei nº 12.850/13, arts. 8º e 9º, c/c arts. 10 a 14).

Noutro giro, a atuação do **agente provocador (*entrapment doctrine* ou teoria da armadilha)**, geralmente realizada sem prévia autorização judicial, caracteriza-se pela indução de alguém à prática de determinado ilícito, sem que esta pessoa tivesse previamente tal propósito, hipótese na qual se viola o direito fundamental de não se autoacusar e o da amplitude de defesa, comprometidos pelo engano provocado pelo agente infiltrado. Em síntese, como observa a doutrina,[180] caracteriza-se, o agente provocador, pela presença dos seguintes elementos: a) efetiva incitação por parte do agente provocador determinando a vontade delituosa do indivíduo provocado (elemento objetivo); b) vontade de determinar a prática de um crime para possibilitar a punição de seu autor (elemento subjetivo); c) adoção de medidas de precaução para evitar que o crime provocado se consume.

Quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente à prática do delito com o objetivo de responsabilizá-lo criminalmente, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consume, prevalece o entendimento de que haverá crime impossível, em virtude da ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17). Nesses casos de atuação de agente provocador, o suposto autor do delito não passa de um protagonista inconsciente de uma comédia, cooperando para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou da simulação

180. SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*, cit. p. 108-109.

da exterioridade de um crime. Exemplificando, suponha-se que, após prender o traficante de uma pequena cidade e com ele apreender seu computador pessoal no qual consta um cronograma de distribuição de drogas, a autoridade policial passe a efetuar ligações aos usuários, simulando uma venda de droga. Os usuários comparecem, então, ao local marcado, efetuando o pagamento pela aquisição da droga. Alguns minutos depois, são presos por agentes policias que se encontravam à paisana, sendo responsabilizados pela prática do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Nesse caso, diante da atuação do agente provocador, estará caracterizado o flagrante preparado, como espécie de crime impossível, em face da ineficácia absoluta dos meios empregados. Logo, diante da ausência de vontade livre e espontânea dos autores e da ocorrência de crime impossível (CP, art. 17), a conduta deve ser considerada atípica. Cuidando-se de flagrante preparado, e, por conseguinte, ilegal, pois alguém se vê preso em face de conduta atípica, afigura-se cabível o relaxamento da prisão pela autoridade judiciária competente (CF, art. 5º, inciso LXV). Sobre o assunto, confira-se o teor da Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". A leitura da súmula fornece os dois requisitos do flagrante preparado: preparação e não consumação do delito. Logo, mesmo que o agente tenha sido induzido à prática do delito, porém operando-se a consumação do ilícito, haverá crime e a prisão será considerada legal.

Em síntese, para serem válidas em juízo, "as provas colhidas pelo *undercover agent* devem derivar de atos preparatórios iniciados espontaneamente pelo investigado, ou devem resultar de *iter criminis* por ele percorrido também espontaneamente. Cabe ao Ministério Público provar que não houve instigação e que o crime teria ocorrido mesmo sem a infiltração policial. Qualquer prova que tenha sido obtida por provocação do agente infiltrado é inadmissível, por ilicitamente obtida".[181]

Não por outro motivo, em caso concreto envolvendo a infiltração de agente policial em associação criminosa voltada ao tráfico de drogas, concluiu o STJ que, diante da inexistência de induzimento à prática delituosa, não seria possível qualquer questionamento em relação à legalidade da prisão e ulterior condenação pelo crime de tráfico de drogas. Afinal, se as provas produzidas comprovaram que o acusado, não obstante não estar comercializando a droga no momento da prisão, portava, juntamente com outros corréus, elevada quantidade de substância tóxica, caracterizada estaria a traficância e o estado de flagrância, na medida em que a consumação do ilícito em questão já vinha se protraindo no tempo e era preexistente à ação policial.[182]

16.7.1. Distinção entre agente infiltrado, informante, denunciante anônimo, agente de inteligência, colaborador, agente encoberto e agente policial disfarçado.

Não se pode confundir o agente infiltrado, conceituado anteriormente, com as seguintes figuras:[183]

a) informante (ou confidente): é aquela pessoa não integrante da polícia judiciária que, sigilosamente, fornece às autoridades policiais informações privilegiadas acerca das infrações penais. Ao contrário do agente infiltrado, o informante não é introduzido dissimuladamente no seio da organização criminosa como um de seus integrantes. Na verdade, o informante detêm certo conhecimento acerca dos ilícitos praticados pela organização criminosa por conviver no mesmo ambiente que os integrantes do grupo. Cuida-se, portanto, de pessoa da confiança das autoridades policiais, que recolhe informações relevantes acerca das práticas delituosas, entregando o resultado da sua observação aos agentes estatais, sob a garantia de confidencialidade e com uma expectativa de recebimento de contraprestação material ou imaterial. Em síntese, enquanto o informante tem que cumprir apenas com a obrigação de entregar informações às autoridades policiais, sem qualquer atividade de infiltração destinada à investigação de uma atividade delitiva concreta, o agente infiltrado tem o objetivo precípuo de coletar informações e

181. ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 435-436. Ainda segundo o autor, há provocação quando a conduta do infiltrado ou do agente encoberto é decisiva para a consumação do crime. Não há provocação quando o dolo é latente e antecede o induzimento policial, não havendo ardil ou persuasão dos investigadores para viciar a vontade do suspeito ou fazer surgir a intenção criminosa.

182. STJ, 5ª Turma, HC 92.724/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/04/2009, DJe 01/06/2009. Em caso concreto envolvendo a infiltração de agente policial para a investigação de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico, o TRF da 3ª Região também concluiu que o dolo de praticar o tráfico de drogas não foi provocado nos agentes pelo agente infiltrado, porquanto os criminosos já haviam executado, ao menos, os verbos "expor a droga à venda", "importar", "transportar" e "trazer consigo", situação idônea para se afastar a aplicação da Súmula nº 145 do STF: TRF3ª Região, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 35.261, Rel. Desembargador Cotrim Guimarães, j. 20/10/2009).

183. Para um amplo estudo acerca do tema, remetemos o leitor à leitura da excelente obra de Flávio Cardoso Pereira (*Agente encubierto como medio extraordinario de investigación: perspectivas desde el garantismo procesal penal.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013).

identificar fontes de prova objetivando a desarticulação de determinada organização criminosa, sendo que sua atuação, diversamente do confidente, depende de prévia autorização judicial. Ao contrário da infiltração de agentes, hoje regulamentada detalhadamente pela Lei das Organizações Criminosas, submetida a estrito controle judicial com a fixação de limites temporais e materiais, além de estar sujeita à fiscalização do Ministério Público, não há qualquer regramento legal acerca do tratamento do informante no ordenamento jurídico pátrio. Por conta dessa fragilidade, e também com o objetivo de preservar sua fonte de informações, as autoridades policiais dificilmente relatam que o conhecimento de determinada elemento probatório foi levado ao seu conhecimento a partir de um informante, limitando-se a dizer que o encontro foi casual ou por conta de uma denúncia anônima;

b) denunciante anônimo: o anonimato, como marco inicial de uma investigação policial (ou ministerial), não é um fenômeno contemporâneo, muito menos produto recente da globalização, nem tampouco uma ferramenta voltada exclusivamente à investigação de organizações criminosas. Na verdade, em virtude da natural desconfiança das pessoas na eficácia dos programas de proteção às vítimas e testemunhas, é muito comum que particulares levem ao conhecimento das autoridades policiais a notícia acerca da prática de determinada infração penal sem revelar sua verdadeira identidade, geralmente indicando a localização de fontes de prova. Não se pode negar a grande importância da *notitia criminis* inqualificada no combate à criminalidade. Porém, não se pode olvidar que a própria Constituição Federal estabelece que é vedado o anonimato, haja vista a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade cível e penal (CF, art. 5º, IV). Portanto, de modo a se evitar a prática do denuncismo inescrupuloso, diante de uma denúncia anônima, antes de determinar a instauração do inquérito policial, incumbe à autoridade policial verificar a procedência e veracidade das informações por ela veiculadas;[184]

c) agente de inteligência: geralmente a serviço dos interesses de Estado, o agente de inteligência (agente secreto ou espião) promove o trabalho de descobrir e investigar fatos capazes de colocar em risco não apenas a soberania nacional, mas o próprio Estado democrático de Direito e a eficiência da prestação de serviços da Administração Pública. Por meio do emprego de técnicas inerentes à inteligência estatal, a tarefa dos agentes secretos, que independe de prévia autorização judicial, é promover a defesa da soberania de um determinado país, evitando que informações confidenciais ou secretas sejam descobertas, colocando em risco a segurança, a estabilidade e a defesa de um Estado. Portanto, sua atuação não está relacionada à investigação criminal, ou seja, à persecução penal, diferenciando-se, nesse ponto, da figura do agente infiltrado. No Brasil, segundo a Lei nº 9.883/99, considera-se inteligência a atividade que visa à obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado (art. 2º). Por sua vez, o art. 3º, além de criar a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN –, órgão da Presidência da República, a colocou na posição de órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência, com as funções de planejar, executar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de inteligência do País, observadas as disposições da referida Lei. Sem embargo da importância das atividades de inteligência, as atividades investigatórias inerentes à persecução penal devem ser exercidas por autoridades policiais, sendo vedada a participação de agentes estranhos à autoridade policial, sob pena de violação do art. 144, § 1º, IV, da CF/1988, da Lei nº 9.883/1999, e dos arts. 4º e 157 e parágrafos do CPP. Não por outro motivo, os Tribunais Superiores vêm considerando que a execução de atos típicos de polícia judiciária como monitoramento eletrônico e telemático, bem como ação controlada, por agentes de órgão de inteligência (v.g., ABIN), *sem autorização judicial*, acarreta a ilicitude das provas assim obtidas. A título de exemplo, em *habeas corpus* referente à operação "Satiagraha", o STJ considerou irregular a participação de dezenas de funcionários da ABIN e de ex-servidor do SNI em investigação conduzida pela Polícia Federal, declarando a ilicitude de diversas provas por eles produzidas.[185] Na mesma linha, em caso concreto no qual um determinado agente de inteligência, originariamente designado para coletar dados para subsidiar a Força Nacional de Segurança em atuação estratégica diante dos movimentos sociais e dos protestos ocorridos no Brasil em 2014, passou a realizar verdadeira

184. Nesse contexto: STF, 1ª Turma, HC 84.827/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/08/2007, DJe 147 22/11/2007. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 95.244/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/03/2010, DJe 76 29/04/2010; STF, 2ª Turma, HC 99.490/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 23.11.2010; STF, 2ª Turma, HC 99.490/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/11/2010.

185. STJ, 5ª Turma, HC 149.250/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 07/06/2011, DJe 05/09/2011.

e genuína infiltração em associação criminosa, concluiu a 2ª Turma do STF que todo o conjunto probatório por ele colhido seria ilícito, devendo, pois, ser desentranhado dos autos do processo, nos termos do art. 157, §3º, do CPP. Reconheceu-se, assim, a clandestinidade da prova produzida, porquanto o agente de inteligência, sem autorização judicial, ultrapassou os limites da sua atribuição e agiu como incontestável agente infiltrado. A ilegalidade não estaria presente na designação para o agente de inteligência atuar na coleta de dados genéricos, mas sim em sua infiltração, com a participação em grupo de mensagens criado pelos investigados e em reuniões do grupo em bares, a fim de realizar investigação criminal específica e subsidiar a condenação. Suas declarações poderiam servir para orientação de estratégias de inteligência, mas jamais como elementos probatórios em uma persecução penal;[186]

d) colaborador: a figura da colaboração premiada foi amplamente estudada por ocasião da análise dos arts. 4º a 7º da Lei nº 12.850/13. Grosso modo, o colaborador pode ser conceituado como o coautor ou partícipe de determinada infração penal que, em troca da concessão de determinados prêmios legais, não apenas confessa a prática delituosa, mas também fornece às autoridades policiais (ou ministeriais) informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei. Não se confunde com o agente infiltrado por não ser membro da Polícia Judiciária;

e) agente encoberto: há doutrinadores que entendem que não há distinção conceitual entre as figuras do agente infiltrado e do agente encoberto, usando ambas as expressões de modo indistinto. No entanto, parte da doutrina sustenta que a figura do *undercover agent* funciona como uma especialização do agente infiltrado, porquanto tem características semelhantes, a exemplo de se tratar de um agente policial, com preparação e identidade manipuladas para lhe permitir uma certa aproximação com atividades criminosas. Porém, ao contrário do agente infiltrado, que tem autorização judicial para investigar um fato delituoso *determinado, específico,* o agente encoberto atua de modo livre, sem que sua atividade esteja relacionada, desde o princípio, à investigação de uma organização criminosa predeterminada. Como o agente encoberto presta as informações possíveis que chegarem ao seu conhecimento, funciona como uma espécie de equivalente policial do colaborador ou do informante. Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime, foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio figura similar ao referido agente encoberto, por aqui denominada de agente policial disfarçado.[187] Esta novel técnica especial de investigação foi inserida pela Lei n. 13.964/19 nos arts. 17, §2º, e 18, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento, e no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei n. 11.343/06. De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários à Lei de Drogas.

Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se: (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§2º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§3º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

186. STF, 2ª Turma, HC 147.837/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/02/2019.

187. No sentido de que a figura do agente policial disfarçado introduzida pelo Pacote Anticrime no Estatuto do desarmamento e na Lei de Drogas guarda semelhança com a ação encoberta da doutrina portuguesa e espanhola: BARCELLOS, Bruno Lima; LEITÃO Jr., Joaquim. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei n. 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). *In Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019.* Belo Horizonte, D'Plácido, 2020. p. 89.

§4º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§5º Findo o prazo previsto no § 4º deste artigo, o relatório circunstanciado, juntamente com todos os atos eletrônicos praticados durante a operação, deverão ser registrados, gravados, armazenados e apresentados ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§6º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público e o juiz competente poderão requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§7º É nula a prova obtida sem a observância do disposto neste artigo.

Art. 10-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo.

Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações.

Art. 10-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Art. 10-D. Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no *caput* deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade dos envolvidos. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

16.8. Infiltração policial virtual (cibernética ou eletrônica).

Mesmo antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime, a Lei n. 13.441/17 já havia alterado o Estatuto da Criança e do Adolescente para fins de introduzir no nosso ordenamento jurídico a denominada infiltração policial virtual (cibernética ou eletrônica), com o objetivo de auxiliar na investigação de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. De acordo com o art. 190-A da Lei n. 8.069/90, esta **infiltração policial virtual** será cabível, grosso modo, em 3 (três) categorias de delitos: a) pedofilia (ECA, arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D); b) crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis: estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), corrupção de menores (CP, art. 218), satisfação de lascívia (CP, art. 218-A) e favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável (CP, art. 218-B); c) invasão de dispositivo informático (CP, art. 154-A).

Ante a complexidade inerente à investigação de tais delitos, em que os criminosos interagem em redes sociais fechadas, valendo-se de pseudônimos e códigos, o que dificulta sobremaneira a identificação dos autores e os locais de onde emanam as imagens pedófilo-pornográficas, era necessário que a legislação fosse aprimorada de modo a prever técnicas especiais de investigação capazes de fazer frente a tais delitos. Eis que surge, então, a infiltração policial virtual, permitindo a descoberta da real identidade dos criminosos e a coleta de prova da materialidade ao admitir que policiais possam ingressar e participar dessa rede de delinquentes.

É dentro desse mesmo contexto que o Pacote Anticrime introduz a infiltração policial virtual no art. 10-A da Lei n. 12.850/13. Diversamente daquela prevista no art. 190-A, cuja utilização está restrita à investigação de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, a infiltração virtual inserida pela Lei n. 13.964/19 é passível de utilização para fins de investigação dos crimes previstos na Lei n. 12.850/13 e a eles conexos, praticados por organizações criminosas.

À exceção do prazo-limite, que não pode exceder a 720 (setecentos e vinte) dias (Lei n. 12.850/13, art. 10-A, §4º, in fine, incluído pela Lei n. 13.964/19), a sistemática introduzida pelo Pacote Anticrime quanto à infiltração policial virtual na internet é absolutamente semelhante àquela referente à infiltração presencial. Logo, de modo a evitarmos repetições desnecessárias em relação

à atribuição para a infiltração virtual, requisitos, procedimento, sustação da operação, responsabilidade criminal do agente infiltrado, mecanismos de proteção do agente infiltrado, etc., remetemos o leitor aos comentários ao arts. 10, 11, 12, 13 e 14, todos da Lei n. 12.850/13.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Parágrafo único. Os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

16.9. Procedimento para a infiltração.

Ao contrário da Lei de Drogas, que silencia acerca do assunto – reproduzindo, aliás, o equívoco constante da antiga Lei das Organizações Criminosas –, o legislador da Lei nº 12.850/13 teve o cuidado de dispor expressamente acerca do procedimento a ser adotado para a infiltração de agentes de polícia.

Consoante disposto no art. 10, *caput*, da Lei nº 12.850/13, a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação poderá ser solicitada à autoridade judiciária competente por meio de representação da autoridade policial ou por meio de requerimento do Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial.

Em relação à autoridade policial, seu pedido só é pertinente durante as investigações criminais. Como o Ministério Público é o titular da ação penal pública e, por conseguinte, o destinatário final das investigações, na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente deverá ouvir o órgão ministerial antes de proferir sua decisão (Lei n. 12.850/13, art. 10-A, §2º).

Por sua vez, o órgão do Ministério Público pode requerer a infiltração na fase investigatória e durante o curso da instrução processual. Tendo em conta que a jurisprudência tem admitido o poder investigatório do Ministério Público, nada impede que uma infiltração de agentes de polícia seja solicitada no curso de procedimento investigatório criminal presidido pelo próprio órgão ministerial. Evidentemente, como se trata de procedimento investigatório extremamente perigoso, parece desarrazoado que o Ministério Público exija a infiltração de agentes de polícia sem antes verificar se os órgãos especializados dispõem de pessoal capacitado para a tarefa.[188]

No tocante à possibilidade de o juiz decretar *ex officio* a infiltração de agentes durante a fase investigatória, o art. 10, *caput*, da Lei nº 12.850/13, deixa entrever que a diligência só poderá ser determinada pelo magistrado competente se houver provocação nesse sentido. Afinal, a atuação de ofício do magistrado na fase pré-processual representa clara e evidente afronta ao sistema acusatório, além de violar a garantia da imparcialidade do magistrado. Destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício na fase investigatória, sob pena de auxiliar a acusação na colheita de elementos de informação que irão servir ao titular da ação penal para provocar o próprio exercício da atividade jurisdicional. A iniciativa da infiltração pelo juiz também representa usurpação à atribuição investigatória do Ministério Público e da Polícia Judiciária. Graves prejuízos seriam

188. Em sentido semelhante: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 279.

causados à imparcialidade do magistrado, caso se admitisse que pudesse decretar a medida de ofício ainda na fase investigatória. O que lhe compete – e desde que seja provocado nesse sentido – é analisar a necessidade da medida, concedendo-a caso presentes os requisitos acima analisados.[189] Prova disso, aliás, é a nova redação conferida ao art. 3º-A do CPP[190] pelo Pacote Anticrime, segundo o qual o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

O requerimento do Ministério Público (ou a representação da autoridade policial) para a infiltração de agentes não pode ser apresentado verbalmente, diferenciando-se, nesse ponto, do procedimento referente à interceptação telefônica (Lei nº 9.296/96, art. 4º, § 1º). Tal requerimento deverá conter:

a) **demonstração da necessidade da medida**: como visto anteriormente, a infiltração de agentes deve ser utilizada apenas quando demonstrada a impossibilidade de obtenção dos elementos informativos ou da prova por outros meios disponíveis menos invasivos;

b) **alcance das tarefas dos agentes**: incumbe à autoridade policial e ao Ministério Público indicar quais tarefas serão possivelmente exercidas pelo agente durante o procedimento de infiltração (v.g., transporte de drogas, ocultação de mercadoria roubada, recebimento de imagens pedófilo-pornográficas no caso da infiltração virtual, etc). Conquanto seja um tema em aberto, a delimitação das condutas e tarefas dos agentes infiltrados deve ser antecipada ao magistrado na medida do possível, visando lhe dar conhecimento acerca do que se pretende realizar, permitindo-se, assim, um controle prévio contra eventual abuso de autoridade;

c) **nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração, quando possível**: a despeito da certeza da existência de uma organização criminosa, nem sempre é possível precisar com antecedência os nomes (ou apelidos) de seus integrantes e o local da infiltração. De todo modo, se tais informações forem previamente conhecidas, deverão constar da representação policial ou do requerimento ministerial;

d) dados de conexão ou cadastrais: no caso da infiltração virtual na internet, o requerimento policial (ou ministerial) deverá indicar os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. Consoante disposto no art. 10-A, §1º, da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.964/19, consideram-se: I – dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; II – dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.

Uma vez deferida a infiltração, sua execução deve ser acompanhada pelo Ministério Público, no papel de titular da ação penal e de órgão de controle externo da atividade policial (CF, art. 129, I e VII). Destarte, a qualquer tempo, o Ministério Público poderá requisitar relatório da atividade de infiltração (Lei nº 12.850/13, arts. 10, § 5º, *in fine, e 10-A, §6º).*

16.9.1. Segredo de justiça.

Ao se referir à autorização judicial da infiltração de agentes, o art. 10, *caput,* da Lei nº 12.850/13 deixa evidente que se trata de decisão *sigilosa*. De seu turno, o art. 12, *caput,* da referida Lei, prevê que o pedido de infiltração será *sigilosamente distribuído,* de forma a *não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado,* porquanto tais dados serão entregues diretamente ao magistrado. Portanto, a autoridade policial ou o agente ministerial que representam pelo deferimento da medida deverão entregar nas mãos do juiz competente os dados concretos a respeito da infiltração, declinando fundamentos, atividades, nome do agente, local de atuação e suspeitos investigados. Caminha na mesma direção o art. 10-B, caput, da Lei n. 12.850/13, introduzido pelo Pacote Anticrime, segundo o qual as informações da operação de infiltração virtual serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo, prevendo, seu parágrafo único, que antes da conclusão da operação, o acesso

189. O prejuízo à imparcialidade do magistrado que atua *ex officio* na fase investigatória é destacado com propriedade por Geraldo Prado: "quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador" (*A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 137).

190. De se lembrar que, na condição de Relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020), o Min. Fux concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F, todos do CPP, incluídos pela Lei n. 13.964/19.

aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações. Toda essa preocupação com o sigilo da infiltração também é corroborada pelo novel crime do art. 20 da Lei nº 12.850/13, que incrimina a conduta daquele que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes.

O objetivo desse segredo de justiça é evitar que os integrantes da organização criminosa objeto da infiltração tomem conhecimento prévio da realização desse procedimento investigatório, pois, do contrário, seria totalmente frustrada a eficácia dessa técnica especial de investigação, além de se pôr em risco a própria integridade física e/ou vida do agente infiltrado. Nesse caso, não importa se a medida venha a ser autorizada durante as investigações ou durante a instrução processual penal: o procedimento investigatório sempre deve ser levado a efeito sob segredo de justiça, única forma de se garantir sua utilidade. Trata-se, portanto, de medida cautelar *inaudita altera pars*, cuja decretação prescinde de prévia oitiva do(s) investigado(s) e de seu defensor. De modo a se preservar a própria eficácia da diligência, os investigados (ou acusados) e seus respectivos defensores não podem tomar conhecimento da circunstância de estar em curso uma infiltração de agentes de polícia.

Finda a medida, abre-se lugar ao contraditório e à ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes. Portanto, independentemente de a infiltração ter sido decretada durante a fase investigatória ou processual, deve o acusado e seu defensor ter acesso à prova tão logo se considere que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações ou do processo, momento em que poderão efetivar o contraditório (diferido) e o direito à ampla defesa. Em outras palavras, o contraditório será exercido posteriormente (contraditório diferido), ou seja, quando reveladas as fontes de prova e introduzidas nos autos da persecução os elementos informativos e as provas decorrentes da infiltração, ao investigado e a seu defensor deve ser franqueado o acesso a todos os elementos produzidos, a fim de que possam impugnar sua validade, exercendo, assim, o direito à ampla defesa. Daí dispor o art. 12, § 2º, da Lei nº 12.850/13, que os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, *assegurando-se a preservação da identidade do agente*. Em sentido semelhante, visando garantir a higidez da cadeia de custódia da prova (CPP, arts. 158-A a 158-F), concluída a infiltração virtual na internet, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado, devendo esses atos eletrônicos serem reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade dos envolvidos (Lei n. 12.850/13, art. 10-D, incluído pela Lei n. 13.964, de 2019).

É bem verdade que, por força do art. 5º, inciso LXIII, a própria Constituição Federal assegura ao *preso*[191] a assistência de advogado, o que significa dizer que o profissional da advocacia deve ter acesso aos autos do inquérito policial, sob pena de se tornar inócua a referida garantia constitucional. Esta prerrogativa de acesso aos autos de procedimentos investigatórios também é assegurada pelo Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIV). No entanto, o advogado não pode ser cientificado com antecedência acerca da execução dessa medida, porquanto o sigilo é inerente a sua eficácia e à própria proteção da integridade física do agente infiltrado. É o que se denomina de sigilo interno, que visa assegurar a eficiência desse procedimento investigatório. A própria súmula vinculante nº 14 confirma que este acesso do defensor aos autos da investigação não tem natureza absoluta: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, *já documentados em procedimento investigatório* realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa" (nosso grifo).[192]

16.10. Sustação da operação.

A preocupação do legislador com a proteção da integridade física (e da própria vida) do agente infiltrado fica evidenciada diante do dispositivo constante do art. 12, § 3º, da Lei nº 12.850/13, que dispõe: "Havendo indícios seguros de que o

191. A doutrina mais aceita é a de que o dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não apenas quem está preso, como igualmente qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal. Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado, preso ou mesmo condenado. Em qualquer hipótese, a ele deve ser assegurada a assistência de advogado.

192. No sentido de que advogados não podem ter conhecimento da autorização da infiltração e da ação controlada, pois, do contrário, tais procedimentos investigatórios estariam fadados ao insucesso, tornando-se inócuas e até perigosas: MENDRONI. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 60.

agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público". O art. 14, I, por sua vez, confere expressamente ao agente policial o direito de *recusar ou fazer cessar* a atuação infiltrada.

Se o início da infiltração está condicionado à aquiescência do agente policial e à prévia autorização judicial, a sustação das operações deverá ocorrer de imediato, antes mesmo de qualquer requisição do Ministério Público ou do Delegado de Polícia. Afinal, seria no mínimo temerário que se exigisse a continuidade da infiltração a despeito da presença de indícios seguros de que o agente infiltrado estivesse sofrendo risco iminente. Portanto, após sustar a operação, o agente policial deverá comunicar o fato ao Delegado de Polícia e ao Ministério Público, a fim de que o juiz seja cientificado do encerramento da diligência.

> **Art. 13.** O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.
>
> **Parágrafo único.** Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

16.11. Responsabilidade criminal do agente infiltrado.

A partir do momento em que o agente infiltrado passar a integrar a organização criminosa como se fosse um de seus membros, é evidente que os demais integrantes desse grupo podem exigir sua contribuição para a execução de certos crimes. Aliás, a depender do caso concreto, a recusa do agente infiltrado em concorrer para essas práticas delituosas pode inclusive levantar suspeitas acerca de sua verdadeira identidade, colocando em risco não apenas o procedimento investigatório, como também sua própria integridade física.

Nada dizia a revogada Lei 9.034/95 acerca da responsabilidade criminal do agente infiltrado. A Lei de Drogas, apesar de regulamentar a infiltração de agentes, também silencia acerca do assunto. Daí a importância da nova Lei das Organizações Criminosas, cujo art. 13 prevê que o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Na mesma linha, ao introduzir a infiltração virtual na Lei n. 12.850/13, o legislador teve o cuidado de prever expressamente que não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º da Lei das Organizações Criminosas, devendo, porém, responder pelos excessos praticados se acaso deixar de observar a estrita finalidade da investigação.

A despeito da redação genérica do art. 13, que faz referência à atuação desproporcional do agente com a finalidade da investigação, sem explicitar melhor o que poderia ser compreendido como excesso por ele praticado, parece-nos evidente que o agente infiltrado não poderá ser responsabilizado por quaisquer das infrações penais de que trata o art. 2º da Lei nº 12.850/13 (v.g., integrar organização criminosa), nem tampouco associações criminosas (v.g., art. 35 da Lei nº 11.343/06 ou art. 288 do CP) e falsa identidade (ou uso de documento falso). Afinal, o fato de haver prévia autorização judicial para a utilização dessa técnica especial de investigação, permitindo sua infiltração no seio da organização criminosa, tem o condão de afastar a ilicitude de sua conduta, diante do estrito cumprimento do dever legal (CP, art. 23, III). Nesse sentido, como observa Mendroni, "a exclusão da antijuridicidade é evidente e inafastável, pois, havendo autorização para a infiltração do agente, que significa integrar o bando, mas para fins de investigação criminal, que serve aos fins dos órgãos de persecução, ele não estaria na verdade integrando a organização criminosa, mas sim dissimulando a sua integração com a finalidade de coletar informações e melhor viabilizar o seu controle".[193]

Na hipótese de o agente ser coagido a praticar outros crimes (v.g., tráfico de drogas, receptação, transmissão de imagens pedófilo-pornográficas), sob pena de ter sua verdadeira identidade revelada, o ideal é concluir pela inexigibilidade de conduta diversa, com a consequente exclusão da culpabilidade, desde que respeitada a proporcionalidade e mantida a finalidade da investigação. É evidente que, em prol da infiltração do agente, nada justifica o sacrifício de uma vida. No entanto, se um policial infiltrado, impossibilitado de impedir o pior, se ver obrigado a atirar contra uma pessoa por ter uma arma apontada para sua própria cabeça, não se pode estabelecer um juízo de reprovação sobre

193. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit. p. 55. Na mesma linha: ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 434.

sua conduta, porquanto, no caso concreto, não lhe era possível exigir conduta diversa.

Nesse sentido, o art. 13, parágrafo único, da Lei nº 12.850/13, dispõe expressamente que "não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa". Apesar do caráter dúbio do dispositivo legal, que, inicialmente, faz referência à não punibilidade do agente infiltrado para, na sequência, referir-se à inexigibilidade de conduta diversa, preferimos entender que se trata de hipótese de exclusão da culpabilidade, e não de causa extintiva da punibilidade.[194]

Excluindo-se apenas a culpabilidade do injusto penal praticado pelo agente infiltrado, isso significa dizer que subsiste a tipicidade e ilicitude da conduta, permitindo, por meio da teoria da acessoriedade limitada, a punição dos demais integrantes da organização criminosa pelas infrações penais praticadas.

Em sentido diverso, Bitencourt e Busato[195] advertem que há de ser feita uma distinção entre o crime que guarda relação com a própria atividade investigada e o crime paralelo à investigação que deu ensejo à infiltração de agentes. Na visão dos autores, se a conduta praticada pelo agente infiltrado disser respeito a crimes sobre os quais já pairava um juízo de suspeita, estando, portanto, na esfera do previsto pelo projeto de infiltração, o agente estará acobertado por uma excludente da ilicitude, a saber, o estrito cumprimento do dever legal. Noutro giro, em se tratando de crimes não relacionados à investigação em curso, cuja perpetração se veja o agente infiltrado compelido a cometer como prova de lealdade em relação à organização criminosa, há de se ficar atento às seguintes hipóteses:

a) em se tratando de conduta praticada pelo agente infiltrado a título de cumplicidade, enquanto mera contribuição material para a prática de determinado delito, aplica-se o art. 13, parágrafo único, da Lei nº 12.850/13, com a consequente exclusão da culpabilidade em virtude de inexigibilidade de conduta diversa;

b) na hipótese de crime praticado em coautoria pelo agente infiltrado, a análise da proporcionalidade da atuação do agente infiltrado à luz da finalidade da investigação há de ser feita em cada caso concreto, porquanto não é possível fixar uma regra geral a respeito de até que ponto estará o agente infiltrado autorizado a contribuir em uma repartição de tarefas a respeito da realização de um crime;

c) cuidando-se de crimes praticados pelo agente infiltrado em autoria direta ou mediata, revela-se inviável a aplicação de qualquer causa de justificação ou exculpação, já que esta técnica especial de investigação não pode ser interpretada como fomento à prática de delitos. O agente deverá, portanto, ser responsabilizado criminalmente pelo delito por ele praticado;

d) por fim, se se tratar de crimes praticados pela organização criminosa em face de provocação ou instigação por parte do agente infiltrado, também não se revela possível a aplicação de qualquer causa de justificação ou exculpação. Se o delito provocado pelo agente infiltrado não guarda nenhuma relação com aquele para o qual foi estabelecida a infiltração, sua atuação não estará acobertada pela norma autorizadora do art. 13, parágrafo único, da Lei nº 12.850/13, valendo lembrar, quanto à responsabilização dos ilícitos praticados pela organização criminosa em virtude da atuação do agente provocador, que "não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação" (Súmula nº 145 do STF).

> **Art. 14.** São direitos do agente:
>
> I – recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;
>
> II – ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;
>
> III – ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;
>
> IV – não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

16.12. Mecanismos de proteção ao agente infiltrado.

A Lei nº 11.343/06 silencia acerca dos mecanismos de proteção ao agente infiltrado, vício este do qual também padecia a revogada Lei 9.034/95. Diante do silêncio da legislação ordinária, a

194. Há quem entenda que, sob o ponto de vista da dogmática penal, melhor seria concluir que a não punição do agente infiltrado afasta apenas a punibilidade. Nesse sentido, antes da vigência da Lei nº 12.850/13, Alexis Couto de Brito (op. cit. p. 259) advertia: "embora o agente pratique conduta criminosa em todos os seus elementos (conduta típica, ilícita e culpável), não haveria necessidade de aplicar-lhe uma pena – dependendo sempre do caso concreto – diante da ausência de finalidades preventivas".

195. Op. cit. p. 179-182.

doutrina sempre entendeu ser possível a aplicação subsidiária da Lei de Proteção às Testemunhas (Lei nº 9.807/99). Com o advento da Lei nº 12.850/13, assegura-se melhor proteção ao agente infiltrado, que passa a gozar de alguns direitos por força de previsão legal expressa. Esses direitos do agente infiltrado, listados nos incisos do art. 14 da Lei nº 12.850/13, são muito semelhantes àqueles outorgados ao colaborador. Logo, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários feitos ao art. 5º da Lei nº 12.850/13.

Objetivando adequar a infiltração virtual às providências registrais necessárias à efetividade das atividades de infiltração presencial, o Pacote Anticrime acrescentou ao art. 11 o parágrafo único, in verbis: "Os órgãos de registro e cadastro poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet". Cuida-se de medida lógica. Uma vez criada a identidade fictícia do policial, o registro dessa identidade nos bancos de dados visa conferir mais eficácia à infiltração virtual, evitando-se, assim, que eventual checagem pelos membros da organização criminosa leve à descoberta de que se trata de agente infiltrado.

16.12.1. Oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima.

Durante o curso da infiltração, o agente infiltrado deve buscar identificar o maior número de fontes de prova relacionados aos ilícitos decorrentes da organização criminosa. Ao autorizar a realização da infiltração, a decisão judicial a que se refere o art. 10, *caput*, da Lei nº 12.850/13, deve apontar expressamente quais procedimentos investigatórios podem ser levados a efeito pelo agente infiltrado, o que, posteriormente, impedirá eventual arguição de ilicitude das provas por ele produzidas (v.g., provas documentais, apreensões, gravações ambientais, indicação de linhas telefônicas e de e-mails suscetíveis de interceptação, ou de bens que possam ser objeto de medidas assecuratórias, etc.).

O ideal é que essas fontes de prova identificadas pelo agente infiltrado durante o curso do procedimento investigatório tornem desnecessária sua oitiva como testemunha durante o curso do processo. Em outras palavras, ao invés de o conhecimento adquirido pelo agente infiltrado acerca do funcionamento da organização criminosa ser introduzido no processo por meio da colheita do seu depoimento, as informações por ele prestadas durante o curso da persecução penal devem se revelar úteis para eventuais apreensões de drogas, localização do produto do crime, etc. Com efeito, considerando-se o sério risco de morte inerente à revelação da existência de sua atuação como agente infiltrado, a execução dessa medida deve ser levada adiante sem que os integrantes da organização criminosa tomem conhecimento da adoção desse procedimento investigatório, até mesmo para facilitar seu engajamento em posteriores operações policiais do mesmo tipo.

No entanto, caso seja necessária a oitiva do agente infiltrado como testemunha no curso do processo judicial, não temos dúvida em afirmar que sua verdadeira identidade deve ser mantida em sigilo. Em síntese, se, porventura, surgir a necessidade de sua oitiva, o agente infiltrado deve ser ouvido como testemunha anônima. Afinal, não faria sentido guardar o sigilo da operação durante o curso de sua execução para, após sua conclusão, revelar aos acusados a verdadeira identidade civil e física do agente infiltrado.

Compreende-se por **testemunha anônima** aquela cuja identidade verdadeira – compreendendo nome, sobrenome, endereço e demais dados qualificativos – não é divulgada ao acusado e ao seu defensor técnico. Esse anonimato é determinado para se prevenir ou impedir a prática de eventuais ilícitos contra as testemunhas (v.g., coação processual, ameaça, lesões corporais, homicídios, etc.), possibilitando, assim, que seu depoimento ocorra sem qualquer constrangimento, colaborando para o necessário acertamento do fato delituoso.[196]

Como observa Diogo Rudge Malan, "tal anonimato testemunhal em regra é acompanhado do uso de procedimentos judiciários que impedem o acusado e seu defensor técnico de vislumbrar o semblante da testemunha, e de recurso tecnológicos que distorcem a voz dela durante o seu depoimento em juízo. Ademais disso, aqueles sistemas probatórios que permitem a produção de fontes de prova oral anônimas no julgamento também costumam impor restrições quanto às linhas de questionamento que podem ser utilizadas pelo acusado, ao ensejo da inquirição dessas fontes, a fim de evitar a identificação delas próprias ou da sua atual residência".[197]

Essas medidas são adotadas com o objetivo de se prevenir a prática de atos ilícitos contra testemunhas por parte do acusado ou de pessoas a ele

196. MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 140.

197. Op. cit. p. 140.

associadas, tais como coação processual, ameaça, lesões corporais, homicídio, etc.

No Brasil, de acordo com a Lei nº 9.807/99, que versa sobre a proteção à vítimas e a testemunhas ameaçadas, dentre diversas medidas aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso, é possível a preservação de sua identidade, imagem e dados pessoais (Lei nº 9.807/99, art. 7º, inciso IV). Essa decretação do anonimato do depoente deve ser compreendida como uma medida de natureza excepcional, que só deve ser admitida quando houver fundados indícios de ameaças à integridade física e moral da testemunha. Na verdade, como dispõe a própria Lei nº 9.807/99 (art. 2º, *caput*), "a proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova".

Aliás, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) de 2000, internalizada pelo Decreto nº 5.015/2004. Em seu art. 24, esse tratado determina que cada Estado-Parte adote medidas para a proteção eficaz contra atos de violência ou intimidação das testemunhas que depõem sobre infrações previstas na própria Convenção e de seus familiares. Dentre tais medidas protetoras de testemunhas se incluem aquelas destinadas a "impedir ou restringir a divulgação de informações relativas a sua identidade e paradeiro" (art. 24, nº 2, alínea "a").

Por sua vez, de acordo com o Provimento nº 32/2000, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, relativo à proteção de vítimas ou testemunhas de crimes que admitem a prisão temporária, caso essas vítimas ou testemunhas sejam coagidas ou ameaçadas em decorrência de seus depoimentos e assim o desejarem, não terão seus dados qualificativos registrados nos respectivos termos de depoimento, e sim em autos cartorários apartados (art. 3º), aos quais só poderão ter acesso o Ministério Público e *o defensor técnico constituído pelo acusado* (art. 5º).[198]

198. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.182/2007, o qual, dentre outras alterações, propõe acrescentar um art. 12-A à Lei nº 9.807/99, dispondo sobre a possibilidade de ocultação de dados de identidade da testemunha, durante a tramitação de ação penal condenatória. Essa ocultação ocorreria em casos de coação ou grave ameaça à vítima ou à testemunha do delito. Nessas hipóteses, prevê o Projeto que o depoimento dessa testemunha seja prestado por meio de comunicação telefônica, telemática, rádio ou qualquer outro meio assemelhado, permitida a distorção da voz para a preservação da identificação do inquirido ou por videoconferência ou meio similar, desde que obstada a identificação do inquirido.

16.12.1.1. Oitiva de testemunhas anônimas e direito ao confronto.

O direito ao confronto (em inglês, *right of confrontation)* é o direito fundamental do acusado a presenciar e participar da colheita da prova oral contra ele produzida em audiência pública.[199]

Por força do direito ao confronto, entende-se que o acusado tem o direito de confrontar quaisquer pessoas que prestem declarações testemunhais incriminadoras contra ele, ou seja, todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz deve ser produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último. Logo, a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições. Portanto, é irrelevante a qualificação jurídico-formal que o ordenamento jurídico atribua a essa pessoa (v.g., ofendido, informante, corréu, delator, declarante, testemunha, assistente da acusação, perito, assistente técnico, etc.): havendo produção de prova testemunhal contra o acusado, há de se assegurar a observância do direito ao confronto.

Apesar de não estar previsto expressamente na Constituição Federal, encontra-se consagrado em diversos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos: art. 6º, nº 3, alínea "d", da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos), art. 14, nº 3, alínea "e", do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e art. 8º, nº 2, alínea "f", do Pacto de São José da Costa Rica (Dec. 678/92).

Segundo Diogo Rudge Malan,[200] o direito ao confronto possui conteúdo normativo multifacetado, consubstanciando-se no direito fundamental do acusado:

1) **à produção da prova testemunhal em audiência pública**: essa publicidade atende a duas finalidades – do ponto de vista do processo em que a prova está sendo colhida (endoprocessual), essa publicidade reduz os riscos de produção de declarações sob coação, além de servir como incentivo para a veracidade das testemunhas; do ponto de vista extraprocessual, a publicidade assegura a transparência da gestão probatória judicial,

199. MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

200. Op. cit. p. 86.

facilitando seu controle social e contribuindo para uma percepção social respeitosa acerca da legitimidade do aparato judicial. Sobre o assunto, o art. 204 do CPP prevê que o depoimento será prestado oralmente, valendo lembrar que, por força da Constituição Federal, deve ser assegurada ampla publicidade aos atos processuais, pelo menos em regra (art. 93, IX);

2) **a presenciar a produção da prova testemunhal**: da interpretação do art. 217 do CPP, denota-se que, em regra, a audiência deve ser produzida com a presença do acusado, preservando-se, assim, seu direito de presença, consectário lógico da autodefesa e da ampla defesa. Porém, não se trata de direito absoluto. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor (CPP, art. 217, *caput*);[201]

3) **à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa**: o juízo de valor sobre a credibilidade do testemunho é formado não só a partir do conteúdo deste último, como também da observação do comportamento da fonte de prova ao prestá-lo. Daí a importância da inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal, assegurando que o juiz que presidiu a instrução profira sentença (CPP, art. 399, § 2º);

4) **à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas**: malgrado não represente uma garantia absoluta de veracidade, a prestação do compromisso desestimula depoimentos falsos, sobretudo diante da advertência geralmente feita pelo juiz quanto à sanção penal cominada ao crime de falso testemunho (reclusão, de dois a quatro anos, e multa). A previsão do compromisso de dizer a verdade consta expressamente do art. 203 do CPP;

5) **a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal**: o conhecimento da qualificação da testemunha é essencial para a efetividade tanto de seu exame cruzado quanto da argumentação da defesa técnica sobre a credibilidade dessa fonte, ao ensejo da subsequente fase de valoração da prova testemunhal. Assim, só com o conhecimento sobre a real identidade das testemunhas pode o acusado arguir sua falta de credibilidade, decorrente de uma série de fatores tais como interesse pessoal em incriminar o acusado, relações de parentesco com as partes processuais, etc. A propósito desse direito de se conhecer a identidade da testemunha, o art. 203 do CPP diz que a testemunha será perguntada sobre seu nome, idade, estado, residência, profissão, lugar onde exerce sua atividade, etc. Por sua vez, o art. 205 do CPP também prevê que, na hipótese de dúvida sobre a identidade da testemunha, deve o juiz proceder à verificação pelos meios ao seu alcance;

6) **a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal**: proporciona ao acusado uma oportunidade para questionar a fonte de prova testemunhal desfavorável logo após o seu testemunho ser prestado, servindo a dois propósitos distintos. Quanto à credibilidade da fonte de prova, seu objetivo é demonstrar ao julgador do mérito da causa que ela não é confiável, por qualquer motivo. Por outro lado, quanto aos fatos narrados, o propósito da inquirição é mitigar os efeitos desfavoráveis do depoimento sobre o julgador, extraindo-se eventuais inconsistências ou contradições do relato da testemunha, forçando-a a modificar seu relato ou até mesmo admitir a inverdade de alguma de suas declarações. Ademais, o exame por parte do acusado ainda se presta ao papel de tentar obter informações favoráveis a ele, não relatadas pela testemunha até então. Sobre esse desdobramento do direito ao confronto, o art. 212 do CPP assegura às partes o direito de formular perguntas diretamente à testemunha;

7) **direito do acusado de se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com o seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas**: durante o depoimento das testemunhas, podem ser prestadas declarações cuja falsidade ou incorreção só o acusado consegue detectar. Nesse caso, o acusado deve poder relatar de imediato tais falsidades ou incorreções ao seu defensor técnico, a fim de que este último tenha tempo hábil para explorá-las, durante o exame cruzado da testemunha. Esse direito de comunicação do acusado com seu defensor técnico é decorrência lógica do princípio da ampla defesa (autodefesa), sendo obrigatória sua observância inclusive em relação aos atos processuais praticados por videoconferência. De fato, o art. 185, § 5º, do CPP, assegura o acesso a canais telefônicos reservados

201. Como já se pronunciou o Supremo, revela-se lícita a retirada dos acusados da sala de audiências com fundamento no art. 217 do CPP se as testemunhas de acusação demonstram temor e receio em depor na presença dos acusados: STF, 1ª Turma, HC 86.572/PE, Rel. Min. Carlos Britto, j. 06/12/2005, DJ 30/03/2007 p. 76).

para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

Como se percebe, como o *right of confrontation* abrange, dentre outros, o direito à produção da prova testemunhal em audiência pública, o direito a presenciar a produção da prova testemunhal e o direito a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal, poder-se-ia objetar que a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima é incompatível com esse direito.[202] No entanto, não se pode perder de vista que, por força do princípio da proporcionalidade, o direito ao confronto não tem natureza absoluta, podendo sofrer restrições de modo a se preservar a integridade física ou a própria vida da testemunha cuja identidade não pode ser revelada. De mais a mais, ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Logo, a partir do momento em que a testemunha está sendo coagida ou ameaçada, isso significa dizer que o direito ao confronto está sendo exercido de maneira irregular e abusiva, o que acaba por justificar a restrição aos dados qualificativos da testemunha anônima.

A restrição à publicidade do ato processual é justificada pelo dever estatal de proteção às testemunhas, evitando-se que seja potencializado qualquer risco de violência ou intimidação ao depoente. Como observa Nucci, "se o Estado não tem condições de garantir, totalmente, a segurança da vítima e das testemunhas que vão depor, é preciso que o magistrado tome tais providências, valendo-se dos princípios gerais de direito e do ânimo estatal vigente de proteger as partes envolvidas num processo criminal".[203]

Essa hipótese de publicidade restrita não afronta a Constituição Federal. Afinal, é a própria Carta Magna que autoriza que a lei possa limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, *ou somente a estes*, em casos em que haja interesse social (CF, art. 93, IX, c/c art. 5º, LX). Na hipótese de testemunhas anônimas, esse interesse social na proteção de seus dados está consubstanciado pela proteção à integridade física e moral da testemunha e pela própria realização do *jus puniendi*.

Em todas as hipóteses acima mencionadas de testemunhos anônimos, conquanto haja restrição à presença do acusado, afigura-se obrigatória a presença do defensor quando da produção da prova testemunhal, devendo-se franquear a ele o acesso aos dados qualificativos da testemunha. Isso porque, de nada adianta assegurar ao defensor a possibilidade de fazer reperguntas às testemunhas, se o advogado não tem conhecimento de quem é a testemunha. Ora, como poderá o advogado fazer o exame cruzado, se não tem consciência de quem está prestando o depoimento? Como poderá o advogado aferir o saber testemunhal sem conhecimento de seus dados pessoais? A nosso juízo, portanto, e de modo a se assegurar o direito à ampla defesa (CF, art. LV), pensamos que a ocultação da identidade de testemunhas ou vítimas não poderá alcançar o advogado, o qual ficará responsável pela preservação desses dados.

Em sentido contrário, Bedê Júnior e Senna sustentam que, em casos extremos, havendo provas concretas de ameaça à integridade física e à própria vida das testemunhas, vítimas e informantes, pode-se restringir o acesso à identidade do depoente até mesmo em relação ao advogado, com base na ponderação de interesses, sobretudo quando os outros meios existentes para a proteção não se mostrarem eficazes, como o depoimento à distância, a ocultação de endereço, etc. De acordo com os autores, "em tais situações a proteção em relação aos direitos fundamentais das testemunhas e a própria realização do *jus puniendi* terão especial densidade, a justificar a adoção de medida tão extrema, mormente quando se está diante de crimes de elevadíssima danosidade social".[204]

Em julgado recente acerca do assunto, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se favoravelmente à colheita de prova testemunhal com a preservação do sigilo dos dados qualificativos da testemunha em relação ao acusado, assegurado, todavia, o acesso às informações por parte do advogado constituído. Na visão do Supremo, a preservação do sigilo quanto à identidade de uma das testemunhas teria sido adotada devido ao temor de represálias, sendo que sua qualificação foi anotada fora dos autos com acesso restrito aos juízes de direito, promotores de justiça e advogados constituídos e nomeados. Reputou-se legítima a providência adotada pelo magistrado com base nas medidas de proteção à testemunha previstas na Lei nº 9.807/99. Devido ao

202. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já reconheceu (SSTEDH – caso Kotovski e caso Delta) a impossibilidade de manter secreta a identidade do agente infiltrado por privar o acusado de demonstrar o comprometimento ou descrédito do agente para servir como testemunha (direito ao confronto), e para que haja entrevista cara a cara e se permita perguntar sobre pontos determinados do testemunho do agente infiltrado (*cross-examination*).

203. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 402.

204. Op. cit. p. 342. No mesmo sentido: MENDRONI, Marcelo. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 98.

incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de coautores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada.[205]

De todo modo, caso seja necessária a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima, sua oitiva deve ser feita no limiar do processo penal. Com efeito, por força do parágrafo único do art. 19-A da Lei nº 9.807/99, incluído pela Lei nº 12.483/11, qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos na referida Lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal.

Seção IV
Do Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

17. ACESSO A DADOS CADASTRAIS DOS INVESTIGADOS.

Nos mesmos moldes que o art. 17-B da Lei nº 9.613/98, acrescido pela Lei nº 12.683/12, de modo a conferir maior mobilidade às investigações, o art. 15 da Lei nº 12.850/13 prevê a possibilidade de a autoridade policial e o Ministério Público terem acesso aos dados cadastrais do investigado, *independentemente de prévia autorização judicial*. Logo, partindo-se de um indivíduo determinado – note-se que a lei fala em dados cadastrais *do investigado* –, Polícia e Ministério Público poderão ter acesso a seus dados cadastrais para possibilitar sua correta qualificação e localização.

Certamente, haverá quem diga que o dispositivo é flagrantemente inconstitucional. Preferimos, no entanto, entender que esses dados cadastrais não estão protegidos pela garantia constitucional da intimidade (CF, art. 5º, X). Afinal, se empresas de concessão de crédito ou mesmo pessoas jurídicas que assinam determinados serviços a elas disponibilizados têm fácil acesso aos dados cadastrais de clientes ou potenciais clientes, não se pode negar este mesmo acesso às autoridades públicas, independentemente de prévia autorização judicial.

Como observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior, deve se partir da premissa de que a inviolabilidade dos dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos conviventes. Nas palavras do autor, "os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relação de convivência privadas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.), não são protegidos".[206]

A propósito, há precedentes do STJ no sentido de que a simples titularidade e o endereço do computador do qual partiu o escrito criminoso não estão resguardados pelo sigilo de que cuida o inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, nem tampouco pelo direito à intimidade prescrito no inciso X, que não é absoluto.[207]

Portanto, independentemente de prévia autorização judicial, é possível que a Polícia e o Ministério Público tenham acesso *exclusivamente* aos dados cadastrais do investigado contendo as seguintes informações: a) **qualificação pessoal**: é composta pelo nome, nacionalidade, naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, número de carteira de identidade e número de registro no cadastro de pessoas físicas da Receita Federal; b) **filiação**: consiste na indicação do nome do pai e da mãe; c) **endereço**: local de residência e de trabalho.

205. STF, 2ª Turma, HC 90.321/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 182 25/09/2008.

206. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito.* São Paulo: USP, vol. 88, 1993, p. 449. Referindo-se ao art. 17-B da Lei nº 9.613/98, Vladimir Aras observa que o dispositivo é plenamente constitucional, porquanto não funciona como devassa da vida privada do cidadão, mas mera ferramenta de identificação e localização de suspeitos, a partir de números telefônicos, de identificação civil ou números IP, e vice-versa, não se confundindo com a interceptação de comunicações telefônicas, nem tampouco com a quebra de sigilo bancário.

207. STJ, 6ª Turma, HC 83.338/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 29/09/2009, DJe 26/10/2009. Em outro julgado, a 6ª Turma do STJ concluiu que a decisão que autoriza a quebra dos dados cadastrais de certa linha telefônica, com o fito de saber quem é seu titular, não importa quebra do sigilo das telecomunicações: STJ, 6ª Turma, HC 190.917/SP, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 15/03/2011, DJe 28/03/2011. No sentido de que o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal não impede o acesso aos dados em si, ou seja, o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas tão somente a comunicação desses dados: STJ, 6ª Turma, HC 128.466/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 12/03/2013, DJe 19/03/2013.

Este acesso é exclusivo aos dados cadastrais que informam qualificação pessoal, filiação e endereço. Nada mais. Para que o Delegado de Polícia e o Ministério Público tenham acesso a esses dados, impõe-se a indispensável existência de procedimento investigatório em andamento, a legitimar a medida sob comento. Além disso, as entidades que têm a obrigação de fornecer esses dados são apenas aquelas listadas no art. 15: Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Especificamente em relação às informações prestadas pelas empresas telefônicas, esses dados cadastrais não podem fazer referência à data de início e fim de utilização da linha telefônica, números para os quais foram efetuadas (ou recebidas) ligações, data, hora e tempo da duração das ligações feitas e recebidas, nem tampouco informações relativas à estação rádio base (ERB) em que se conectou o aparelho para a realização de determinada ligação (CPP, art. 13-B, incluído pela Lei n. 13.344/16). Nesse caso, será necessária prévia autorização judicial.[208]

Na mesma linha, no tocante às instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, o acesso estará restrito aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereços utilizados para abertura de contas correntes, aplicações financeiras ou solicitações de cartões de créditos. Devem ser excluídas, portanto, eventuais informações quanto à data de abertura da conta corrente, operações com cartão de crédito, listagem das contas corrente de origem e de destino de operações financeiras, aplicações em fundos de investimentos, transferência de moeda e outros valores para o exterior, etc. Como esses dados estão protegidos pelo sigilo bancário de que trata a Lei Complementar nº 105/01 (art. 5º, § 1º), o acesso a tais informações depende, em regra, de prévia autorização judicial.

Nesse contexto, como já se pronunciou a 6ª Turma do STJ, "a quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu *decisum*, em observância aos artigos 5º, XII e 93, IX, da Carta Magna. Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo tributário e sem competência constitucional específica, fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial, para fins penais. É nula a sentença penal condenatória com base em prova obtida mediante quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, devendo outra ser lançada, com base no suporte probatório eventualmente remanescente".[209]

Embora inserido na nova Lei das Organizações Criminosas e na Lei de Lavagem de Capitais, este dispositivo pode ser invocado para a apuração de qualquer delito. Não teve o legislador a intenção de limitar seu escopo à lavagem de capitais ou às infrações penais praticadas por organizações criminosas e nem teria razão para fazê-lo.

De modo a conferir maior eficácia ao acesso aos dados cadastrais do investigado pela Polícia e pelo Ministério Público, independentemente de prévia autorização judicial, o art. 21, *caput*, da Lei nº 12.850/13 passou a tipificar a conduta de recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo, a ela cominando a pena de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, valendo ressaltar que também passou a ser crime o uso indevido dessas informações cadastrais.

17.1. Lei n. 13.344/16 e o acesso aos dados cadastrais de suspeitos e vítimas.

Introduzido pela Lei n. 13.344/16, que versa sobre o tráfico interno e internacional de pessoas, o novel art. 13-A do CPP permite o acesso imediato do Delegado de Polícia e do órgão do Ministério Público aos dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos da prática dos crimes de sequestro e cárcere privado, redução a condição análoga à de escravo, tráfico de pessoas, extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, extorsão mediante sequestro (CP, arts. 148, 149, 149-A, 158, §3º e 159, respectivamente), e também do crime do art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente ("Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente

208. Com entendimento semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 355. Segundo os autores, no que diz respeito aos provedores de internet, estarão protegidos pela intimidade e, portanto, condicionadas à prévia autorização judicial, as senhas de acesso utilizadas, os sites visitados, os IPS com que se deu determinada conexão, o conteúdo dos e-mails e informações sobre com quem há trocas de mensagens eletrônicas, as datas e horas de tais mensagens etc.

209. STJ, 6ª Turma, REsp 1.201.442/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13/08/2013, DJe 22/08/2013. Também há precedente do Plenário do Supremo no sentido de que conflita com o art. 5º, XII, da CF, a existência de norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte sem prévia autorização judicial: STF, Pleno, RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, DJe 86 09/05/2011.

para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro").

Não se trata de novidade no nosso ordenamento jurídico. De fato, dispositivos semelhantes a este já eram encontrados no art. 17-B da Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98, com redação dada pela Lei n. 12.683/12) e no art. 15 da nova Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13). Há, todavia, duas diferenças fundamentais entre tais dispositivos:

a) o art. 13-A do CPP não é tão explícito quanto os arts. 17-B da Lei n. 9.613/98 e 15 da Lei n. 12.850/13: enquanto aquele menciona apenas o acesso a *dados e informações cadastrais de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas de iniciativa privada*, estes fazem referência ao acesso *aos dados cadastrais que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito*. Como o art. 13-A do CPP não é muito claro acerca dos dados e informações cadastrais a que o Delegado de Polícia e o Ministério Público poderão ter acesso independentemente de prévia autorização judicial, nem tampouco em relação aos órgãos do poder público e às empresas de iniciativa privada que estão obrigados a atender à requisição no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, parece-nos perfeitamente possível a aplicação, por analogia, da mesma amplitude prevista na legislação especial acima citada. Afinal, é a própria Lei n. 13.344/16 que autoriza a aplicação subsidiária da Lei n. 12.850/13 aos crimes de tráfico de pessoas (art. 9º);

b) os arts. 17-B da Lei n. 9.613/98 e 15 da Lei n. 12.850/13 autorizam o acesso aos dados cadastrais dos *investigados*, ao passo que o novel art. 13-A do CPP faz referência aos dados dos *suspeitos* e das *vítimas*, o que, convenhamos, se revela bastante salutar. Afinal, como são relativamente frequentes os contatos entre os aliciadores e as vítimas de tráfico de pessoas, quer por telefone, quer pela internet, tais informações podem ser extremamente úteis ao longo das investigações, seja para fins de identificação dos suspeitos, seja para fins de localização das próprias vítimas.

Art. 16. As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens.

18. ACESSO AOS BANCOS DE DADOS DE EMPRESAS DE TRANSPORTE.

Com o objetivo de obter elementos acerca da localização de integrante de organização criminosa, ou até mesmo das cidades, estados e países por ele frequentados durante determinado período de tempo, é indispensável que as autoridades incumbidas da persecução penal tenham à disposição mecanismos ágeis capazes de fornecer informações acerca da sua movimentação.

Daí dispor o art. 16 que as empresas de transporte devem franquear, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registros de viagens. Como o dispositivo não faz qualquer referência à espécie de transporte, o preceito abrange todo e qualquer tipo de transporte, seja ele aéreo ou terrestre, de passageiros ou de cargas.

Nos mesmos moldes do dispositivo constante do art. 15, como o art. 16 faz referência ao *acesso direto e permanente*, o ideal é concluir que o Ministério Público e o Delegado de Polícia não necessitam de prévia autorização judicial para ter acesso aos bancos de dados de reservas e registros de viagens.

Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

19. MANUTENÇÃO DO SIGILO DOS DADOS TELEFÔNICOS.

Consoante disposto no art. 17 da nova Lei de Organizações Criminosas, as concessionárias de telefonia fixa ou móvel deverão manter, pelo prazo de 5 anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

O nível de tangenciamento da privacidade e da intimidade inserido nesta nova regra de investigação deverá suscitar controvérsias. Afinal, diversamente do art. 15 da Lei nº 12.850/13, que prevê apenas o acesso aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço, o art. 17 da nova Lei de Organizações Criminosas faz referência aos registros

de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas.

A nosso ver, se o dispositivo for interpretado no sentido de que o Delegado de Polícia e o Ministério Público poderão ter acesso aos registros de identificação das ligações telefônicas do investigado independentemente de prévia autorização judicial, outro caminho não há senão o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo, porquanto tais informações fazem parte da vida privada e da intimidade das pessoas.

No entanto, não parece ser esta a melhor interpretação a ser feita do art. 17. Explica-se: quando o dispositivo diz que as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, *à disposição do Delegado de Polícia e do Ministério Público*, os registros de identificação das ligações telefônicas, fica a impressão de que este acesso poderia ocorrer independentemente de prévia autorização judicial. Todavia, fosse esta a intenção do legislador, o acesso ao registro das ligações telefônicas independentemente de prévia autorização judicial já teria sido inserido no bojo do art. 15, sem que houvesse a necessidade de tratar da matéria em outro dispositivo legal.

Por isso, buscando uma interpretação conforme à Constituição, preferimos concluir que o art. 17 é perfeitamente constitucional, conquanto o acesso a tais informações seja feito com prévia autorização judicial. Trata-se, na verdade, de norma direcionada às concessionárias de telefonia fixa ou móvel, que, doravante, são obrigadas a preservar os registros de identificação das ligações telefônicas pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, permitindo a utilização dessas informações pela Polícia e pelo Ministério Público, desde que mediante prévia autorização judicial.

Seção V
Dos Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção da Prova

Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

20. DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.

Em sua Seção V, que abrange os arts. 18, 19, 20 e 21, a Lei nº 12.850/13 introduz 4 (quatro) novos tipos penais incriminadores na legislação brasileira, sendo que o bem jurídico por eles tutelado é a Administração da Justiça em seu sentido amplo, abrangendo tudo o que a ela se refere, inclusive a fase preliminar de investigações, visando a atingir os fins que lhes são inerentes, e não apenas à atividade jurisdicional. Por consequência, a ação penal é pública incondicionada.

Se se trata de crime contra a Administração da Justiça, a competência para o processo e julgamento dessas infrações penais está diretamente relacionada à *Justiça* competente para o julgamento das infrações penais que figurem como objeto da investigação (ou da prova). Explica-se: se uma infiltração policial for determinada por um juiz federal para a investigação de organização criminosa especializada no tráfico internacional de drogas, eventual descumprimento de determinação do sigilo das investigações poderá tipificar o crime do art. 20 da Lei nº 12.850/13. Como a infiltração policial foi determinada pela Justiça Federal, integrante do Poder Judiciário da União, não há como negar que a violação desse sigilo atenta contra os interesses da União. Por consequência, o crime do art. 20 também deverá ser processado e julgado pela Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal.

20.1. Revelação de identidade de colaborador.

Ao tratarmos da colaboração premiada, vimos que a Lei nº 12.850/13 conferiu ao colaborador diversos direitos, destacando-se, dentre eles, o de ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, e o de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito (art. 5º, incisos II e V). Com o objetivo de resguardar tais direitos, o art. 18 da Lei nº 12.850/13 passa a tipificar a conduta de "revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito".

Estranhamente, o art. 18 incrimina a revelação da identidade exclusivamente do *colaborador*, sem fazer qualquer referência ao *agente infiltrado*, que também tem o direito de não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito (art. 14, IV). Logo, se a identidade revelada disser respeito ao agente infiltrado, não restará tipificado o crime do art. 18 da Lei nº 12.850/13. No entanto, não se pode negar que a

revelação de tais informações sigilosas pode vir a caracterizar o crime do art. 20 da Lei nº 12.850/13.

São 3 (três) as condutas incriminadas pelo novel tipo penal: a) **Revelar a identidade**: consiste em descobrir, dar conhecimento de algo a terceiro. Esta conduta deve recair sobre a identidade do colaborador, ou seja, informes pessoais que servem para individualizá-lo, tais como nome, nacionalidade, naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, número de carteira de identidade e número de registro no cadastro de pessoas físicas da Receita Federal; b) **Fotografar:** significa reproduzir a imagem do colaborador em formato digital ou eletrônico; c) **Filmar:** consiste em registrar a movimentação do colaborador em película, base digital ou formato eletrônico.

Em todas as hipóteses, a conduta deve ser praticada sem prévia autorização por escrito do colaborador. Como o dissenso do colaborador está inserido na própria redação do tipo penal incriminador, seu consentimento terá o condão de afastar a própria tipicidade da conduta.

Trata-se de crime comum,[210] já que qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do delito. O sujeito passivo é o Estado e, mediatamente, o colaborador, cuja identidade foi revelada.

O crime é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual), não constando a punição da modalidade culposa. Não consta do tipo penal incriminador qualquer especial fim de agir.

> **Art. 19.** Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

20.2. Colaboração caluniosa e fraudulenta.

São duas as condutas delituosas incriminadas pelo dispositivo sob comento:

a) **imputar falsamente a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente**: imputar significa atribuir a alguém a autoria (ou participação) de determinada infração penal (crime ou contravenção). Esta imputação deve ser falsa (não autêntica): a falsidade estará presente quando o fato imputado jamais tiver ocorrido ou quando, a despeito de real o acontecimento, não fora o imputado seu verdadeiro autor. Por isso, se as informações reveladas pelo colaborador resultarem na efetiva identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa (art. 4º, I), a veracidade da imputação terá o condão de afastar a tipicidade da conduta;

b) **revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:** revelar consiste em divulgar, fazer revelação, denunciar, delatar. Para a caracterização do delito, estas informações sobre a estrutura de organização criminosa (Lei nº 12.850/13, art. 1º, § 1º) devem ser falsas, inverídicas. O objetivo do legislador é evitar que estas falsas informações confundam o trabalho das autoridades responsáveis pela persecução penal, já que o procedimento investigatório em andamento poderia ter seu curso regular desviado para a apuração de ilícitos inexistentes.

Em se tratando de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, se o agente praticar as duas condutas delituosas num mesmo contexto fático, deverá responder por crime único (princípio da alternatividade).

Como o tipo penal faz referência à falsa imputação e à revelação de informações inverídicas sob pretexto de *colaboração* com a Justiça, conclui-se que estamos diante de crime de mão própria, de atuação pessoal ou de conduta infungível, pois tais condutas somente podem ser praticadas pessoalmente pelo colaborador, que não pode delegar sua execução a terceiros. Quanto ao concurso de agentes, apesar de os crimes de mão própria não admitirem a coautoria, admite-se a participação em suas três modalidades (induzimento, instigação e auxílio). Logo, como a assistência de defensor é indispensável durante a negociação, confirmação e execução da colaboração premiada (art. 4º, § 15), é perfeitamente possível que o advogado responda pelo crime do art. 19 como partícipe.

Na medida em que se trata de crime contra a Administração da Justiça, o sujeito passivo é o Estado e, mediatamente, na primeira parte do dispositivo, o terceiro inocente a quem foi falsamente imputada a prática de determinada infração penal.

O crime é punido exclusivamente a título de dolo direto, pois o tipo penal utiliza a expressão "que sabe ser inocente" e "que sabe inverídicas". É indispensável o efetivo conhecimento do suposto colaborador acerca da inocência da pessoa que

210. Em sentido diverso, Bitencourt e Busato sustentam que se trata de crime próprio. Segundo os autores (op. cit. p. 196), somente podem ser sujeitos ativos desse crime as autoridades que participam do acordo de colaboração premiada, bem como o respectivo defensor. São essas pessoas que têm ciência oficial dos termos do acordo e, por consequência, o dever de sigilo. Além disso, por expressa disposição do inciso V do art. 5º, os meios de comunicação também podem ser sujeitos ativos desse delito.

teve contra si atribuída uma infração penal ou da falsidade das informações por ele reveladas acerca da estrutura da organização criminosa. Por isso, eventual dúvida sobre a responsabilidade penal da pessoa no tocante à infração penal que lhe é imputada, ou quanto à veracidade das informações sobre a estrutura da organização criminosa, indicam a presença de dolo eventual, afastando a tipificação deste crime. O crime do art. 19 é incompatível com a modalidade culposa.

Ao contrário do crime de denunciação caluniosa previsto no art. 339 do CP, que se consuma apenas quando o agente dá causa à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, o crime do art. 19 da Lei nº 12.850/13 consuma-se com a simples imputação falsa de infração penal a terceiro inocente, ou com a revelação de informações inverídicas acerca da estrutura de organização criminosa, sendo dispensável, pois, quanto à imputação falsa, a instauração de qualquer procedimento investigatório, o que se justifica pelo fato de o colaborador já estar envolvido em determinada investigação criminal.

Certamente, haverá quem diga que a persecução penal em relação ao crime do art. 19 da Lei nº 12.850/13 somente poderá ter início após a conclusão do processo criminal instaurado contra o colaborador, quando, enfim, haverá certeza da falsidade das imputações por ele formuladas, funcionando, pois, como verdadeira questão prejudicial.[211] Não nos parece ser este o melhor entendimento. A uma porque, em seus arts. 92 e 93, o Código de Processo Penal autoriza o reconhecimento da prejudicialidade e consequente suspensão do processo apenas quando se tratar de questões prejudiciais heterogêneas, ou seja, questões referentes a outros ramos do direito (v.g., direito civil, empresarial, tributário, etc.). Como o reconhecimento da falsidade da imputação do colaborador diz respeito ao Direito Penal, cuida-se de questão prejudicial homogênea, logo, passível de apreciação pelo próprio juiz criminal, independentemente da decisão definitiva do processo instaurado contra o pretenso colaborador.

Também é provável que surjam questionamentos quanto à compatibilidade deste novo tipo penal incriminador à luz do princípio que veda a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece não haver qualquer incongruência. Em primeiro lugar porque o direito ao silêncio não tem natureza absoluta. Não por outro motivo, o Supremo vem entendendo que o direito à não autoincriminação não abrange o direito de falsear a verdade quanto à identidade pessoal. Logo, tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes.[212]

Por mais que não seja exigível do investigado (ou acusado) a obrigação de dizer a verdade, já que o crime de perjúrio não é tipificado pelo ordenamento jurídico pátrio, daí não se pode concluir que o direito de não produzir prova contra si mesmo confira a toda e qualquer pessoa o direito de falsamente incriminar terceiros sabidamente inocentes. Logo, se o investigado imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas, deverá responder normalmente pelo crime do art. 19 da Lei nº 12.850/13, sem que possa sustentar que assim agiu acobertado pelo *nemo tenetur se detegere*, já que o direito de não produzir prova contra si mesmo esgota-se na proteção do réu, não servindo de suporte para que possa cometer outros delitos.[213]

Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

20.3. Quebra de sigilo das investigações.

Cuida-se de norma especial em relação ao crime de violação de sigilo funcional previsto no art. 325 do Código Penal. Logo, se o agente revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que

211. Nesse sentido: NUCCI. *Organização criminosa*. Op. cit. p. 91.

212. STF, 2ª Turma, HC 72.377/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30/06/1995 p. 271. E também: STF, 1ª Turma, RE 561.704, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 64 02/04/2009. O STJ tinha entendimento em sentido contrario: STJ, 6ª Turma, HC 97.857/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Dje 10/11/2008. Porém, acabou alterando seu entendimento a partir da decisão proferida pelo Supremo no RE 640.139 (STF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22/09/2011, DJe 198 13/10/2011), no qual o Supremo concluiu que o princípio constitucional da ampla defesa não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente. Sinalizando a mudança do entendimento do STJ: STJ, 5ª Turma, HC 151.866/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/12/2011, DJe 13/12/2011.

213. Com entendimento semelhante, porém sem fazer referência ao novel crime do art. 19 da Lei nº 12.850/13: BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 38.

deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação, e se esses dados sigilosos versarem sobre investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes, o crime do art. 20 da Lei nº 12.850/13 deverá prevalecer sobre a figura delituosa do art. 325 do CP com fundamento no princípio da especialidade.

Descumprir consiste em deixar de seguir uma determinação, que, neste caso, diz respeito à necessária proteção do sigilo inerente à execução da ação controlada e da infiltração de agentes. Para a caracterização desse descumprimento, é de todo irrelevante se as informações sigilosas foram repassadas a outro funcionário público que não tinha acesso a tais dados, ou a um particular estranho à Administração Pública.

Este sigilo das investigações de ilícitos decorrentes de organizações criminosas pode ser determinado pelo próprio magistrado, na hipótese do art. 23 da Lei nº 12.850/13, ou por força de lei (*ex lege*), leia-se, quando há um dispositivo legal expresso determinando a preservação do sigilo, a exemplo do que ocorre com a distribuição *sigilosa* do pedido de infiltração (art. 12, *caput*), ou com a distribuição *sigilosa* da comunicação do retardamento da intervenção policial ou administrativa (art. 8º, § 1º).

Estranhamente, o tipo penal do art. 20 incrimina a conduta de descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam exclusivamente a *ação controlada e a infiltração de agentes*. Por conseguinte, se houver o descumprimento de determinação de sigilo das investigações que envolvam a *colaboração premiada* – o art. 7º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, dispõe que o pedido de homologação do acordo de colaboração premiada será *sigilosamente* distribuído –, não haverá perfeita subsunção ao tipo penal do art. 20 da Lei nº 12.850/13. Nesse caso, restará como soldado de reserva o crime de violação de sigilo funcional previsto no art. 325 do CP ("Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação).

Por mais que o dever de sigilo possa perdurar durante todo o curso da persecução penal, isto é, durante a fase preliminar de investigações e no curso do processo de conhecimento, diante da redação expressa do tipo penal do art. 20 da Lei nº 12.850/13, tal crime restará caracterizado apenas quando houver o descumprimento de determinação de sigilo das *investigações*, e não do processo. Portanto, o indevido descumprimento de sigilo determinado durante o curso do processo penal pode tipificar o crime do art. 325 do CP.

Pode figurar como sujeito ativo deste delito apenas o funcionário público que tenha atribuição para atuar na persecução penal de ilícitos decorrentes de organizações criminosas, e desde que a manutenção do sigilo seja inerente ao seu cargo, emprego ou função. Trata-se, portanto, de crime próprio. Espécie de crime contra a Administração da Justiça, o sujeito passivo é o Estado.

O crime é punido exclusivamente a título doloso (dolo direto ou eventual), não sendo admissível a punição da modalidade culposa. Não há exigência de nenhum elemento subjetivo especial do injusto, nem mesmo a finalidade de obter qualquer vantagem com a revelação, que, se existir, poderá caracterizar outro crime, como, por exemplo, corrupção passiva ou concussão.

> **Art. 21.** Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:
>
> Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único.** Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

20.4. Sonegação de informações requisitadas.

São duas as condutas delituosas do art. 21, *caput*, da Lei nº 12.850/13, a saber: a) **recusar:** consiste em não aceitar, negar-se a cumprir, *in casu*, requisição do Juiz, do Ministério Público ou do Delegado de Polícia; b) **omitir:** deixar de mencionar, de dizer ou de escrever, ou seja, o agente tinha conhecimento de dados cadastrais, registros, documentos e informações, mas deixou de fazer menção a esses dados ao prestar informações a ele requisitadas. Por força do princípio da alternatividade, se ambas as condutas forem praticadas em um mesmo contexto fático, o agente deverá responder por crime único.

Punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual), o sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa a quem for dirigida a requisição. Como se trata de crime contra a Administração da Justiça, o sujeito passivo é o Estado.

Cuida-se de norma especial em relação ao crime de desobediência previsto no art. 330 do CP.

Noutro giro, o crime do art. 21 da Lei nº 12.850/13 não se confunde com o crime do art. 10 da Lei nº 7.347/85. Enquanto aquela figura delituosa tem por objeto a recusa ou omissão de dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo Juiz, Ministério Público ou Delegado de Polícia, no curso de investigação ou de processo criminal, este tipifica a recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados exclusivamente pelo Ministério Público.

Exclusivamente em relação ao Ministério Público ou Delegado de Polícia, o crime do art. 21 da Lei nº 12.850/13 restará caracterizado apenas quando se tratar de *requisição legal*, ou seja, quando se tratar de requisição passível de cumprimento independentemente de prévia autorização judicial. Logo, se o art. 15 da Lei nº 12.850/13 assegura que tais autoridades terão acesso, independentemente de autorização judicial, aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço, eventual recusa ou omissão de tais informes poderá caracterizar o crime do art. 21 da Lei nº 12.850/13. No entanto, em se tratando de requisição manifestamente ilegal – a título de exemplo, suponha-se que o Delegado de Polícia requisite, *de per si*, a quebra do sigilo de dados bancários e financeiros de determinado investigado – é evidente que a recusa é legítima, o que afasta qualquer juízo de tipicidade.

O parágrafo único do art. 21 também incrimina outras condutas: a) **apossar**: significa tomar posse de alguma coisa, *in casu*, dos dados cadastrais de que trata a Lei nº 12.850/13; b) **propalar:** consiste em divulgar, espalhar; c) **divulgar:** tornar conhecido, difundir; d) **fazer uso:** consiste em utilizar os dados cadastrais do investigado para determinada finalidade. A expressão *de forma indevida* constante do tipo penal sob comento denota que todas as condutas devem ser praticadas em desacordo com a finalidade precípua para a qual a Lei nº 12.850/13 introduziu o acesso a esses dados, qual seja, a de permitir a identificação de fontes de provas e a colheita de elementos de informação referentes a ilícitos decorrentes de organizações criminosas.

CAPÍTULO III
DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Os crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), observado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.

21. PROCEDIMENTO ADEQUADO.

Diante da classificação adotada pelo art. 394, §1º, do CPP, estariam sujeitos ao procedimento comum ordinário apenas os crimes previstos nos arts. 2º, *caput*, § 1º, 19 e 20, todos da nova Lei das Organizações Criminosas, vez que dotados de penas máximas iguais ou superiores a 4 (quatro) anos. De seu turno, o crime do art. 18 estaria sujeito ao procedimento comum sumário, porquanto a pena máxima a ele cominada é de 3 (três) anos. No entanto, o art. 22, *caput*, da Lei nº 12.850/13, dispõe expressamente que os *crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas* serão apurados mediante *procedimento ordinário* previsto no Código de Processo Penal. Como se percebe, de modo a permitir a adoção de um procedimento mais amplo, que melhor assegure às partes o exercício de suas faculdades processuais, o legislador instituiu o procedimento comum ordinário como regra para os crimes previstos na Lei nº 12.850/13 e para as infrações conexas,[214] independentemente do *quantum* de pena a eles cominados.

Apesar de o legislador ter determinado a sujeição ao procedimento comum ordinário de todos os crimes previstos na Lei nº 12.850/13, não consta do texto legal qualquer restrição à aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 (v.g., transação penal, suspensão condicional do processo, etc.). Nesse ponto, a nova Lei das Organizações Criminosas diferencia-se da Lei Maria da Penha, que tem dispositivo expresso vedando a aplicação da Lei nº 9.099/95 (Lei nº 11.340/06, art. 41). Logo, se não há qualquer vedação legal, nada impede a concessão da transação penal para o crime do art. 21 da Lei nº 12.850/13, já que a pena a ele cominada é de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, desde que

214. Em conformidade com a competência constitucional do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, "d"), se um crime doloso contra a vida for cometido em conexão e/ou continência com um crime previsto na Lei nº 12.850/13, a força atrativa será exercida pelo Tribunal do Júri. Logo, o rito procedimental a ser aplicado é aquele previsto entre os arts. 406 e 497, e não o procedimento comum ordinário.

preenchidos os demais pressupostos. No mesmo contexto, se à infração penal for cominada pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano – é o que ocorre com os crimes dos arts. 18, 19, 20 e 21 da Lei nº 12.850/13 –, é cabível a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89), pelo menos em tese.

22. PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.

Em sua redação original, o art. 8º da revogada Lei nº 9.034/95 dispunha que o prazo máximo da prisão processual nos crimes previstos na referida Lei seria de 180 (cento e oitenta) dias. Com o advento da Lei nº 9.303/96, este art. 8º passou a dispor que o prazo para encerramento da instrução criminal seria de 81 (oitenta e um) dias, quando o acusado estivesse preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.

Esse prazo de 81 (oitenta e um) dias para o encerramento da instrução criminal quando o acusado estivesse preso não foi introduzido de maneira aleatória pela Lei nº 9.303/96. Na verdade, era o resultado da somatória dos prazos legais fixados para a prática de atos processuais no *antigo procedimento comum ordinário dos crimes punidos com reclusão*, em se tratando de acusado preso, decorrendo da soma do prazo de todos os atos da persecução penal, desde o início do inquérito policial ou da segregação do acusado, até a prolação da sentença, sem que fossem levados em consideração nessa contagem os prazos para a movimentação cartorária.[215]

A partir do momento em que o antigo procedimento comum ordinário foi modificado com a reforma processual de 2008, forçoso era concluir que este prazo de 81 (oitenta e um) dias também fora alterado. De fato, com o novo procedimento comum ordinário (Lei nº 11.719/08), a contagem do prazo para o encerramento do processo criminal quando o acusado estiver preso foi sensivelmente alterada, podendo variar entre 110 (cento e dez) e 190 (cento e noventa) dias, a depender do caso concreto.[216]

Como se percebe pela própria comparação entre as distintas redações do art. 8º da revogada Lei nº 9.034/95, o prazo, inicialmente computado desde o momento da prisão até o da sentença de 1º grau, posteriormente passou a ser contado até o final da instrução criminal, entendendo-se por essa, no antigo procedimento comum ordinário dos crimes punidos com reclusão, a fase do revogado art. 499 do CPP, reservada a diligências complementares.

Para parte da doutrina, esse encurtamento do termo final, ou seja, a adoção de um termo *a quo* anterior ao julgamento em primeiro grau, seria incompatível com o direito ao processo penal em prazo razoável, assegurado pelo art. 5º, inc. LXXVIII, da Carta Magna. Afinal, o direito à razoável duração do processo não pode ficar circunscrito ao direito à razoável duração da instrução, na medida em que o término da instrução não põe fim ao processo.[217]

No entanto, é dominante o entendimento jurisprudencial no sentido de que é perfeitamente possível o cômputo desse prazo tão somente até o encerramento da instrução criminal. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou duas súmulas: a) Súmula nº 21: "Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução"; b) Súmula nº 52: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo".[218]

Essa tendência de encurtamento do termo final acabou sendo consolidada pelo dispositivo constante do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 12.850/13, que preceitua que "a instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu".

Como se percebe, diversamente do Código de Processo Penal, que se limita a dispor sobre o prazo isolado para a prática de certos atos processuais (v.g., 10 dias para a resposta à acusação, 60 dias para a audiência una de instrução e julgamento),

215. Confira-se tais prazos: 1) Inquérito: 10 (dez) dias (CPP, art. 10, *caput*); 2) Denúncia: 5 (cinco) dias (CPP, art. 46, *caput*); 3) Defesa Prévia: 3 (três) dias (CPP, antiga redação do art. 395, *caput*); 4) Inquirição de testemunhas: 20 (vinte) dias (CPP, antiga redação art. 401, *caput*); 5) Requerimento de diligências: 2 (dois) dias (CPP, revogado art. 499, *caput*); 6) Despacho do requerimento de diligências: 10 (dez) dias (CPP, revogado art. 499, c/c art. 800, § 3º); 7) Alegações das partes: 6 (seis) dias (CPP, revogado art. 500, *caput*); 8) Diligências *ex officio*: 5 (cinco) dias (CPP, revogado art. 502, c/c art. 800, inciso II); 9) Sentença: 20 (vinte) dias (CPP, revogado art. 502, c/c art. 800, § 3º).

216. Para mais detalhes acerca dos prazos processuais para cada ato processual envolvendo acusados presos, remetemos o leitor ao nosso Manual de Processo Penal.

217. LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 108.

218. STF, 1ª Turma, HC 91.973/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 55 28/03/2008. E também HCs 82.056-QO e 69.448, Ministro Celso de Mello; HC 80.776, Ministro Ilmar Galvão; HC 81.729, Ministro Maurício Corrêa; HCs 83.090 e 82.902, Ministra Ellen Gracie; HC 86.753, Ministra Cármem Lúcia; HC 88.292, Ministro Eros Grau; RHC 84.994, Ministro Gilmar Mendes; e HCs 85.292-AgR e 90.258. (STF, 1ª Turma, HC 90.407/MG, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 65 11/04/2008). Ou ainda: STF, 1ª Turma, HC 90.809/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 55 28/03/2008).

a nova Lei das Organizações Criminosas estabelece expressamente o prazo para o encerramento da instrução criminal – 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis em até igual período, quando o acusado estiver preso –, o que, de certa forma, vem ao encontro da garantia da razoável duração do processo, prevista expressamente na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 7º, § 5º).

Para fins de contagem desse prazo, o termo inicial deve ser a data do início da prisão do agente, pouco importando se se trata de prisão em flagrante, preventiva ou temporária, bem como se houve modificação da natureza da prisão (v.g., prisão temporária decretada na fase investigatória, sendo convertida em preventiva na fase judicial, ou prisão em flagrante convertida em preventiva nos termos do art. 310, II, do CPP).

22.1. Natureza do prazo para o encerramento do processo e princípio da proporcionalidade.

Com o incremento da criminalidade no país, e a crescente e consequente complexidade dos processos criminais, consolidou-se perante os Tribunais Superiores o entendimento de que o prazo para a conclusão da instrução processual de réu preso não tem natureza absoluta, podendo ser dilatado com fundamento no princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade), seja em virtude da complexidade da causa, seja em face da pluralidade de réus envolvidos no fato delituoso.

Portanto, não é o simples somatório aritmético dos prazos abstratamente previstos na lei processual penal, ou o decurso do prazo máximo previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 12.850/13 – 240 (duzentos e quarenta) dias –, que servirá de balizamento para fins de delimitação do excesso de prazo na formação da culpa. Dependendo da natureza do delito e das diligências necessárias no curso do processo, é possível que eventual dilação do feito seja considerada justificada.

Assim, segundo o entendimento pretoriano, "aplica-se o princípio da razoabilidade para justificar o excesso de prazo, caso haja regular tramitação do feito, com eventual retardamento no julgamento do paciente causado pela complexidade do processo, decorrente da pluralidade de acusados (onze), do desmembramento do feito em relação aos pacientes, bem como pela necessidade de expedição de diversas cartas precatórias para o interrogatório dos réus. Justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos".[219]

22.2. Hipóteses que autorizam o reconhecimento do excesso de prazo.

Como dito acima, na visão dos Tribunais, o prazo para o encerramento do processo não tem natureza peremptória, subsistindo apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente em constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em juízo de razoabilidade. Diante dessa natureza relativa do prazo para o encerramento do processo, indaga-se: quando restará caracterizado o excesso de prazo, autorizando-se o relaxamento da prisão?

No plano internacional, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, para facilitar a determinação do prazo razoável, fixou inicialmente a *regra dos sete critérios* no caso Neumeister:[220] I) A efetiva duração da detenção; II) A duração da prisão preventiva em relação à natureza da infração, grau da pena cominada que se possa prever para o suspeito, e o sistema legal de abatimento da prisão no cumprimento da pena que no caso venha a ser imposta; III) Os efeitos materiais, morais e de outra natureza que a detenção produz no detido quando ultrapassarem as normas consequências da mesma; IV) A conduta do acusado: a) teria ele contribuído para retardar ou ativar a instrução ou os debates? b) teria retardado o procedimento em consequência da apresentação de pedidos de liberdade provisória, de apelações ou de outros

219. STJ, 5ª Turma, HC 91.982/CE, Relatora Ministra Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ 17/12/2007 p. 285. No âmbito do Supremo Tribunal Federal: STF, 1ª Turma, HC 92.202/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 65 11/04/2008; STF, 2ª Turma, HC 92.483/PE, Rel. Min. Eros Grau, DJe 31 22/02/2008; STF, 2ª Turma, HC 91.430/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJe 31 22/02/2008; STF, 2ª Turma, HC 110.729/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2012. Com base no princípio da razoabilidade, a 6º Turma do STJ deixou de reconhecer o excesso de prazo na formação da culpa, em virtude da complexidade da causa e do comportamento das partes: no curso da instrução em processo criminal relativo a dezesseis acusados, foram inquiridas 16 (dezesseis) testemunhas da acusação e 113 (cento e treze) da defesa, com expedição de 17 (dezessete) cartas precatórias e pedido de oitiva de 04 (quatro) residentes no exterior. (STJ, 6ª Turma, HC 138.654/GO, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP –, julgado em 14/09/2010).

220. Neste caso, cuja sentença é de 27/07/1968, a Corte afirmou que "em uma sociedade democrática, o fato de manter um homem durante mais de vinte anos na incerteza, na inquietude, na angústia do que será dele, com os sofrimentos que se produzirão e sua vida profissional e social, constituem uma clara vulneração do art. 6.1 de que se trata". Eis o teor do art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos: "Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, em prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]".

recursos? c) pediu sua liberdade mediante fiança ou oferecendo outras garantias para assegurar o comparecimento em juízo? V) As dificuldades da instrução do caso (a complexidade dos fatos ou do número de testemunhas e acusados, necessidade de produzir provas no estrangeiro); VI) A forma em que se desenvolveu a instrução; VII) A atuação das autoridades judiciais. Essa *regra dos sete critérios*, todavia, foi posteriormente abandonada, passando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos a levar em conta apenas 3 (três) critérios: 1) a complexidade do caso; 2) o comportamento da parte; 3) o comportamento das autoridades judiciárias.

No Brasil, tem-se considerado que o excesso de prazo na formação da culpa é medida de todo excepcional e somente estará caracterizado nas seguintes hipóteses:

1) **mora processual decorrente de diligências suscitadas exclusivamente pela atuação da acusação**: a título de exemplo, por conta das inúmeras interceptações telefônicas em andamento, tem havido grande lentidão na realização de exames periciais para comparação das vozes (espectrograma da voz). Ora, não se pode admitir que o excessivo volume de trabalho pericial sirva como desculpa para a morosidade, gerando dilações indevidas e permitindo que o acusado permaneça preso cautelarmente por prazo irrazoável. Assim é que a 1ª Turma do Supremo concluiu que, estando o paciente preso cautelarmente há um ano e seis meses, sem que tenha dado causa ao excesso de prazo, que, no caso, resultou de diligências requeridas pelo Ministério Público e de incidente de suspeição suscitado pelo juiz, estará caracterizado constrangimento ilegal à liberdade de locomoção;[221]

2) **mora processual decorrente da inércia do Poder Judiciário, em afronta ao direito à razoável duração do processo**: é óbvio que o excessivo volume de trabalho isenta o magistrado pessoalmente de qualquer responsabilidade, mas não escusa o atraso da prestação jurisdicional. De outro lado, a organização defeituosa da Administração da Justiça, sua carência de pessoal e de material não podem servir como justificativas para a morosidade, afrontando o direito a um processo sem dilações indevidas.[222] A propósito, como já se manifestou o Min. Celso de Mello, "o excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário, não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu, traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei";[223]

3) **mora processual incompatível com o princípio da razoabilidade, evidenciando-se um excesso abusivo, desarrazoado, desproporcional**: nas palavras do Min. Gilmar Mendes, "a demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal".[224]

22.3. Fato procrastinatório atribuível ao acusado.

Quando ficar evidenciado que o excesso de prazo foi causado por conta de diligências procrastinatórias da defesa, não há falar em constrangimento ilegal à liberdade de locomoção de modo a autorizar o relaxamento da prisão. Afinal, ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza. Não por outro motivo, o art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 12.850/13, estabelece o prazo de 120 (cento e vinte) dias para o encerramento da instrução criminal quando o acusado estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa *ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.*

Nessa linha, consoante disposto na súmula nº 64 do STJ, *não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela Defesa.* Com base na súmula nº 64 do STJ, os Tribunais Superiores têm entendido que:

221. STF, 1ª Turma, HC 85.400/PE, Rel. Min. Eros Grau, DJ 11/03/2005 p. 38.

222. Nessa linha: GOMES, Luiz Flávio. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.* Coordenação Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 244.

223. STF, 2ª Turma, HC 91.662/PR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 60 04/04/2008. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 86.850/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 06/11/2006 p. 50. E também: STF, Pleno, HC 85.237/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/03/2005, DJ 29/04/2005; STJ, 5ª Turma, HC 92.444/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 26/05/2008; STJ, 5ª Turma, HC 95.698, Rel. Min. Jorge Mussi, Informativo nº 353 do STJ, 21 a 25 de abril de 2008.

224. STF, 2ª Turma, HC nº 86.915/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/02/2006, DJ 16/06/2006. E também: STF, 1ª Turma, HC 84.931/CE, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 16/12/2005 p. 83; STF, 2ª Turma, HC 84.095/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 16/12/2005 p. 111.

a) Não se vislumbra constrangimento ilegal por excesso de prazo se o processo está aguardando o julgamento do recurso em sentido estrito interposto pela defesa, o que justificaria a razoável demora para o encerramento do processo;[225]

b) Se está pendente apenas a realização de perícia requerida pela defesa, havendo inclusive o Ministério Público e outro corréu apresentado alegações finais, encontra-se encerrada a instrução criminal, incidindo à espécie a Súmula 52/STJ. Logo, se a defesa insiste em exame de razoável complexidade, demandando a expedição de ofícios para diversos Institutos de Criminalística do país, incide à espécie a Súmula 64/STJ;[226]

c) Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado concorrentemente pela defesa, ante a necessidade de expedição de precatórias para o interrogatório do acusado e para a oitiva de testemunhas da defesa.[227]

d) Evidenciando-se que a defesa contribuiu para a demora do julgamento do feito, visto que as testemunhas que arrolou não compareceram à audiência de instrução e julgamento, houve requerimento de oitiva de testemunhas em outra comarca, sem falar no atraso na entrega de instrumento de procuração, não há falar em excesso de prazo na formação da culpa.[228]

Como visto nos julgados acima referidos, para os Tribunais Superiores, a interposição de recursos por parte da Defesa, a realização de perícias requeridas pelo defensor, e até mesmo a expedição de cartas precatórias para o interrogatório do acusado e a oitiva de testemunhas da defesa não dão ensejo ao relaxamento da prisão, por se tratar de excesso provocado pela defesa.

Sem embargo desse entendimento, parece-nos que da utilização dos meios legais postos à disposição do acusado e de seu defensor não lhes pode resultar qualquer gravame. Ninguém pode sofrer qualquer espécie de punição simplesmente por fazer uso de um recurso previsto em lei, sob pena de obrigarmos a defesa a não recorrer, a não arrolar testemunhas, a fim de que possa arguir eventual excesso de prazo. Impõe-se diferenciar, portanto, o uso normal do direito de defesa, com o exercício das suas faculdades procedimentais decorrentes do pleno contraditório judicial, seja arrolando testemunhas residentes em outra comarca para comprovar eventual álibi, seja interpondo recursos previstos em lei, do uso abusivo do direito de defesa.

Em síntese, o regular exercício do direito de defesa não pode servir como óbice ao reconhecimento do excesso de prazo, sob pena de a prisão preventiva do acusado servir como elemento inibidor das faculdades processuais do defensor, causando desequilíbrio incompatível com a paridade de armas inerentes ao devido processo legal. Acreditamos, pois, com a devida vênia, que a súmula nº 64 do STJ deva lida nos seguintes termos: *não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado por manobras manifestamente procrastinatórias da defesa que visem à criação de uma dilação indevida.*

22.4. Excesso de prazo após a pronúncia ou o encerramento da instrução criminal: relativização das súmulas 21 e 52 do STJ.

Como se percebe pela leitura das súmulas 21 e 52 do STJ anteriormente transcritas, pronunciado o acusado ou encerrada a instrução criminal, não é mais possível a caracterização do excesso de prazo.

A aplicação irrestrita das duas súmulas pode nos levar a uma conclusão absurda, qual seja, a de que, pronunciado o acusado, ou encerrada a instrução do processo, não haverá mais espaço para a caracterização do excesso de prazo na formação da culpa. Assim, a título de exemplo, pronunciado o réu, pouco importa se seu julgamento em plenário demorar 2 (dois), 3 (três) ou 4 (quatro) anos – o acusado permanecerá preso – como se o direito à razoável duração do processo fosse extensivo tão somente até o momento da pronúncia. No mesmo sentido, encerrada a instrução processual, a prolação de sentença pelo magistrado de 1ª instância ou até mesmo o julgamento de seu recurso de apelação possa levar anos, permanecendo o acusado preso cautelarmente.

Ora, em tais situações, haveria evidente afronta ao disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, se acaso não fosse possível o reconhecimento do excesso de prazo após a pronúncia ou o encerramento da instrução. Afinal, a garantia ali inserida é a da razoável duração do *processo*, sendo certo que o término da instrução ou da primeira fase do procedimento bifásico do júri não põe fim ao processo.

A nosso juízo, impõe-se um juízo de ponderação entre os valores constitucionais do exercício do poder-dever de julgar (art. 5º, XXXV) e, de

225. STF, 1ª Turma, HC 92.204/PR, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 19/12/2007 p. 54.

226. STJ, 5ª Turma, HC 88.676/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 07/02/2008 p. 1.

227. STJ, 5ª Turma, HC 83.974/RN, Relatora Ministra Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ 08/10/2007 p. 347.

228. STJ, 5ª Turma, HC 162.936/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 16/12/2010.

outro, do direito subjetivo à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII), sobretudo quando em jogo a liberdade de locomoção. De nada adianta a Constituição declarar o direito à razoável duração do processo se a ele não corresponder o dever estatal de julgar com presteza. Portanto, ainda que pronunciado o acusado ou encerrada a instrução criminal, é possível reconhecer-se o excesso de prazo quando houver uma dilação indevida que não possa ser atribuída a manobras manifestamente procrastinatórias da defesa.

Nessa linha de raciocínio, tanto a súmula nº 21 do STJ quanto a de nº 52, também do STJ, vêm sendo mitigadas pelos próprios Tribunais Superiores. A 1ª Turma do Supremo já teve a oportunidade de asseverar que, "evidenciado que a prisão preventiva do paciente perdura por mais de dois anos e cinco meses, sem que a defesa tenha concorrido para esse excesso de prazo, a decisão pela prejudicialidade da impetração, face à superveniência da sentença de pronúncia, traduz situação expressiva de constrangimento ilegal".[229] Na mesma esteira: "a jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou o entendimento segundo o qual o encerramento da instrução criminal afasta a alegação de excesso de prazo. Todavia, aquela inteligência haverá de ser tomada com o temperamento jurídico necessário para atender aos princípios constitucionais e infraconstitucionais, especialmente quando o caso evidencia flagrante ilegalidade decorrente do excesso de prazo não imputável ao acusado".[230]

O Superior Tribunal de Justiça também vem sujeitando as súmulas 21 e 52 a uma releitura, no sentido de que, ainda que encerrada a instrução criminal, é possível reconhecer o excesso de prazo na formação da culpa, especialmente quando o caso evidenciar flagrante ilegalidade decorrente de mora processual não imputável ao acusado. Por isso, em caso concreto no qual o acusado permanecia preso há mais de quatro anos e 10 meses sem que tivesse sido submetido ao Tribunal do Júri, concluiu o STJ que a demora injustificável para a prestação jurisdicional, quando encerrada a instrução criminal, permanecendo o réu preso preventivamente, caracterizava hipótese de constrangimento ilegal, razão pela qual determinou não só a expedição de alvará de soltura como também a imediata realização da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri.[231]

22.5. Excesso de prazo e aceleração do julgamento.

Caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa, impõe-se o relaxamento da prisão, que pode ser determinado pelo próprio juiz que preside a instrução processual, ou pelo respectivo Tribunal, seja em face da interposição de habeas corpus, seja de ofício, quando da apreciação de eventual recurso.

Em alguns precedentes jurisprudenciais, no entanto, ao invés de se reconhecer o excesso de prazo, com o consequente relaxamento da prisão, os Tribunais têm se limitado a determinar a realização imediata do julgamento, de modo semelhante à novel aceleração do julgamento inserida no procedimento do desaforamento por força da Lei nº 11.689/08 (CPP, art. 428, § 2º).[232]

22.6. Relaxamento da prisão por excesso de prazo e decretação de nova prisão.

De nada adianta o reconhecimento do excesso de prazo na formação da culpa em julgamento de habeas corpus, com a consequente expedição de alvará de soltura, se o juiz puder decretar nova e automática prisão preventiva do acusado, mantendo seu *status quo*. Fosse isso possível, haveria clara e evidente afronta ao direito à razoável duração do processo, previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 1). Deveras, se a prisão cautelar anterior foi relaxada por excesso de prazo no encerramento do processo, seria expediente arbitrário e desleal restabelecer a detenção por meio de novo mandado de prisão preventiva, pois, assim, ficaria burlada a lei quando

229. STF, 2ª Turma, HC 86.980/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 27/10/2006 p. 63.

230. STF, 1ª Turma, HC 87.913/PI, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ 07/12/2006 p. 52. Reconhecendo o excesso de prazo em virtude do transcurso de praticamente 1 ano entre a sentença e o julgamento da apelação e, ainda, a distribuição dos embargos de infringência, opostos em 20.1.2010, apenas em 8.11.2010, sobretudo por ser a paciente maior de 60 anos e portadora de doença grave (câncer), tendo assegurado, por lei, prioridade na tramitação em todas as instâncias: STF, 1ª Turma, HC 102.015/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 09/11/2010.

231. STJ, 5ª Turma, HC 117.466/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23/03/2010, DJe 26/04/2010. Na mesma trilha: STJ, 6ª Turma, RHC 20.566/BA, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 25/06/2007 p. 300). E também: "A permanência do pronunciado preso desde 8/3/04 e o seu julgamento pelo Tribunal popular marcado para 4/12/08, ou seja, mais de quatro anos após a sua prisão, configura excesso de prazo para a prestação jurisdicional". (STJ, 5ª Turma, HC 53.302/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 10/03/2008 p. 1). Na mesma linha, em relação a indivíduo pronunciado em dezembro de 2005 e que se encontrava preso preventivamente há 3 (três) anos, sem que fosse submetido a julgamento pelo Júri: STJ, 6ª Turma, HC 77.469/SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJe 28/10/2008.

232. STF, 2ª Turma, HC 95.314/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 211 06/11/2008. Na dicção do Supremo, o acusado tem direito à jurisdição em período razoável, daí por que se revela inadmissível que um *habeas corpus* não seja julgado em 02 (dois) anos, pouco importando o fato de o acusado estar preso, ou não: STF, 1ª Turma, HC 112.659/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/05/2012.

reclama, estando preso o acusado, se conclua o processo em prazo menor que o fixado para os processos de réu solto.

Portanto, uma vez relaxada a prisão preventiva por excesso de prazo, não pode o juiz decretar nova prisão cautelar, salvo diante de motivo superveniente que a autorize. Essa motivação que autoriza nova prisão cautelar deve ser completamente nova, seja quanto aos argumentos jurídicos, seja quanto aos fatos. Na verdade, como aponta a doutrina, deve-se exigir que essa motivação cautelar nova refira-se a fatos novos posteriores à soltura do réu, ou, quando muito, de fatos que, embora não posteriores à soltura do réu, eram estranhos ao processo penal e completamente desconhecidos do juiz quando da revogação da prisão preventiva.[233]

22.7. Excesso de prazo e efeito extensivo.

Se o excesso de prazo não tiver como fundamento argumento de caráter exclusivamente pessoal, surgindo idêntica a situação de corréu, impõe-se um tratamento igualitário, estendendo-se a ordem concedida a todos os acusados, consoante o disposto no art. 580 do CPP. Segundo o referido dispositivo, no caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.[234]

22.8. Relaxamento da prisão e natureza da infração penal.

Como é cediço, há inúmeros dispositivos legais, de duvidosa constitucionalidade, que vedam a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança a certos delitos. Ainda que se queira sustentar a validade de tais dispositivos legais, o que não encontra ressonância na mais moderna jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, não se pode confundir a vedação da concessão da liberdade provisória com a possibilidade de relaxamento da prisão ilegal.

A própria Constituição Federal, ao tratar do relaxamento da prisão ilegal (art. 5º, LXV), não estabelece qualquer restrição quanto à espécie do delito. Portanto, uma vez reconhecida a ilegalidade da prisão, impõe-se seu relaxamento, ainda que o delito praticado pelo agente tenha natureza hedionda. Nesse sentido, eis o teor do enunciado da súmula nº 697 do Supremo Tribunal Federal: "A *proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo*". Não por outro motivo, a 5ª Turma do STJ deliberou pela concessão de ordem em *habeas corpus* para determinar o relaxamento da prisão em relação a acusado pela prática de crime hediondo cujo processo já durava mais de 5 anos sem que a instrução estivesse concluída.[235]

22.9. Excesso de prazo e investigado ou acusado solto.

Em regra, a análise acerca do excesso de prazo na formação da culpa está restrita às investigações e processos envolvendo acusados presos. Isso porque, tratando-se de acusado preso, o reconhecimento do excesso de prazo é causa de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, autorizando o relaxamento da prisão com fundamento no art. 648, inciso II, do CPP. Quando se trata de investigado ou acusado solto – lembre-se que o parágrafo único do art. 22 da Lei nº 12.850/13 refere-se ao prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias para o encerramento da instrução criminal quando o acusado estiver preso –, costuma-se dizer que o prazo para a conclusão do processo tem natureza imprópria, porque eventual descumprimento não acarreta sanções endoprocessuais.

No entanto, pela própria dicção do texto constitucional (CF, art. 5º, inciso LXXVIII), depreende-se que o direito à razoável duração do processo é aplicável tanto ao acusado que está preso quanto àquele que está em liberdade. O problema é que, enquanto o relaxamento da prisão afigura-se como consequência da ilegalidade decorrente do excesso de prazo quando o acusado está preso, a legislação processual penal pátria silencia acerca de medidas a serem adotadas em caso de dilação indevida referente a investigações ou processos criminais de acusados que estejam em liberdade.

No plano internacional, Daniel R. Pastor apresenta algumas soluções, aplicáveis tanto ao acusado preso quanto ao acusado solto: 1) compensatórias, que podem ser: a) de direito internacional – com a condenação do Estado infrator, por órgãos internacionais de direitos humanos (como o TEDH), à

233. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Método, 2007. 430. No sentido de o relaxamento da prisão preventiva por excesso de prazo não impedir a decretação de nova prisão preventiva por outros fundamentos explicitados na sentença condenatória: STF, 1ª Turma, HC 103.881/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 31/08/2010.

234. STF, 1ª Turma, HC 87.132/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31/10/2007 p. 91. E também: STF, 1ª Turma, HC segunda extensão 87.913/PI, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ 23/03/2007 p. 109.

235. STJ, 5ª Turma, Edcl no HC 74.623/SP, Relatora Ministra Jane Silva, Desembargadora Convocada do TJ/MG, DJ 10/12/2007 p. 404.

compensação pelos prejuízos causados ao acusado, que poderá ser em dinheiro ou, ainda, através de indulto ou perdão da pena aplicada (total ou parcial); b) de direito civil – por meio de ressarcimento, indenização ou reparação; c) de direito penal – por meio de redução de pena ou de suspensão de sua execução – no Brasil, seria possível a aplicação, nesse caso, da circunstância atenuante genérica do art. 66 do Código Penal; 2) processuais, que podem ser resumidas na possibilidade de reconhecimento de nulidade do processo ou dos atos processuais posteriores ao cumprimento do prazo razoável; 3) punitivas, traduzidas em sanções disciplinares, administrativas ou penais para os agentes responsáveis pela dilação indevida do processo.[236]

Não obstante o silêncio da legislação brasileira quanto às consequências de eventual dilação indevida referente a persecuções criminais em que o acusado esteja em liberdade, em pioneiro julgado acerca do assunto, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem para determinar o trancamento de inquérito policial em andamento em relação a suspeitos que estavam em liberdade, por entender que, no caso concreto, passados mais de sete anos desde a instauração do inquérito, ainda não teria havido o oferecimento da denúncia contra os pacientes. Nas palavras do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, "é certo que existe jurisprudência, inclusive desta Corte, que afirma inexistir constrangimento ilegal pela simples instauração de Inquérito Policial, mormente quando o investigado está solto, diante da ausência de constrição em sua liberdade de locomoção; entretanto, não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só, enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro, principalmente quando se trata de grandes empresas e empresários e os fatos já foram objeto de Inquérito Policial arquivado a pedido do Parquet Federal".[237]

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

23. SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES.

O princípio da publicidade dos *atos processuais* está consagrado na Constituição Federal (arts. 5º, incisos XXXIII e LX, e 93, IX) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, § 5º).

Mesmo antes da vigência da Constituição de 1988, o Código de Processo Penal já trazia dispositivo acerca da publicidade. De acordo com o art. 792, *caput*, do CPP, as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. Lado outro, de acordo com o art. 792, § 1º, do CPP, se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

A publicidade dos *atos processuais*, garantia do acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo, revela uma clara postura democrática, e tem como objetivo precípuo assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade. Traduz-se, portanto, numa exigência política de se afastar a desconfiança da população na administração da Justiça. Como observa a doutrina, com ela "são evitados excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos

236. *El plazo razonable em el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. p. 504-540.

237. STJ, 5ª Turma, HC 96.666/MA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/09/2008, DJe 22/09/2008.

cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça".[238]

Como se percebe pela própria dicção da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, a regra é a publicidade ampla no curso do processo penal, estando ressalvadas as hipóteses em que se justifica a restrição da publicidade: defesa da intimidade, interesse social no sigilo e imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, incisos XXXIII e LX, c/c art. 93, IX); escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (CPP, art. 792, § 1º).

Apesar de a regra ser a publicidade ampla no *processo judicial*, deve-se compreender que a publicidade, como toda e qualquer garantia, não tem caráter absoluto, podendo ser objeto de restrição em situações em que o interesse público à informação deva ceder em virtude de outro interesse de caráter preponderante no caso concreto. Daí se falar em publicidade restrita, ou interna, que se caracteriza quando houver alguma limitação à publicidade dos atos do processo. Nesse caso, alguns atos ou todos eles serão realizados somente perante as pessoas diretamente interessadas no feito e seus respectivos procuradores, ou, ainda, somente perante estes.

Se na própria fase processual é possível a restrição à publicidade, o que dizer, então, quanto aos atos praticados no curso de um procedimento investigatório de ilícitos decorrentes de organizações criminosas? Se esta investigação visa à apuração de infrações penais, identificando fontes de prova e coletando elementos de informação quanto à autoria e materialidade dos delitos, de nada valeria o trabalho da polícia investigativa se não fosse resguardado o sigilo necessário durante o curso de sua realização. Deve-se compreender então que o elemento da surpresa é, na grande maioria dos casos, essencial à própria efetividade das investigações policiais.[239]

Portanto, por natureza, a investigação de ilícitos decorrentes de organizações criminosas deve tramitar em sigilo. Grosso modo, há duas fontes para a determinação do segredo de justiça nessas investigações:

a) **por ordem judicial:** de acordo com o art. 23, *caput*, da Lei nº 12.850/13, o sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Nessa hipótese, o advogado poderá ter acesso aos autos do procedimento investigatório apenas mediante prévia autorização judicial, sendo que este acesso não deverá abranger as diligências em andamento;

b) ***ex lege* (por força de lei):** nessas hipóteses, independentemente de prévia determinação judicial, a própria Lei já determina a necessária preservação do sigilo, a exemplo do que ocorre com a distribuição sigilosa da comunicação do retardamento da intervenção policial ou administrativa nos casos de ação controlada (art. 8º, § 1º), ou com a distribuição *sigilosa* do pedido de infiltração (art. 12, *caput*). Nesse caso, como o sigilo é imposto *ex lege* por se tratar de diligência em andamento, o acesso aos autos por parte do advogado não é possível, nem mesmo mediante prévia autorização judicial.

A restrição ao acesso do advogado às diligências em andamento é perfeitamente compatível com a Constituição Federal, que assegura ao preso a assistência de advogado (art. 5º, LXIII), e com o Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIV). Aliás, a própria redação da súmula vinculante nº 14 do STF ("É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, *já documentados em procedimento investigatório* realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa") confirma o entendimento de que o acesso do defensor está restrito aos elementos de informação já documentados no procedimento investigatório, não podendo abranger as diligências em andamento, sob pena de esvaziamento da sua própria eficácia.[240]

Se o juiz negar o acesso do advogado aos autos do inquérito policial com fundamento no art. 23, *caput, in fine*, da Lei nº 12.850/13, 03 (três) instrumentos de impugnação podem ser utilizados:

a) considerando a edição da súmula nº 14, que tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos

238. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

239. Exemplo interessante de situação em que a publicidade – e não o sigilo – passa a ser essencial à eficácia das investigações policiais diz respeito à hipótese em que as autoridades policiais dispõem do retrato falado do criminoso, porém não sabem sua real qualificação. Nesse caso, é evidente que a publicidade dada ao retrato falado será extremamente importante, já que, com a divulgação de tais imagens, talvez seja possível que a polícia venha a obter informações acerca da identificação do agente, assim como dados relativos acerca de sua possível localização.

240. STF, 1ª Turma, HC 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/09/2004.

do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, é viável o ajuizamento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que seja preservada sua competência e assegurada a autoridade de suas decisões. Afinal, segundo o art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. No mesmo sentido, vide art. 7º da Lei nº 11.417/06;

b) independentemente da reclamação, como houve violação a um direito líquido e certo do advogado, previsto no art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, continua sendo cabível a impetração de mandado de segurança, apontando-se como autoridade coatora, para os fins do art. 6º da Lei nº 12.016/09, o juiz responsável pela negativa de acesso do advogado aos autos do procedimento investigatório, daí por que a competência para o julgamento do *writ* será do respectivo Tribunal de Justiça (ou TRF). Nesse caso, o que está em discussão não é a liberdade de locomoção do investigado, mas sim o desrespeito ao exercício da defesa consubstanciado em violação à prerrogativa profissional do advogado, o que autoriza a impetração de mandado de segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, da CF, c/c art. 1º, *caput*, da Lei nº 12.016/09;[241]

c) nada impede que o acusado, seja pessoalmente, seja por meio de seu advogado, mas sempre em seu benefício, possa se valer do remédio heroico do *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII), arguindo que a negativa do acesso de seu advogado aos autos do procedimento investigatório acarreta constrangimento ilegal a sua liberdade de locomoção. Isso porque esse cerceamento à atuação do advogado no curso das investigações poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação à pena privativa de liberdade, circunstância bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do investigado.[242]

Ainda em relação ao acesso do advogado aos autos do procedimento investigatório referente a ilícitos decorrentes de organizações criminosas, especial atenção deve ser dispensada ao art. 23, parágrafo único, da Lei nº 12.850/13. Por força desse dispositivo, sempre que houver necessidade de oitiva do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

> **Art. 24.** O art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> "**Associação Criminosa**
>
> Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.
>
> Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente." (NR)

24. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.

O crime de quadrilha ou bando previsto na redação original do art. 288 do Código Penal tinha a seguinte redação: "Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes". Grande parte da doutrina sempre entendeu que *quadrilha e bando* seriam expressões sinônimas. Havia, todavia, corrente minoritária no sentido de que a *quadrilha* atuava em áreas urbanas, além de gozar de maior organização estrutural e funções hierarquicamente divididas entre seus integrantes, ao passo que o *bando* agia na zona rural e tinha como característica precípua a desorganização interna e a precariedade na repartição das atribuições de seus membros.[243]

Com o advento da Lei nº 12.850/13, o crime do art. 288, *caput*, do Código Penal, ganha *nomen juris* diverso, passando a ser denominado de

241. O cabimento de reclamação perante o Supremo não impede a impetração de mandado de segurança. A uma porque a Lei nº 11.417/06, ao dispor sobre a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante, prevê em seu art. 7º que da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, *sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação*. A duas porque, na medida em que a reclamação tem natureza de ação de índole constitucional, e não de recurso, seu cabimento não acarreta incidência do art. 5º, II, da Lei nº 12.016/09, que veda o uso do mandado de segurança contra ato judicial de que caiba recurso com efeito suspensivo.

242. No sentido de que o cerceamento à defesa do indiciado no inquérito policial pode refletir-se em prejuízo de sua defesa e, em tese, redundar em condenação à pena privativa de liberdade ou na mensuração desta, daí por que deve ser admitida a impetração de *habeas corpus* de modo a se assegurar o acesso do advogado aos autos: STF, 1ª Turma, HC 82.354, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/09/2004.

243. No sentido de que *quadrilha* e *bando* não são expressões sinônimas: PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte especial.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 680.

associação criminosa. A redação do tipo penal também sofreu uma sensível alteração, já que houve uma diminuição do número mínimo de agentes necessários para a caracterização do delito – doravante, 3 (três) ou mais pessoas –, além da inserção do termo *específico* na finalidade ("para o fim *específico* de cometer crimes").[244]

Não há falar em *abolitio criminis*, pois a conduta antes incriminada como quadrilha ou bando continua sendo tipificada pela nova redação conferida ao art. 288, *caput*, do Código Penal, agora sob o *nomen iuris* de associação criminosa. Se a tipificação do crime de quadrilha ou bando demandava a associação estável e permanente de pelo menos 4 (quatro) pessoas, não se pode negar que tal conduta continua sendo tratada como tipo penal incriminador pelo art. 288, *caput*, do CP, que, doravante, exige apenas a presença de 3 (três) pessoas. Em termos bem simples, toda quadrilha ou bando composta por 4 (quatro) pessoas já caracterizava uma associação criminosa, que se satisfaz com o número mínimo de 3 (três) indivíduos. Por consequência, por força do princípio da continuidade normativo-típica, todo e qualquer preceito constante do Código Penal ou da legislação especial que faça referência ao antigo crime de quadrilha ou bando continua válido. É o que ocorre, a título de exemplo, com a figura qualificada do crime de extorsão mediante sequestro constante do art. 159, § 1º, do CP, que prevê pena de reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos, se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por *bando ou quadrilha*. Todavia, onde se lê "quadrilha ou bando", deverá se ler, a partir da vigência da Lei nº 12.850/13, "associação criminosa".

24.1. Análise do tipo penal.

Espécie de crime contra a paz pública, o novel delito de associação criminosa constante do art. 288 do CP pode ser definido como a associação estável e permanente de 3 (três) ou mais pessoas com o fim específico de cometer uma série indeterminada de crimes, que podem ser de igual natureza (ou homogênea) ou de natureza diversa (ou heterogênea).

Diante da nova redação do art. 288, alterada pela Lei nº 12.850/13, a tipificação do delito demanda a reunião de três ou mais pessoas. Cuida-se de crime plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário, figurando como espécie de crime de conduta paralela, já que os diversos agentes (pelo menos três) auxiliam-se mutuamente com o objetivo de produzir um mesmo resultado, a saber, a união estável e permanente para a prática de crimes. Pouco importa que os componentes da associação criminosa não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica, bastando que o fim almejado seja o cometimento de crimes pelo grupo.[245]

Evidenciada a presença de pelo menos três pessoas, é de todo irrelevante que um deles seja inimputável – qualquer que seja a causa da inimputabilidade penal (v.g., menoridade, doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado) –, que nem todos os integrantes tenham sido identificados, ou mesmo que algum deles não seja punível em razão de alguma causa pessoa de isenção de pena. Aliás, se houver a participação de criança (até 12 anos de idade incompletos) ou adolescente (idade entre 12 e 18 anos), a pena do crime de associação criminosa deve ser aumentada até a metade (CP, art. 288, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 12.850/13).

A associação deve apresentar estabilidade ou permanência, características relevantes para sua configuração, o que diferencia esta figura delituosa do concurso eventual de agentes a que se refere o art. 29 do Código Penal. O objetivo específico da associação é a prática de vários crimes, excluídas as contravenções e os atos imorais, sendo indiferente que os crimes sejam (ou não) da mesma espécie. Ademais, pouco interessa a quantidade de pena cominada aos crimes. Assim, enquanto no concurso eventual de pessoas, os agentes se unem para praticar determinado(s) crime(s), na associação criminosa, os crimes são indeterminados.[246]

A associação não precisa estar formalizada, sendo suficiente que seja fática ou rudimentar. Não é necessária hierarquia entre seus membros, nem tampouco que se conheçam ou vivam em um mesmo local. Sua tipificação depende da conjunção dos seguintes elementos: a) concurso necessário de pelo menos três pessoas; b) finalidade específica

244. Segundo Nucci (op. cit. p. 106), a inserção do termo *específico* no *caput* do art. 288 do CP pela Lei nº 12.850/13 não provoca nenhum efeito prático, mas somente consolida a ideia de se demandar estabilidade e durabilidade para a associação, ou seja, não se pode considerar associação criminosa o mero concurso de pessoas para o cometimento de um crime.

245. Nesse sentido, referindo-se, todavia, ao antigo crime de quadrilha: STF, Pleno, AP 481/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08/09/2011, DJe 127 28/06/2012.

246. Nesse contexto: STJ, Corte Especial, APn 514/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/06/2010, DJe 02/09/2010.

dos agentes voltada ao cometimento de crimes dolosos, pouco importando o *quantum* de pena a eles cominado; c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa.[247]

Cuida-se de crime permanente, ou seja, aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento. Como se vê, uma das principais características do crime permanente consiste em o agente poder fazer cessar a perturbação do bem jurídico a qualquer momento: ele possui o domínio do fato, da conduta e do resultado. Por isso, enquanto não cessar a permanência, é perfeitamente possível a prisão em flagrante (CPP, art. 303), inclusive com violação de domicílio sem prévia autorização judicial, já que a própria Constituição Federal aponta o flagrante delito como uma das exceções à cláusula de reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XI). Ademais, ainda que determinado indivíduo tenha se associado ao grupo quando ainda era menor, deverá ser responsabilizado normalmente pelo crime do art. 288 se atingir a idade de 18 (dezoito) anos enquanto o delito se encontrar em plena consumação, tal qual disposto na súmula nº 711 do Supremo.[248]

24.2. Consumação e tentativa.

Em se tratando de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, consuma-se a associação criminosa com a simples associação de três ou mais pessoas para a prática de crimes, pondo em risco, presumidamente, a paz pública. Sua consumação independe, portanto, da prática de qualquer ilícito pelos agentes reunidos na *societas delinquentium*. Trata-se, portanto, de crime de perigo abstrato cometido contra a coletividade (crime vago), punindo-se o simples fato de se figurar como integrante da associação.[249]

Aí reside mais uma diferença da associação criminosa em relação ao concurso de pessoas, que é punido apenas se houver a concretização do delito (consumado ou tentado), nos termos do art. 31 do CP ("O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado"), ou seja, é indispensável ao menos a prática de atos executórios em relação ao crime para os quais os agentes momentaneamente se associaram.

O crime de associação criminosa é incompatível com o *conatus*. Considerando-se que o art. 288 do CP exige a associação de três ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, forçoso é concluir que, presentes a estabilidade e a permanência do agrupamento, o delito estará consumado; caso contrário, o fato será atípico.

24.3. Causas de aumento de pena.

Por força do art. 288, parágrafo único, do CP, com redação dada pela Lei nº 12.850/13, a pena do crime de associação criminosa deve ser aumentada até a metade em duas situações distintas:

1) **Associação armada:** como o dispositivo legal não faz qualquer ressalva, esta majorante deverá incidir tanto na hipótese de arma própria (instrumento concebido com a finalidade de ataque ou defesa), como imprópria (não tem a finalidade precípua de ataque ou defesa, mas pode ser usada para tanto), aí incluídas as armas brancas (v.g., facas). Da mesma forma que o emprego de arma de brinquedo não autoriza o reconhecimento do crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma (CP, art. 157, §2º, inciso I revogado pela Lei n. 13.654/18) – nesse sentido, basta atentarmos para o cancelamento da súmula nº 174 do STJ –, parece-nos que sua utilização pela associação também não autoriza o reconhecimento da majorante do art. 288, parágrafo único, do CP. A nosso juízo, a utilização de arma por qualquer membro da associação criminosa constitui elemento evidenciador da maior periculosidade do grupo, expondo todos que o integram à causa especial de aumento de pena prevista no art. 288, parágrafo único, do CP, desde que, logicamente, tenham consciência da existência da arma, sob pena de responsabilidade penal objetiva. Portanto, para efeito de configuração do delito de associação armada, basta que um só de seus integrantes esteja a portar armas. A título de exemplo, verificando-se que um indivíduo associou-se a mais duas pessoas para a prática de crimes e que tinha conhecimento da existência de armas de fogo no local das reuniões da associação e onde parte dos materiais obtidos nas empreitadas criminosas eram guardados, impõe-se a condenação pela prática do crime previsto no art. 288, parágrafo único, do CP. Nesse caso, mostra-se irrelevante que

247. STF, 1ª Turma, HC 72.992/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21/11/1995, DJ 14/11/1996.

248. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 169.510/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 07/02/2012, DJe 23/04/2012. Como já se pronunciou o STJ, dada sua natureza permanente, o crime de quadrilha ou bando autoriza a prisão em flagrante durante todo o lapso temporal em que se verificar a manutenção da associação dos consortes: STJ, 5ª Turma, HC 157.886/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 15/02/2011, DJe 28/02/2011.

249. No sentido de que o crime do art. 288 do CP é autônomo, prescindindo quer do crime posterior, quer, com maior razão, do anterior: STF, 1ª Turma, HC 95.086/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/08/2009, DJe 162 27/08/2009.

haja a efetiva utilização da arma ou que os agentes a portem ostensivamente ou não, ou mesmo que a posse ou o porte da arma de fogo seja legal ou ilegal.[250] No tocante à associação armada, trata-se, a nova redação do art. 288, parágrafo único, de *novatio legis in mellius,* porquanto houve uma diminuição do *quantum* de aumento de pena: antes da Lei nº 12.850/13, a pena era aplicada em dobro; com a nova redação do parágrafo único, a pena aumenta-se até a metade;

2) **Participação de criança ou adolescente:** a Lei nº 12.850/13 introduziu nova causa de aumento de pena ao parágrafo único do art. 288 do CP, qual seja, a participação de criança ou adolescente. Como se trata de *novatio legis in pejus,* esta majorante só pode ser aplicada aos crimes de associação criminosa envolvendo a participação de criança ou adolescente cometidos a partir da vigência da Lei nº 12.850/13 (19/09/2013). De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.069/90, considera-se criança a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Para fins de aplicação dessa majorante, o agente deve ter consciência quanto à idade do menor, sob pena de responsabilidade penal objetiva. Para a incidência dessa majorante, deve restar comprovado que o menor teve *efetiva participação* como membro integrante e participativo da associação criminosa.

Ao contrário de outras causas de aumento de pena, em que o legislador geralmente estabelece expressamente os limites mínimo e máximo de aumento da pena – veja-se o exemplo do roubo circunstanciado, em que o § 2º do art. 157 prevê que a pena deve ser aumentada de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade) –, o novel parágrafo único do art. 288 do CP faz referência apenas ao patamar máximo de aumento da pena – até a metade –, silenciando, todavia, quanto ao limite mínimo de majoração da pena. Diante do silêncio do dispositivo legal, é bem provável que parte da doutrina sustente que, diante do silêncio da lei, o *quantum* mínimo de aumento da pena fica a critério do juiz, podendo ser de 1 (um) dia. Preferimos, no entanto, entender que o aumento mínimo deve ser de 1/6 (um sexto), eis que é este o menor aumento de pena previsto no Código Penal.

250. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 137.380/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24/05/2011, DJe 03/06/2011. Antes do advento da Lei nº 12.850/13, a jurisprudência já havia se manifestado no sentido de que a tipificação do crime de quadrilha armada exigia que apenas um de seus integrantes estivesse a portar armas. Nessa linha: STF, 1ª Turma, HC 72.992/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21/11/1995, DJ 14/11/1996.

24.4. Concurso de crimes.

Se os membros da associação praticarem os crimes para os quais se associaram, deverão responder pelo crime do art. 288 em concurso material com os demais ilícitos por eles perpetrados. À evidência, para que os integrantes do grupo criminoso respondam pelos delitos praticados pela quadrilha ou bando, é indispensável que tais infrações penais tenham ingressado na esfera de conhecimento de cada um deles, sob pena de verdadeira responsabilidade penal objetiva. Logo, o agente não poderá ser responsabilizado por um homicídio praticado pelos demais integrantes do grupo ao qual se associou caso não soubesse, de antemão, que tal delito seria executado pela associação.

Como se trata, o delito de associação criminosa, de crime autônomo, a condenação simultânea pelo crime do art. 288 (*caput* ou parágrafo único) em concurso material com crimes qualificados (ou majorados) pelo concurso de agentes (ou pelo emprego de arma) não caracteriza *bis in idem,* seja porque não há uma relação de dependência ou subordinação entre as condutas delituosas, ou porque visam à proteção de bens jurídicos diversos, seja porque a pluralidade de pessoas (ou o emprego de arma) é aferida em momentos distintos.

Nesse sentido, há diversos precedentes dos Tribunais Superiores proferidos na vigência do antigo crime de quadrilha, mas cujo raciocínio continua válido ao novel crime de associação criminosa:

a) a condenação pelo crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, §2º, revogado inciso I, do CP) e de formação de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, do CP) não configura *bis in idem;*[251]

b) a prática dos delitos de bando armado (CP, art. 288, parágrafo único) e de porte ilegal de armas (Lei nº 10.826/03, art. 14) faz instaurar hipótese típica de concurso material de crimes, por se revestirem de autonomia jurídica e por tutelarem bens jurídicos diversos (a paz pública, de um lado, e a incolumidade pública, de outro), o que acaba por inviabilizar a aplicação do princípio da consunção ("*major absorbet minorem*");[252]

251. STF, 2ª Turma, HC 113.413/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16/10/2012, DJe 222 09/11/2012. No mesmo sentido: STF, 1ª Turma, RHC 102.984/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08/02/2011, DJe 086 09/05/2011; STJ, 5ª Turma, REsp 1.287.467/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/02/2012, DJe 05/03/2012; STJ, 5ª Turma, HC 179.182/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/02/2012, DJe 14/02/2012.

252. STF, 2ª Turma, RHC 83.447/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/02/2004, DJ 26/11/2004. Ainda no sentido de que é possível que a existência de quadrilha seja levada em consideração como circunstância qualificadora do crime de extorsão mediante sequestro e, ao mesmo tempo, tê-la também em conta para firmar o crime autônomo, porquanto a objetividade jurídica

c) é possível a coexistência entre o crime de formação de quadrilha ou bando (CP, art. 288) e o de extorsão mediante sequestro pelo concurso de agentes (CP, art. 159, § 1º), porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e os crimes, autônomos, sendo que o primeiro é crime de perigo abstrato e o segundo de perigo concreto.[253]

Raciocínio semelhante haverá de ser aplicado quanto à possibilidade de o agente responder pelo crime de associação criminosa envolvendo a participação de criança ou adolescente (CP, art. 288, parágrafo único) em concurso material com o delito de corrupção de menores, previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente ("Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la").[254]

24.5. Demais associações criminosas.

Como a Lei das Organizações Criminosas nada disse quanto à revogação das demais espécies de associações criminosas, parece-nos que, por força do princípio da especialidade, para além, obviamente, do crime de organização criminosa previsto no art. 2º da Lei nº 12.850/13, os dispositivos a seguir elencados permanecem em pleno vigor:

a) **associação para fins de tráfico (Lei nº 11.343/06, art. 35, *caput*)**: "Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 desta Lei";

b) **associação para fins de financiamento ao tráfico (Lei nº 11.343/06, art. 35, parágrafo único)**: "Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei";[255]

c) **associação para fins de genocídio (Lei nº 2.889/56, art. 2º)**: "Associarem-se mais de três pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior";

d) **associação para fins de crimes políticos (Lei nº 7.170/83, arts. 16 e 24)**: a doutrina costuma citar outras duas espécies de associações criminosas tipificadas pela Lei de Segurança Nacional. O art. 16 da Lei nº 7.170/83 tipifica a conduta de "integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Dirieto, por meios violentos ou com emprego de grave ameaça". De seu turno, o agente estará sujeito à pena de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos se "constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa" (Lei nº 7.170/83, art. 24). ;

e) **organização terrorista (Lei n. 13.260/16, art. 3º)**: promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista.

24.6. Distinção entre associação criminosa e constituição de milícia privada.

Apesar da nova redação conferida ao art. 288, *caput*, do Código Penal, pela Lei nº 12.850/13, não houve qualquer mudança da redação típica do crime de constituição de milícia privada constante do art. 288-A do Código Penal. Impõe-se, portanto, estabelecer as diferenças entre tais crimes.

Por meio de tipo penal aberto de duvidosa constitucionalidade à luz do princípio da reserva legal (ou legalidade em sentido estrito), já que não consta do preceito primário do tipo penal incriminador uma definição precisa da conduta proibida, o legislador da Lei nº 12.720/12 introduziu no Código Penal o novel crime de *constituição de milícia privada* valendo-se de conceitos vagos e indeterminados. Eis a redação da nova figura delituosa do art. 288-A do Código Penal: "Constituir, organizar, integrar, manter ou custear *organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão* com a finalidade de praticar qualquer dos *crimes previstos neste Código*".

São 5 (cinco) os verbos utilizados no art. 288-A do Código Penal: a) **constituir**: significa formar, criar, formar a essência, trazer à existência; b) **organizar**: apesar de não participar da fundação, como ocorre na modalidade "constituir", o agente concorre para o crime preparando o funcionamento do grupo, estabelecendo suas bases, colocando-o em ordem; c) **integrar**: tem o sentido de fazer parte, reunir-se, aliar-se ou congregar-se; d) **manter**: tem o significado de sustentar, conservar ou defender; e) **custear**: consiste em financiar, arcar com as despesas.

Por força da péssima redação do art. 288-A do CP, a constituição de milícia privada limita-se apenas aos *crimes previstos no Código Penal*, pouco importando

dos tipos (quadrilha e extorsão qualificada) são autônomas e independentes: STJ, 6ª Turma, HC 59.305/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/05/2009, DJe 08/06/2009.

253. STJ, 5ª Turma, HC 120.454/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/02/2010, DJe 22/03/2010.

254. Quanto ao crime do art. 244-B do ECA, especial atenção deve ser dispensada à sumula nº 500 do STJ: "A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal".

255. Para mais detalhes acerca dos crimes previstos no art. 35, remetemos o leitor ao Capítulo referente à Lei de Drogas.

o bem jurídico tutelado ou a quantidade de pena a eles cominada. Logo, se o grupo formado estiver voltado à prática de *crimes previstos na Legislação Especial*, ou *contravenções penais*, não há falar em constituição de milícia privada. À evidência, quanto à associação estável e permanente para a prática de *crimes* (jamais contravenções penais), o crime de associação criminosa previsto no art. 288, *caput*, do CP, subsiste como soldado de reserva. Como o art. 288-A faz referência à formação desses grupos *com a finalidade de praticar* qualquer dos crimes previstos no Código Penal, conclui-se que tais crimes necessariamente devem ter natureza dolosa, porquanto não se pode conceber a formação de um grupo com a finalidade de praticar crimes *culposos*, já que, neste caso, o resultado não é produzido de maneira consciente e voluntária.

Revelando péssima técnica legislativa, a Lei nº 12.720/12 não teve o cuidado de definir o número mínimo de pessoas necessário para a caracterização de uma organização paramilitar, milícia particular ou grupo ou esquadrão. Certamente, haverá quem diga que basta a presença de 2 (duas) pessoas. Outros, por sua vez, poderão entender que são necessárias pelo menos 4 (quatro) pessoas, traçando um paralelo com o conceito de organizações criminosas constante do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13.

A nosso juízo, levando-se em consideração que esta novel figura delituosa foi inserida no art. 288-A, o ideal é concluir que se trata de subespécie de associação criminosa. Logo, há necessidade da *associação estável e permanente de pelo menos 3 (três) pessoas*, nos mesmos moldes exigidos pelo art. 288, *caput*, do Código Penal.[256] Quando o legislador quer se referir à necessidade de *duas pessoas*, o faz de maneira expressa. A título de exemplo, basta atentar para a redação da qualificadora do crime de furto constante do art. 155, § 4º, inciso IV, do CP: "mediante o *concurso de duas* ou mais pessoas". De mais a mais, é óbvio que a ideia de apenas *duas pessoas*, ou seja, de um par, colide frontalmente com a de *organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão*, que exige a presença de um conjunto de indivíduos. Também se revela inviável o empréstimo do número mínimo de 4 (quatro) pessoas inserido pelo art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, como requisito obrigatório para a constituição de uma organização criminosa.

O legislador se refere à criação de 3 (três) grupos distintos, a saber:

1) **Organização paramilitar:** trata-se de associação civil ou grupo não oficial, que atua paralelamente ao Estado (forças policiais e/ou militares) de maneira ilegal, com o emprego de armas, com estrutura semelhante à militar. De modo a atingir seus objetivos, essas organizações paramilitares geralmente se utilizam de técnicas e táticas policiais oficiais por elas conhecidas, já que é muito comum que seus integrantes sejam policiais ou militares (ou ex-policiais e militares da reserva ou reformados), a exemplo de militares do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, policiais militares, bombeiros, policiais civis e federais. De se lembrar que, sob o fundamento de que o Estado tem exclusividade em relação ao uso do poder coercitivo frente à sociedade em geral, a própria Constituição Federal proíbe expressamente as organizações paramilitares (art. 5º, XVII);[257]

2) **Milícia particular:** a origem do crime de constituição de milícia particular está relacionada, sobremaneira, ao surgimento das milícias na cidade do Rio de Janeiro. Como não existe um espaço de poder desocupado, diversos grupos compostos de civis e agentes públicos ali ingressaram – inicialmente, como verdadeiros "heróis" de uma comunidade fragilizada pela violência – a pretexto de prestar serviços de segurança em virtude do vácuo criado pela ausência do Estado em determinados territórios. Para tanto, cobravam pequenos valores individuais, que serviam como remuneração aos serviços de segurança por elas prestados. Como as milícias eram armadas, traficantes e pequenos criminosos acabaram sendo expulsos dos locais por eles ocupados anteriormente. Com a ocupação desses territórios, as milícias perceberam que, além do serviço de segurança, podiam auferir lucros com outros serviços. Passaram, então, a diversificar suas atividades, prestando outros serviços como o transporte alternativo, distribuição de gás e água, e ligações clandestinas de internet e TV a cabo. Valendo-se de insígnias das forças de segurança pública, esses grupos passaram a promover a sua empresa pela disseminação do medo e da extorsão. De fato, a violência, inicialmente voltada apenas para traficantes e outros criminosos, passou a ser dirigida contra os moradores em geral, que se viram compelidos não apenas a pagar pelos serviços de segurança, mas também a adquirir produtos e serviços exclusivamente dos milicianos. Ante a ausência de definição legal do conceito de "milícia privada", talvez possamos tomar como parâmetro as seguintes características: a) controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular; b) o

256. Na mesma linha: BITENCOURT; BUSATO. Op. cit. p. 280.

257. Com entendimento semelhante: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 9ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2013. p. 224.

caráter coativo desse controle; c) o ânimo de lucro individual como motivação central; d) um discurso de legitimação referido à proteção dos moradores e à restauração da segurança; e) participação ativa e reconhecida dos agentes do Estado.[258]

3) **Grupo ou esquadrão:** à primeira vista, como o art. 288-A do CP refere-se à formação de grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos *crimes previstos neste Código*, poder-se-ia concluir que sua criação estaria relacionada à prática de qualquer crime previsto no Código Penal. Fosse esta a melhor interpretação, o dispositivo seria esvaziado por completo, já que seu conceito acabaria se confundindo com o próprio delito de associação criminosa, com a única diferença de que, para fins de tipificação do art. 288, *caput*, do CP, a associação tem o fim de cometer quaisquer crimes, não necessariamente previstos no Código Penal, como ressalva o art. 288-A. Por isso, o art. 288-A deve ser submetido a uma interpretação teleológica junto à Lei nº 12.720/12, para fins de se concluir que a finalidade da formação desse grupo ou esquadrão está voltada à prática de crimes de extermínio de seres humanos. Afinal, consta do enunciado da referida Lei que seu objetivo é dispor sobre o *crime de extermínio de seres humanos*. Portanto, esse grupo ou esquadrão a que se refere o art. 288-A deve ter como especial fim de agir o extermínio de seres humanos, sendo formado por particulares e também por policiais autointitulados de "justiceiros". A palavra *extermínio* pode ser compreendida como a "chacina", o "aniquilamento", a "destruição com mortandade de pessoas". Esse extermínio tem como característica principal a *impessoalidade*, isto é, mata-se uma pessoa sem que o executor do delito sequer saiba seu nome. Na verdade, a vítima é assassinada em virtude de alguma característica especial de natureza política, social, religiosa, étnica, ou qualquer outro traço peculiar capaz de identificá-la como membro de um grupo a ser exterminado (v.g., menores de rua, mendigos, prostitutas, etc.).[259]

258. São essas as características peculiares às milícias apontadas pelo sociólogo Ignácio Cano, citado no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Resolução nº 433/2008), destinada a investigar a ação dessas milícias naquele Estado. Para Cleber Masson (op. cit. p. 477), milícia privada "é o agrupamento armado e estruturado de civis – inclusive com a participação de militares fora das suas funções – com a pretensa finalidade de restaurar a segurança em locais controlados pela criminalidade, em face da inoperância e desídia do Poder Público, e como recompensa são remunerados por empresários e pelas pessoas em geral".

259. Para mais detalhes acerca do conceito de *grupo de extermínio*, remetemos o leitor ao Capítulo referente à Lei dos Crimes Hediondos.

24.7. Distinção entre associação criminosa e organização criminosa.

Apesar de também funcionar como espécie de crime contra a paz pública, este novo tipo penal de associação criminosa inserido no art. 288, *caput*, do CP, não se confunde com o crime de organização criminosa constante do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, pelos seguintes motivos:

1) a organização criminosa demanda a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, ao passo que a associação criminosa pressupõe a presença de 3 (três) ou mais agentes;

2) a organização criminosa deve ser estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, ao passo que a tipificação do crime do art. 288, *caput*, do CP, dispensa a organização, sendo indiferente a posição ocupada por cada associado;

3) a organização criminosa tem como finalidade a obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional; a associação criminosa tem como finalidade a prática de uma série indeterminada de crimes, que pode ser de igual natureza (ou homogênea) ou de natureza diversa (ou heterogênea), pouco importando a quantidade de pena a eles cominada.

Em síntese, pode-se trabalhar com o seguinte quadro comparativo:

Associação Criminosa Art. 288, caput, do CP	**Organização Criminosa Art. 1º, § 1º, c/c art. 2º, caput, ambos da Lei nº 12.850/13**
Número de integrantes: associação estável e permanente de **3 (três)** ou mais pessoas;	**Número de integrantes:** associação estável e permanente de **4 (quatro)** ou mais pessoas;
Organização interna: é dispensável para a caracterização do crime, sendo irrelevante a divisão de tarefas entre seus integrantes;	**Organização interna:** a associação deve ser estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente;
Elemento subjetivo específico (especial fim de agir): cometer uma série indeterminada de **crimes**, pouco importando a quantidade de pena a eles cominada.	**Elemento subjetivo específico (especial fim de agir):** obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de **infrações penais** (crimes ou contravenções penais) cujas penas máximas sejam **superiores a 4 (quatro) anos**, ou de caráter transnacional.

Art. 25. O art. 342 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 342. .....

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

....." (NR)

25. AUMENTO DA PENA DO CRIME DE FALSO TESTEMUNHO OU FALSA PERÍCIA.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.850/13, a pena cominada ao crime de falso testemunho ou falsa perícia era de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Como a pena mínima prevista era igual a 1 (um) ano, era cabível a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89).

Por força do art. 25 da Lei nº 12.850/13, o preceito secundário do crime do art. 342 do Código Penal foi alterado. Doravante, a pena cominada ao crime de falso testemunho ou falsa perícia será de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Como a pena mínima cominada ao crime passa a ser superior a 1 (um) ano, não mais será cabível a suspensão condicional do processo. Evidentemente, como se trata de lei nova mais gravosa, a aplicação do novel preceito secundário está restrita aos crimes praticados a partir da vigência da Lei nº 12.850, que ocorreu no dia 19 de setembro de 2013.

Se o crime for praticado mediante suborno ou cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta, esta pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos deverá ser aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), nos termos do art. 342, § 1º, do Código Penal. Nessa hipótese, como a pena máxima cominada passa a ser superior a 4 (quatro) anos, será possível a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 313, inciso I, do CPP, ainda que o acusado seja primário.

Art. 26. Revoga-se a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.

26. REVOGAÇÃO DA LEI Nº 9.034/95.

Antes da vigência da Lei nº 12.850/13, era a Lei nº 9.034/95 que dispunha sobre meios de prova e procedimentos investigatórios que versassem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Como a Lei nº 12.850/13 passou a regular integralmente a matéria de que tratava a legislação pretérita, seu art. 26 revogou expressamente a Lei nº 9.034/95.

A comparação entre os textos da revogada Lei nº 9.034/95 e o da Lei nº 12.850/13 permite a extração de algumas conclusões acerca do novo regramento legal dispensado às organizações criminosas no ordenamento pátrio. Vejamos cada uma delas, separadamente.

26.1. Identificação criminal.

No capítulo referente à identificação criminal (Lei nº 12.037/09), vimos que a identificação criminal é de fundamental importância no auxílio da aplicação do direito penal, porquanto, através dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que praticou a infração penal sob investigação, possibilitando o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, a fim de que, ao término da persecução penal, lhe sejam impostas as sanções decorrentes do delito praticado. São três as espécies de identificação criminal: fotográfica, datiloscópica e, com o advento da Lei nº 12.654/12, do perfil genético.

Quando a Lei nº 9.034/95 entrou em vigor, havia previsão expressa no sentido da identificação criminal compulsória de pessoas envolvidas com o crime organizado, independentemente da existência de identificação civil. Posteriormente, todavia, foi criada uma lei específica acerca da identificação criminal (Lei nº 10.054/00). Como o art. 3º, inciso I, da Lei nº 10.054/00 – posteriormente revogada pela Lei nº 12.037/09 –, enumerava, de forma incisiva, determinados crimes em que a identificação criminal seria compulsória – homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público –, não constando, dentre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas, restou consolidado o entendimento jurisprudencial no sentido de que o preceito do art. 5º da Lei nº 9.034/95 teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 10.054/00.[260]

Tal conclusão restou ainda mais explícita com o advento da Lei nº 12.037/09, que revogou a Lei nº

260. STJ, 5ª Turma, RHC 12.965/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/10/2003, DJ 10/11/2003 p. 197. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 12.968/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/08/2004, DJ 20/09/2004, p. 303.

10.054/00. De acordo com seu art. 1º, o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, *salvo nos casos previstos nesta lei.* Ora, se a Lei nº 10.054/00 foi expressamente revogada pelo art. 9º da Lei nº 12.037/09 e, se o art. 1º da Lei nº 12.037/09 preceitua que a identificação criminal só poderá ocorrer *nos casos previstos nesta lei*, tínhamos aí mais um argumento no sentido da revogação tácita do art. 5º da Lei nº 9.034/95.[261]

Com a revogação expressa da Lei nº 9.034/95 pelo art. 26 da Lei nº 12.850/13 e, considerando-se que a nova Lei de Organizações Criminosas nada dispõe quanto à identificação criminal obrigatória de agentes envolvidos com ações praticadas por organizações criminosas, não há mais qualquer controvérsia quanto ao assunto: doravante, a identificação criminal somente será possível nas hipóteses estabelecidas no art. 3º da Lei nº 12.037/09.

26.2. Liberdade provisória.

No capítulo referente à Lei dos Crimes Hediondos, vimos que não é dado ao legislador vedar, em abstrato, a concessão de liberdade provisória a determinado delito, estabelecendo verdadeira prisão cautelar obrigatória para aquele que foi preso em flagrante, independentemente de prévia análise judicial acerca da necessidade de subsistência da constrição cautelar.

Portanto, o art. 7º da revogada Lei nº 9.034/95, que dispunha que não seria concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tivessem tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, não resistia a uma filtragem constitucional, nem tampouco convencional, seja porque se revelava incompatível com a regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência, seja porque estabelecia hipótese de conversão automática de prisão em flagrante em preventiva, o que contraria a própria exegese do art. 310, inciso II, do CPP, que passou a exigir que esta conversão ocorra apenas quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, e desde que haja fundamentação expressa nesse sentido. Afinal, o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal. Cabe, unicamente, ao Poder Judiciário, aferir a existência, ou não, em cada caso, da necessidade concreta de se decretar a prisão cautelar.

A inconstitucionalidade do art. 7º da revogada Lei nº 9.034/95 já havia sido reconhecida expressamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal: "Cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória (Convenção de Palermo, art. 11), não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de ofensa à presunção de inocência, dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado. A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível com a presunção de inocência e com a garantia do "*due process*", dentre outros princípios consagrados na Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito".[262]

Com a revogação da Lei nº 9.034/95 pelo art. 26 da Lei nº 12.850/13 e, considerando-se que a nova Lei de Organizações Criminosas nada dispõe acerca do assunto, é de se concluir que, doravante, a ação envolvendo organizações criminosas passa a admitir, pelo menos em tese, a concessão de liberdade provisória. Isso, todavia, não significa dizer que todo e qualquer acusado que tenha se associado à determinada organização criminosa será obrigatoriamente colocado em liberdade. Na verdade, a repercussão prática disso é tão somente impedir que o juiz possa negar a concessão da liberdade provisória, invocando, como o fazia anteriormente, apenas o disposto no revogado art. 7º da Lei nº 9.034/95.

Portanto, se o juiz entender que há necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva (ou temporária), deverá apontar fundamentadamente não apenas o *fumus comissi delicti* – prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria –, como também o *periculum libertatis*, evidenciado pela necessidade do cárcere *ad custodiam* para assegurar a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal, e para evitar a prática de novas infrações penais (CPP, art. 282, I), e desde que revelada a ineficácia das medidas cautelares diversas da prisão. Nesse contexto, como já se pronunciou o Supremo, "a necessidade de se

261. Na mesma linha é o entendimento de Eduardo Luiz Santos Cabette. *Comentários iniciais à nova lei de identificação criminal (Lei nº 12.037/09). Jus navigandi*, ano 14, nº 2.288, Teresina, 6 out. 2009. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/13628. Acesso em: 15 maio 2011.

262. STF, 2ª Turma, HC 94.404/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18/11/2008, DJe 110 17/06/2010.

interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva".[263]

26.3. Recolhimento à prisão para apelar.

De acordo com o art. 9º da revogada Lei nº 9.034/95, o acusado não poderia apelar em liberdade nos crimes previstos na referida Lei. Tal dispositivo estabelecia o recolhimento do acusado à prisão como condição automática de admissibilidade recursal, pouco importando se o acusado era primário, portador de bons antecedentes, ou se estavam presentes (ou não) os pressupostos que autorizavam a prisão preventiva (CPP, art. 282, I, c/c art. 312). Em outras palavras, em processos criminais relacionados a ilícitos praticados por quadrilha ou bando, associações ou organizações criminosas, jamais seria franqueado ao acusado o direito de recorrer em liberdade, porque o art. 9º da Lei nº 9.034/95 estabelecia o recolhimento à prisão como efeito automático da sentença condenatória.

É sabido que, durante anos e anos, o recolhimento à prisão figurou no Código de Processo Penal e na legislação especial como condição de admissibilidade recursal. Desde o advento da Constituição Federal, este draconiano fato impeditivo do conhecimento de um recurso já era questionado por boa parte da doutrina, sob o argumento de que o direito ao duplo grau de jurisdição não podia ser tolhido em virtude do não recolhimento do acusado à prisão. Não obstante a posição doutrinária, tal requisito era tido como válido pelos Tribunais Superiores, como se depreende da própria súmula nº 9 do STJ: "A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

Ocorre que, em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento acerca do assunto, pondo um fim à vinculação do conhecimento do recurso ao recolhimento do acusado à prisão. Entendeu a Suprema Corte que haveria um conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, § 2º, "h", do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, § 2º, da CF, e a exigência de o condenado recolher-se ao cárcere para que a apelação fosse processada.[264]

Do referido julgado podem ser extraídas duas importantes conclusões: a) o direito de apelação pode ser exercido no âmbito criminal, independentemente do recolhimento do acusado à prisão, pouco importando também se ele é primário ou não, portador de bons antecedentes ou não; b) nada impede que o juiz, na sentença condenatória, decrete a prisão preventiva do acusado, fazendo-o de maneira fundamentada à luz dos pressupostos dos arts. 282, I, 312 e 313 do CPP, e desde que revelada a ineficácia ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Consolidando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC 88.420, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou, em 23 de abril de 2008, o enunciado da súmula nº 347, segundo o qual *o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão*. Por consequência, deixou de ter qualquer validade a súmula nº 09 do STJ. Além disso, ao editar a súmula nº 347, o STJ passou a reconhecer: o duplo grau de jurisdição como garantia do acusado; a impossibilidade de lei ordinária limitar o direito de recurso; e a possibilidade de prisão somente quando a decisão for devidamente fundamentada com fatos concretos e dentro dos parâmetros do art. 312 do CPP, ou quando transitada em julgado a decisão condenatória.[265]

Essa discussão ganhou reforço a partir do novo entendimento da Suprema Corte acerca do status normativo de tratados internacionais de direitos humanos. A partir do momento em que o Supremo passou a considerá-los dotados de status normativo supralegal (RE 466.343), temos que resulta inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Se é este o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do status normativo do Pacto de São José da Costa Rica, que expressamente assegura aos acusados o direito ao duplo grau de jurisdição (Dec. 678/92, art. 8º, § 2º, "h"), forçoso é concluir que o art. 9º da revogada Lei nº 9.034/95, que outrora condicionava

263. STF, 1ª Turma, HC 95.024/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 14/10/2008, DJe 035 19/02/2009. Com entendimento semelhante: STJ, 5ª Turma, HC 183.568/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 01/03/2011, DJe 28/03/2011.

264. STF, 1ª Turma, HC 88.420/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/04/2007, DJe 32 06/06/2007. Mesmo antes da decisão proferida no HC 88.420, o Supremo Tribunal Federal já caminhava no sentido de declarar inválido (total ou parcialmente) o art. 9º da Lei nº 9.034/95, quando a reclamação 2.391 perdeu seu objeto. Na mesma linha, porém pelo Tribunal Pleno do Supremo: HC 90.279/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/03/2009, DJe 157 20/08/2009.

265. ZAPPALA, Amalia Gomes. Súmula 347 do STJ – Fim da inconstitucional escolha entre liberdade e apelação. *Boletim IBCCrim* 187, ano 16. São Paulo: IBCCrim, junº 2008, p. 18.

o conhecimento da apelação ao recolhimento do acusado à prisão, já havia deixado de ter validade no ordenamento pátrio.

Diante dessa mudança de entendimento jurisprudencial, passou a constar expressamente do Código de Processo Penal que, por ocasião da sentença condenatória, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta" (CPP, art. 387, § 1º, renumerado pela Lei nº 12.736/12).

Certamente, haverá quem diga que o art. 9º da Lei nº 9.034/95 não fora revogado tacitamente pela nova sistemática adotada pelas Leis 11.719/08 e 12.403/11, sob o argumento de que, por se tratar de lei especial, devia prevalecer a regra *lex specialis derrogat legi generalis,* com o que não podemos concordar. De fato, como adverte Badaró, quando uma lei especial excepciona uma regra geral, o faz diante da inadaptabilidade daquela disciplina comum para as peculiaridades dos casos regidos pela lei especial. Obviamente, no caso de uma verdadeira revolução na disciplina da lei geral, que passa a seguir um sistema completamente novo, não se pode, pura e simplesmente, negar aplicação à nova lei geral, ou melhor, ao novo sistema global às situações disciplinadas pela lei especial. Isso porque desaparece, em tal caso, a justificativa de adoção do fator de diferenciação.[266]

Com a revogação expressa da Lei nº 9.034/95 pelo art. 26 da Lei nº 12.850/13 e, considerando-se que a nova Lei de Organizações Criminosas nada dispõe quanto ao recolhimento à prisão para apelar, é de se concluir que, doravante, independentemente do recolhimento à prisão – ou até mesmo de eventual fuga durante a tramitação do recurso –, o acusado terá assegurado o direito ao duplo grau de jurisdição. O recolhimento do condenado à prisão não mais poderá ser exigido como requisito para o conhecimento do recurso de apelação, sob pena de violação ao duplo grau de jurisdição e aos direitos de ampla defesa e à igualdade entre as partes no processo.[267]

Se o conhecimento da apelação independe do recolhimento à prisão, isso, no entanto, não significa dizer que o acusado não possa ser preso quando da sentença condenatória. A prisão preventiva pode ser decretada no momento da sentença condenatória, desde que o magistrado o faça de maneira fundamentada, apontando a presença dos pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP, associada à insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão para assegurar a eficácia do processo. Porém, o fato de a prisão cautelar ter sido decretada de maneira fundamentada jamais poderá servir como óbice ao conhecimento do recurso, sob pena de afronta ao duplo grau de jurisdição, previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

26.4. Regime inicial de cumprimento da pena.

Dispunha o art. 10 da revogada Lei nº 9.034/95 que os condenados por crimes *decorrentes de organização criminosa deveriam iniciar* o cumprimento da pena em regime fechado. Estranhamente, o legislador restringia a aplicação desse preceito apenas aos condenados por ilícitos decorrentes de organização criminosa. Logo, interpretando-se a *contrario sensu* o dispositivo legal em exame, concluía-se que condenados por ilícitos decorrentes de quadrilha ou bando ou associações criminosas podiam iniciar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado.

No tocante à (in) constitucionalidade de fixação do regime inicial fechado em relação a determinado(s) delito(s), é bom lembrar que, em recente julgado, o Plenário do Supremo declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.11.464/07, na parte em que contida a obrigatoriedade de fixação de regime fechado para início de cumprimento de reprimenda aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Para o Supremo, se a Constituição quisesse a fixação do regime inicial aberto com base no crime em abstrato, teria incluído a restrição no tópico inscrito no art. 5º, XLIII, da CF, o que não ocorreu, já que referido preceito afasta somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena. Destarte, pelo menos em tese, deve ser admitido o início de cumprimento de reprimenda em regime diverso do fechado a condenados que preencham os requisitos previstos no art. 33, § 2º, b; e § 3º, do CP. Assim como no caso da vedação legal à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito de tráfico — já declarada inconstitucional pelo STF. —, entendeu-se que a definição de regime

266. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011.* Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 269.

267. Mesmo antes da revogação da Lei nº 9.034/95, já era esse o entendimento da Suprema Corte: STF, Pleno, RHC 83.810/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 200 22/10/2009.

deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração.[268]

Ora, a partir do momento em que o Supremo passou a reconhecer a inconstitucionalidade de fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta a condenados pela prática de crimes hediondos e/ou equiparados, sustentávamos, desde a 1ª edição desta obra, que não havia razão para não se aplicar o mesmo raciocínio aos ilícitos decorrentes de organizações criminosas, desde que, evidentemente, preenchidos os requisitos constantes do art. 33 do Código Penal. Com a revogação da Lei nº 9.034/95 pelo art. 26 da Lei nº 12.850/13 e, considerando-se que a nova Lei de Organizações Criminosas nada dispõe acerca do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, conclui-se que, doravante, é perfeitamente possível que condenados por infrações penais decorrentes de organização criminosa iniciem o cumprimento da pena em regime inicial diverso do fechado, desde que, obviamente, preenchidos os requisitos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

De se notar, porém, que o Pacote Anticrime passou a prever que as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. O tema foi objeto de análise nos comentários ao art. 2º, §8º, da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.964/19, para onde remetemos o leitor.

Art. 27. Esta Lei entra em vigor após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 2 de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.8.2013 – Edição extra

27. VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.850/13.

Consoante disposto no art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/98, a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. Destarte, considerando que a Lei nº 12.850 foi publicada oficialmente no dia 5 de agosto de 2013, temos que sua vigência ocorreu em data de 19 de setembro de 2013, já que seu art. 27 estabeleceu uma *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco) dias.

LEI nº 12.694/12

Art. 1º. Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente:

I – decretação de prisão ou de medidas assecuratórias;

II – concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão;

III – sentença;

IV – progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena;

V – concessão de liberdade condicional;

VI – transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e

VII – inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

§ 1º O juiz poderá instaurar o colegiado, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento ao órgão correicional.

§ 2º O colegiado será formado pelo juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição.

§ 3º A competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado.

§ 4º As reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial.

§ 5º A reunião do colegiado composto por juízes domiciliados em cidades diversas poderá ser feita pela via eletrônica.

§ 6º As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro.

§ 7º Os tribunais, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento.

268. STF, Pleno, HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, 27/06/2012. Admitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime inicial aberto para o crime de tráfico de drogas: STF, 2ª Turma, HC 111.844/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/04/2012; STF, 2ª Turma, HC 112.195/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012. Admitindo a fixação de regime prisional diferente do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas: STJ, 3ª Seção, EREsp 1.285.631/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24/10/2012.

28. JUÍZOS COLEGIADOS PARA O JULGAMENTO DE CRIMES PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.

O II Pacto Republicano de Estado, assinado em 2009, estabeleceu como diretriz a criação de colegiado para julgamento em 1º grau de crimes perpetrados por organizações criminosas, para trazer garantias adicionais aos magistrados, em razão da periculosidade das organizações e de seus membros. Some-se a isso a morte de quatro juízes nos últimos tempos – Leopoldino Marques do Amaral, Antônio José Machado Dias, Alexandre Martins de Castro Filho e Patrícia Acioli. Tem-se aí o pano de fundo que deu origem à Lei nº 12.694/12, que passou a dispor sobre a formação de um juízo colegiado em primeiro grau de jurisdição formado por 3 (três) juízes para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, cujo objetivo precípuo é o de despersonalizar a figura do juiz singular.[269]

No plano federal, trata-se de novidade no processo penal brasileiro. De fato, a despeito de as Turmas Recursais dos Juizados Especiais também serem formadas por 3 (três) juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, este órgão funciona como segundo grau de jurisdição, ou seja, como juízo *ad quem* em relação às decisões proferidas pela 1ª instância dos Juizados Especiais Criminais no processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Em sentido diverso, os juízos colegiados para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas atuarão no primeiro grau de jurisdição, cabendo ao respectivo Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal) o julgamento de eventuais recursos.

Dissemos que se trata de novidade no processo penal brasileiro *no plano federal* porquanto, mesmo antes do advento da Lei nº 12.694/12, alguns estados da federação, atendendo à Recomendação nº 3, de 30 de maio de 2006, do Conselho Nacional de Justiça,[270] já haviam manifestado certa preocupação em relação ao assunto (v.g., Pará e Mato Grosso). A título de exemplo, por meio da Lei nº 6.806/2007, o Estado de Alagoas criou a 17ª Vara Criminal da Capital, atribuindo-lhe competência exclusiva para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas dentro do território alagoano. A constitucionalidade dessa Lei Estadual foi objeto de discussão na ADI 4.414. Por tratar de matéria relacionada à organização judiciária, concluiu o Supremo ser válida a criação, pelos estados-membros, de varas especializadas em razão da matéria, haja vista o quanto disposto no art. 74 do CPP, c/c art. 125 da Constituição Federal, desde que respeitadas as competências previstas na própria Carta Magna (v.g., Tribunal do Júri), sem que se possa arguir eventual afronta aos princípios do juiz natural, da vedação à criação de tribunais de exceção e da legalidade. Por maioria, o Plenário do Supremo deu-lhe interpretação conforme a Constituição para excluir exegese que não se resuma ao disposto no art. 1º da Lei 9.034/95, ou seja, a vara especializada teria competência apenas para o processo e julgamento dos delitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando (CPP, art. 288), ou associações criminosas (Lei nº 11.343/06, art. 35; Lei nº 2.889/56, art. 2º). Ressalvou-se também que, na medida em que a lei estadual definiria o conceito de organização criminosa em termos de tipificação, ela extrapolaria seus limites, visto que esse conceito, apesar da Convenção de Palermo, poderia ser estabelecido apenas por lei federal, já que convenções internacionais não se qualificam como fontes formais de direito penal, para o qual vigora o princípio da reserva legal.

Especificamente em relação ao art. 2º da Lei nº 6.806/2007, segundo o qual esta Vara Especializada teria titularidade coletiva, sendo composta por 5 (cinco) Juízes de Direito, o Supremo concluiu ser possível que lei estadual instituísse órgão jurisdicional colegiado em 1º grau, nos mesmos moldes do que já ocorre, por exemplo, com o Tribunal do Júri, Junta Eleitoral e Turma Recursal. A composição de órgão jurisdicional inserir-se-ia na competência legislativa concorrente para versar sobre procedimentos em matéria processual (CF, art. 24, XI). Assim, quando a norma criasse órgão jurisdicional colegiado, isso significaria que determinados atos processuais seriam praticados mediante a chancela de mais de um magistrado, questão meramente procedimental. Avaliou-se que a lei estadual teria atuado em face de omissão de lei federal, relativamente ao dever de preservar a independência do juiz na persecução penal de crimes a envolver organizações criminosas. Observou-se que o capítulo do CPP referente à figura do magistrado não seria suficiente para cumprir, em sua inteireza, o

269. De se lembrar que a Lei nº 12.694/12 não foi tacitamente revogada pela Lei nº 12.850/13. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor ao item 1.6 ("Revogação tácita e parcial da Lei nº 12.694/12").

270. Recomendação nº 3, de 30 de maio de 2006, do CNJ: "1. Ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais Regionais Federais, no que respeita ao Sistema Judiciário Federal, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, a especialização de varas criminais, com competência exclusiva ou concorrente, para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas. 2. Para os fins desta recomendação, sugere-se: (...) (e) que as varas especializadas em crime organizado contem com mais de um juiz, bem como com estrutura material e de pessoal especializado compatível com sua atividade, garantindo-se aos magistrados e servidores segurança e proteção para o exercício de suas atribuições".

mandamento constitucional do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII), porque as organizações criminosas representariam empecilho à independência judicial, na forma de ameaças e outros tipos de molestamentos voltados a obstaculizar e desmoralizar a justiça.[271]

28.1. Distinção entre o juízo colegiado e o juiz sem rosto.

O juízo colegiado criado pela Lei nº 12.694/12 não se confunde com a polêmica figura do **juiz sem rosto** (ou juiz secreto): enquanto este se caracteriza pelo fato de não ter seu nome divulgado, por não ter seu rosto conhecido, por ter sua formação técnica ignorada, naquele, o nome e a assinatura de cada um dos 3 (três) magistrados que fazem parte do órgão deverá constar de todas as decisões por ele proferidas, com a única ressalva de que só não devem ser divulgadas eventuais divergências entre eles.[272]

Como observa Nucci, o escopo da Lei nº 12.694/12 não é assegurar o conhecido *juiz sem rosto,* famoso em outras partes do mundo. Na dicção do autor, "os magistrados integrantes do colegiado devem ter rosto conhecido das partes do processo e da sociedade em geral. Não se forma um colegiado secreto, mas apenas a possibilidade de haver uma decisão conjunta, nos mesmos moldes que ocorre em graus de jurisdição superiores. Confere-se, com isso, a sensação de segurança, pois o responsável pela prisão, condenação ou outro ato restritivo da liberdade não se circunscreve a um magistrado, mas a três juízes".[273]

28.2. Atos processuais a serem praticados pelo juízo colegiado.

Consoante dispõe o art. 1º da Lei nº 12.694/12, em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, como forma de dissipar a responsabilidade por uma decisão hostil, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente: I – decretação de prisão ou de medidas assecuratórias; II – concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão; III – sentença; IV – progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena; V – concessão de *liberdade* condicional;[274] VI – transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e VII – inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado. A utilização do advérbio *especialmente* no art. 1º da Lei nº 12.694/12 deixa entrever que se trata de rol meramente exemplificativo. Na verdade, a ideia da formação do colegiado é que, uma vez formado, passará a ter competência para toda e qualquer decisão relativa àquela persecução penal.

Perceba-se que o art. 1º da Lei nº 12.694/12 faz menção à formação do colegiado para a prática de qualquer *ato processual.* Na mesma linha, o § 3º do art. 1º dispõe que a competência do colegiado limita-se ao *ato para o qual foi convocado.* Por isso, há quem entenda que a instauração do colegiado deva ser feita para a prática de cada ato específico, vez que sua competência é excepcional e se limita à prática de determinado ato. Logo, não seria possível a convocação para todo o processo ou para apenas uma fase dele, razão pela qual deve haver tantas instaurações quantos forem os atos em que estejam presentes as razões que as justifiquem.[275]

Sem embargo desse entendimento, preferimos entender que, se houver necessidade, é plenamente possível – e até recomendável – a formação do colegiado para o acompanhamento de toda a persecução penal em relação a determinado crime praticado por organização criminosa.[276]

A uma, porque a instauração do colegiado para a prática de cada ato processual é claramente incompatível com o princípio da celeridade, o que, evidentemente, contraria um dos objetivos da própria Lei nº 12.694/12, qual seja, o de viabilizar uma prestação jurisdicional mais justa e eficaz para os crimes praticados por organizações criminosas. Em segundo lugar, fosse necessária a

271. STF, Pleno, ADI 4.414/AL, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012.

272. A Corte Interamericana de Direitos Humanos eliminou o juiz sem rosto peruano em 1999 e em 2000 (respectivamente nos casos Cantoral Benavides e Castillo Petruzzi), porque ofensivo ao direito de defesa, que tem direito a juiz imparcial. A Corte Suprema Colombiana aboliu essa excrescência no ano de 2000. Nessa linha: PIZA, Lia Verônica de Toledo; VILARES, Fernanda Regina. Crime organizado no Peru. *Crime organizado: aspectos processuais.* Coordenação: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 258.

273. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 81.

274. A nosso juízo, houve certa impropriedade terminológica do legislador ao fazer uso da expressão "liberdade condicional", transparecendo evidente confusão entre dois institutos completamente distintos: liberdade provisória e livramento condicional. Como a própria lei se refere à liberdade provisória no inciso II do art. 1º, o inciso V do art. 1º deve ser interpretado como *livramento* condicional.

275. É nesse sentido a opinião de Vicente Greco Filho: *Considerações processuais da lei de julgamento de crimes envolvendo organização criminosa.* Boletim do IBCCRIM: Ano 20, nº 239, Outubro/2012, p. 3. Na mesma linha: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 83.

276. No sentido de que a decisão do juiz pela formação do órgão colegiado pode ser ampla, abrangendo todos os atos processuais, perdurando até o encerramento das funções jurisdicionais de primeiro grau: ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal.* 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 272.

convocação do colegiado para cada ato processual, ter-se-ia evidente prejuízo à busca da verdade, escopo fundamental do processo penal. Afinal, para cada novo juiz que passasse a fazer parte do colegiado, seria necessária a reabertura da instrução, de modo a permitir que este magistrado tomasse conhecimento dos elementos informativos e probatórios constantes dos autos do processo. Por fim, a necessidade de instauração do colegiado para cada ato processual iria de encontro ao princípio da identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2º), porquanto, especialmente nas causas a envolver crime organizado, esta limitação temporal da atividade do julgador inviabilizaria que ele fosse o mesmo perante o qual produzidas as provas e conduzidos os debates, obstaculizando, ademais, o princípio da oralidade, expressamente adotado pela Lei nº 11.719/08.

Nesse sentido, como observa Pacelli, "não se poderá pensar na instauração de mais de um colegiado no curso do mesmo processo. É dizer, uma vez formado o colegiado e praticado o ato para o qual ele tenha sido convocado, exaure-se a respectiva jurisdição, retornando o comando do processo ao juiz originariamente competente. Fatos supervenientes não poderão justificar a formação de outro colegiado, sob pena de se instaurar verdadeiro juízo de exceção, com a convocação arbitrária de vários e diferentes membros do judiciário para um mesmo processo".[277]

28.3. Momento para a formação do órgão colegiado.

Nada diz a Lei nº 12.694/12 acerca do momento para a formação deste órgão colegiado. Todavia, se atentarmos para o fato de que, dentre os incisos do art. 1º, há menção expressa a decisões típicas do processo de conhecimento (v.g., concessão de liberdade provisória ou revogação da prisão) e da execução penal (v.g., concessão de livramento condicional), forçoso é concluir que a instauração do juízo colegiado em primeiro grau de jurisdição pode ocorrer em ambas as fases. Especificamente em relação ao processo de conhecimento, parece-nos que sua instauração pode se dar a qualquer momento, seja durante as investigações, seja durante o curso do processo judicial, mas desde que antes do início da instrução. Explica-se: fosse o colegiado instaurado tão somente após a produção integral da prova em juízo, se acaso 02 (dois) juízes que não participaram da instrução fossem obrigados a proferir sentença em relação a feito do qual não participaram da instrução, ter-se-ia evidente violação ao princípio da identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2º).[278]

28.4. Procedimento para a formação do juízo colegiado.

Cuida-se, a formação do colegiado, de incidente processual em que o juiz declina da sua competência singular e atribui competência a um órgão colegiado em primeiro grau. Quanto à sua natureza jurídica, pode-se dizer que se trata de espécie de competência funcional por objeto do juízo. A convocação e atuação do colegiado deverá atender aos seguintes requisitos e formalidades:

1) **Investigação criminal ou processo penal dotado de elementos de informação ou de provas que demonstrem que o crime objeto da persecução penal fora praticado no contexto de uma organização criminosa**: a formação deste órgão colegiado está condicionada à existência de indícios de que se trata de *crime praticado por organização criminosa*, cujo conceito consta, doravante, do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13. Logo, não se admite a formação do colegiado para a persecução penal de crimes praticados exclusivamente por simples associações criminosas, nem tampouco quando a imputação se limitar à prática de contravenções penais;

2) **Decisão do juiz de primeiro grau determinando a formação do órgão colegiado:** compete ao juiz natural da causa decidir pela formação do órgão colegiado. É ele o *senhor* da instauração do colegiado, não dependendo de aprovação prévia de órgão jurisdicional ou administrativo superior. Não se trata de ato discricionário do juiz, porquanto a própria lei estabelece os requisitos necessários para sua formação. Nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, esta decisão deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade absoluta, cabendo ao juiz indicar os indícios que o levam a acreditar que se trata de crime praticado por organização criminosa, além da indicação dos motivos e das circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física (Lei nº 12.694/12, art. 1º, § 1º). Apesar de a Lei fazer menção apenas ao risco à integridade física do juiz, é evidente que eventuais ameaças a sua família, verdadeira extensão de sua personalidade para fins funcionais, também

277. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 830.

278. Com entendimento semelhante: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 84.

autoriza a formação do órgão colegiado. A existência desses riscos deve ser concreta, não sendo suficientes meras conjecturas. Esta decisão de formação do juízo colegiado é feita com base nos elementos probatórios até então existentes, aplicando-se a cláusula *rebus sic stantibus*. Logo, se acaso um fato superveniente demonstrar que não se tratava de crime praticado por organização criminosa, isso não significa dizer que a anterior decisão judicial de formação do colegiado seja inválida. Quando a decisão judicial de formação do órgão colegiado for proferida no curso de investigação ou processo judicial para fins de adoção de medida cautelar (v.g., prisão temporária, preventiva, sequestro de bens), pensamos que deve ser preservado seu sigilo, até mesmo como forma de se resguardar a eficácia da medida de urgência. Porém, em momento posterior, esta decisão deve ser juntada aos autos, para que possa ser questionada pelas partes, resguardando-se, assim, a ampla defesa e o devido processo legal. Nada diz a Lei nº 12.694/12 acerca do recurso adequado para a impugnação dessa decisão de formação do órgão colegiado. Como não se pode afastar do Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção, pensamos que a formação desse colegiado ao arrepio dos pressupostos constantes do art. 1º da Lei nº 12.694/12 pode ser impugnada por meio dos remédios heroicos do *habeas corpus* e do mandado de segurança, pela defesa e pela acusação, respectivamente, porquanto todo acusado tem direito a ser processado e julgado pela autoridade judiciária competente (princípio do juiz natural). Quanto às demais decisões proferidas pelo órgão colegiado, os recursos serão aqueles previstos no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal (v.g., apelação, recurso em sentido estrito, agravo em execução), cujo julgamento deverá ser feito pelo respectivo Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal). Outrossim, como este órgão colegiado de 1ª instância não pode ser equiparado a um Tribunal, não se admite a interposição dos embargos infringentes (ou de nulidade) do art. 609, parágrafo único, do CPP, contra as decisões não unânimes por ele proferidas. Certamente, haverá questionamentos acerca da constitucionalidade da formação desse órgão colegiado, em virtude de possível violação ao princípio do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII). Sem embargo de opiniões em sentido contrário, considerando que referido postulado assegura não só a imparcialidade do julgador, evitando designações com finalidades obscuras em prejuízo do acusado, como também o direito, a qualquer pessoa, a processo e julgamento pelo mesmo órgão, e um reforço à independência do magistrado, é de todo evidente que, na verdade, a formação desse órgão colegiado vem ao encontro do juiz natural. Isso porque, para além de se tratar de instância judiciária devidamente prevista em lei anterior, com competência instituída antes da prática do delito, sua formação visa à preservação da própria segurança do magistrado, que deve se sentir protegido contra ameaças perpetradas por organizações criminosas para que possa exercer sua função jurisdicional de maneira imparcial e independente. De mais a mais, como os nomes dos demais integrantes do colegiado são divulgados, é perfeitamente possível que eventual exceção de suspeição, impedimento ou incompatibilidade seja oposta contra cada um deles;[279]

3) **Escolha dos outros 02 (dois) juízes que irão integrar o órgão colegiado por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição (Lei nº 12.694/12, art. 1º, § 2º)**: como observa a doutrina, o objetivo da criação desse colegiado é diluir a responsabilidade do juízo de primeiro grau, essencialmente singular, em três membros (dois magistrados de primeiro grau oficiando conjuntamente com o juiz natural do processo ou o que tenha a competência definida, por prevenção, mesmo antes do início do processo).[280] Ao contrário da Lei Alagoana anteriormente citada, que previa que a nomeação de magistrado para integrar o órgão colegiado seria feita por meio de simples indicação e nomeação, de forma política, pelo Presidente do Tribunal, com aprovação do Pleno, sendo, neste ponto, declarada inconstitucional no julgamento da ADI 4.414, o critério de escolha adotado pela Lei nº 12.694/12 está em plena consonância com o princípio do juiz natural, porquanto se revela objetivo, apriorístico e impessoal, impedindo qualquer discricionariedade na formação do colegiado. A nosso ver, o sorteio eletrônico preserva o princípio do juiz natural, vez que impede a escolha *post factum* dos juízes que irão compor o órgão colegiado, afastando-se, assim, o perigo de prejudiciais condicionamentos de processos por meio de designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los. A

279. Para Nucci, a formação desse colegiado não viola o princípio do juiz natural nem tampouco a garantia da imparcialidade: *Leis penais e processuais penais comentadas*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 83. Para Pacelli (op. cit. p. 831), a jurisdição colegiada instituída pela Lei nº 12.694/12 nada tem de inconstitucional, relativamente a suposta violação do juiz natural, na perspectiva da vedação do juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII).

280. ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 269.

forma de realização desse sorteio eletrônico e a comunicação aos juízes convocados deverá ser feita nos termos da regulamentação dos Tribunais (Lei nº 12.694/12, art. 1º, § 7º). O colegiado será formado, portanto, por três membros, todos eles juízes de primeira instância, sendo um deles o juiz natural do processo e os outros dois magistrados escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição. Apesar de se tratar de órgão colegiado, o rito a ser observado é o procedimento comum dos juízes singulares;

4) **Comunicação aos órgãos correicionais:** tão logo determinada a formação do órgão colegiado, deve se dar ciência ao órgão correicional (Lei nº 12.694/12, art. 1º, § 1º). Esta comunicação não tem natureza processual, nem tampouco homologadora da decisão, mas sim fiscalizador. Cuida-se, na verdade, de providência salutar que visa evitar abusos nas instaurações de órgãos colegiados. Por isso, como o órgão correicional não exerce atribuições de natureza processual, não tem competência para reformar, cassar ou anular a decisão do juiz que determinou a formação do órgão colegiado, o que não impede, todavia, a instauração de procedimento correicional para apurar eventual infração a dever funcional. Uma vez comunicado acerca da formação do órgão colegiado, poderá o respectivo Tribunal adotar medidas para reforçar a segurança dos magistrados e dos prédios da Justiça. De fato, consoante consta da própria Lei nº 12.694/12 (art. 3º), os Tribunais poderão adotar medidas de controle de acesso, com identificação, aos seus prédios, instalação de câmeras de vigilância e de aparelhos detectores de metais, aos quais se devem submeter todos que queiram ter acesso aos seus prédios. Na mesma linha, mediante autorização específica e fundamentada das respectivas corregedorias e com a devida comunicação aos órgãos de trânsito competentes, os veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que exerçam competência ou atribuição criminal poderão temporariamente ter placas especiais, de forma a impedir a identificação de seus usuários específicos (Lei nº 9.503/97, art. 115, § 7º, com redação dada pela Lei nº 12.694/12). Ademais, para além da concessão de porte de arma aos servidores dos quadros do Poder Judiciário e do Ministério Público que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança (Lei nº 10.826/03, art. 6º, XI, com redação dada pela Lei nº 12.694/12), também é possível que, diante de situação de risco, decorrente do exercício da função, sejam adotadas medidas de proteção pessoal às autoridades judiciais ou aos membros do Ministério Público e seus familiares (Lei nº 12.694/12, art. 9º);

5) **Possíveis reuniões sigilosas do colegiado e decisões fundamentadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro:** consoante disposto no art. 1º, § 4º, da Lei nº 12.694/12, as reuniões do órgão colegiado poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial. Na hipótese de o colegiado ser formado por juízes domiciliados em cidades diversas, o art. 1º, § 5º, da Lei nº 12.694/12 prevê que as reuniões poderão ser feitas pela via eletrônica. Evidentemente, para que não haja qualquer violação ao princípio da publicidade, as decisões proferidas pelo colegiado por meio dessas reuniões pela via eletrônica deverão constar de atas. De seu turno, o art. 1º, § 6º, dispõe que as decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas *sem qualquer referência a voto divergente* de qualquer membro. Assentada a constitucionalidade da formação de um órgão colegiado para o processo e julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, conclui-se que, até mesmo como forma de se preservar a independência de cada um dos julgadores, não deve haver menção a voto divergente de qualquer um de seus integrantes. Afinal, fosse obrigatória a menção individualizada a cada um dos votos, esvaziar-se-ia o próprio escopo da criação de um órgão colegiado. Como não deve haver referência a votos divergentes, o conteúdo da decisão tomada no colegiado não pode ser imputado a um único juiz. Isso torna difusa a responsabilidade de seus membros, o que acaba por mitigar alguns riscos inerentes ao processo e julgamento de crimes praticados por organizações criminosas.[281] Esta reunião sigilosa e a impossibilidade de se fazer referência a voto divergente assemelha-se, um pouco, à própria garantia constitucional do sigilo das votações do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII, "b"): como os jurados são cidadãos leigos, pessoas comuns do povo, que não gozam das mesmas garantias constitucionais da magistratura, susceptíveis a intimidações caso fossem obrigados a proferir seu voto na presença do acusado e de populares, o que acabaria por afetar a necessária e imprescindível imparcialidade do julgamento, a eles se confere a possibilidade de proferir seu voto em segredo. De maneira semelhante, as

281. Para Pacelli (op. cit. p. 834), é perfeitamente possível que não haja qualquer referência ao nome do juiz divergente. Porém, sob o argumento de que o voto divergente faz parte da decisão colegiada, conclui o autor que o conteúdo do seu voto não pode ser suprimido da publicação, sob pena de ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

decisões do órgão colegiado também poderão ser adotadas em reuniões sigiloas, sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial, assegurada, porém, a presença do órgão do Ministério Público e do defensor. A diferença, porém, é que, no caso do órgão colegiado para o julgamento de organizações criminosas, as decisões tomadas pelo juízo colegiado serão devidamente fundamentadas e subscritas por todos os Magistrados, observando-se, assim, o quanto disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal. Por isso, cuida-se, o art. 1º, §§ 4º e 6º, da Lei nº 12.694/12, de restrição legal à publicidade justificada pelo interesse público de assegurar a tranquilidade dos magistrados no momento da votação. Evidente, pois, a compatibilidade da reunião sigilosa do colegiado com o princípio da publicidade (CF, art. 93, IX, c/c art. 5º, LX), ainda mais se considerarmos que a colheita de provas, os debates e a leitura da sentença, devidamente fundamentada, serão feitos publicamente.

Art. 1º-A. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais poderão instalar, nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, mediante resolução, Varas Criminais Colegiadas com competência para o processo e julgamento: (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

I - de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

II - do crime do art. 288-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

III - das infrações penais conexas aos crimes a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§1º As Varas Criminais Colegiadas terão competência para todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§2º Ao receber, segundo as regras normais de distribuição, processos ou procedimentos que tenham por objeto os crimes mencionados no caput deste artigo, o juiz deverá declinar da competência e remeter os autos, em qualquer fase em que se encontrem, à Vara Criminal Colegiada de sua Circunscrição ou Seção Judiciária. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§3º Feita a remessa mencionada no § 2º deste artigo, a Vara Criminal Colegiada terá competência para todos os atos processuais posteriores, incluindo os da fase de execução. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

28.5. Varas criminais colegiadas para o julgamento de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição (e infrações conexas) e do crime de constituição de milícia privada (e infrações conexas).

Com as mudanças produzidas pela Lei n. 13.964/19, há dois sistemas de prestação jurisdicional colegiada previstos na Lei n. 12.694/12, o primeiro, constante do art. 1º, *caput*, funciona com a eventual criação do colegiado de 1º grau instaurado por sorteio eletrônico, ao passo que o segundo, constante do art. 1º-A, através de uma Vara Criminal Colegiada. Vejamos os dois, separadamente:

a) Juízo colegiado formado pelo juiz do processo e outros dois juízes (Lei n. 12.694/12, art. 1º): consoante disposto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.694/12, objeto de análise nos tópicos anteriores, em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual. Para fins de instauração desse colegiado, o juiz do processo deve indicar os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento ao órgão correicional. As decisões desse colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro;

b) Varas Criminais Colegiadas (Lei n. 12.694/12, art. 1º-A): por força do Pacote Anticrime, foi acrescentado à Lei n. 12.694/12 o art. 1º-A, que passou a prever a possibilidade[282] de os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais instalarem, nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, mediante resolução, Varas Criminais Colegiadas com competência para o processo e julgamento de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição, do crime do art. 288-A do

282. Como não há imposição no sentido da criação dessas varas criminais colegiadas, não há falar em qualquer violação ao Poder de Auto-organização dos Tribunais (CF, arts. 96, I e II, 125, §1º).

Código Penal, e das infrações penais conexas aos crimes anteriormente citados.[283] Consoante disposto no art. 1º-A, §1º, da Lei n. 12.694/12, essas varas criminais colegiadas terão competência para todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado. Destarte, tão logo instaurada pelo Tribunal, essa vara colegiada passa a ter competência originária para julgar todas as demandas atinentes às matérias listadas nos incisos I a III do art. 1º-A, não havendo mais espaço, portanto, para a formação do colegiado de 1º grau instaurado por sorteio eletrônico, pelo menos no âmbito daquela circunscrição ou Seção Judiciária.

Ante o teor do art. 1º-A, §2º, da Lei n. 12.694/12 ("§2º Ao receber, segundo as regras normais de distribuição, processos ou procedimentos que tenham por objeto os crimes mencionados no *caput* deste artigo, o juiz deverá declinar da competência e remeter os autos, em qualquer fase em que se encontrem, à Vara Criminal Colegiada de sua Circunscrição ou Seção Judiciária"), é bem provável que surjam questionamentos acerca da subsistência do art. 1º, *caput*, do mesmo diploma normativo. Com efeito, se o Pacote Anticrime passou a prever que o juiz do processo (v.g., juiz da comarca de Valinhos/SP) deverá declinar da sua competência e remeter os autos à vara criminal colegiada de sua circunscrição (no exemplo dado, Campinas) ou Seção Judiciária (Lei n. 12.694/12, art. 1º-A, §2º), não mais se justificaria que o juiz originariamente competente decidisse, com base no art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.694/12, pela formação de um colegiado, hipótese em que o feito continuaria tramitando na mesma comarca (ou Subseção Judiciária). À primeira vista, fica a impressão, então, de que o art. 1º-A teria produzido a revogação tácita do art. 1º, ambos da Lei n. 12.694/12. Mas tal conclusão só nos parece correta nas hipóteses em que a vara criminal colegiada tiver sido, de fato, instalada na respectiva Circunscrição ou Seção Judiciária. Logo, enquanto os Tribunais não se desincumbirem desse mister, subsiste a validade do art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.694/12. Daí, aliás, o motivo de não ter ocorrido a revogação expressa deste último dispositivo normativo, que permanece em vigor, pelo menos enquanto não implantada as varas criminais colegiadas a que se refere o art. 1º-A da Lei n. 12.694/12.

É nesse sentido a lição de Vinícius Marçal e Cleber Masson, para quem "(...) o sistema do colegiado de 1º grau instaurado por sorteio eletrônico (art. 1º) não foi revogado e continua sendo aplicável, presentes os requisitos autorizadores para a sua constituição, nas seguintes situações: a) enquanto não instalada a vara criminal colegiada; b) nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária em que houver a instalação da vara criminal colegiada, quando o caso concreto disser respeito a crime de organização criminosa desarmada; c) nas comarcas que não forem sedes de circunscrição ou seção judiciária, ainda que o caso se refira à organização criminosa armada".[284]

28.6. (In) existência de juízo colegiado das garantias.

Na dicção do art. 3º-B, *caput*, do Código de Processo Penal,[285] incluído pela Lei n. 13.964/19, o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Consiste, pois, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal.

Certamente, haverá questionamentos acerca da necessidade de formação de um juízo das garantias colegiado, nos moldes preconizados pelos arts. 3º-A a 3º-F do CPP, o qual, então, estaria impedido de funcionar como juízo da instrução e julgamento colegiado? No capítulo introduzido no Código de Processo Penal de modo a regulamentar a nova figura do juiz das garantias – arts. 3º-A a 3º-F –, não há dispositivo expresso acerca do assunto. Consta do art. 3º-C, *caput*, do CPP, tão somente uma referência genérica no sentido de que *a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais*, exceto as de menor potencial ofensivo.

283. De se notar que as varas criminais colegiadas não têm competência para o processo e julgamento de todos os crimes de organização criminosa por natureza, diferenciando-se, nesse ponto, do sistema do colegiado de 1º grau instaurado por sorteio eletrônico (Lei n. 12.694/12, art. 1º). Com efeito, por força do art. 1º-A da Lei n. 12.694/12, sua competência está restrita ao crime de organização criminosa armada ou que tenha armas à disposição (e às infrações penais conexas), bem como à constituição de milícia privada (e às infrações penais conexas).

284. MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2020.

285. De se lembrar que, na condição de Relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020), o Min. Fux concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F, todos do CPP, incluídos pela Lei n. 13.964/19.

Diante desse silêncio, a solução é examinar a Lei n. 13.964/19 como um todo. E esta interpretação sistemática do Pacote Anticrime em conjunto pode nos levar à conclusão – precipitada, a nosso juízo – de que a figura do juiz das garantias não seria extensiva aos juízos colegiados acima referidos. Isso porque o art. 1º-A, §1º, da Lei n. 12.694/12, incluído pela Lei n. 13.964/19, dispõe: "As Varas Criminais Colegiadas terão competência para *todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal* e da execução da pena, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado" (nosso grifo). Ora, referindo-se o dispositivo à competência das varas criminais colegiadas para *todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação e do processo penal*, ter-se-ia como inexistente, pois, a necessidade de desmembrarmos as fases da persecução penal em colegiados diversos. Poder-se-ia admitir que um único juízo colegiado atuasse tanto na fase investigatória, quanto na fase processual.

Sem embargo de admitirmos que esta interpretação deverá acabar prevalecendo, não nos parece ser a melhor conclusão em relação à controvérsia. Primeiro, porque não conseguimos visualizar nenhuma diferença numa suposta contaminação subjetiva da imparcialidade subjetiva de um juiz singular que tenha decretado uma prisão temporária em relação a um crime qualquer, ficando, pois, impedido de funcionar do processo à luz do art. 3º-D, *caput*, do CPP, para a hipótese em que esta mesma prisão cautelar tenha sido decretada por um juízo colegiado (ou vara colegiada) formada por três magistrados. Se a Lei n. 13.964/19 concebeu a figura do juiz das garantias como uma espécie de filtro objetivo de redução de arbitrariedade e de contaminação subjetiva do julgador, potencializando a proteção da sua imparcialidade, não há nenhuma lógica em se aplicar este novo modelo às decisões subjetivamente simples, ou seja, àquelas proferidas por apenas uma pessoa (v.g., juiz singular), mas não se aplicar a mesma lógica quando idêntica intervenção na fase investigatória decorrer de decisões subjetivamente plúrimas, leia-se, por órgãos colegiados homogêneos (v.g., varas criminais colegiadas).

Não bastasse essa necessidade de se conferir tratamento isonômico aos acusados, independentemente da natureza do delito por eles praticado e do órgão jurisdicional competente para o seu processo e julgamento, quando se estuda a origem do Pacote Anticrime e a própria tramitação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, percebe-se claramente que o art. 1º-A, §1º, da Lei n. 12.694/12, jamais teve a intenção de afastar a aplicação da figura do juiz das garantias às varas criminais colegiadas. Isso por uma razão muito simples: a sistemática hoje introduzida na Lei n. 12.694/12 referente às varas criminais colegiadas teve origem no chamado "Projeto Alexandre de Moraes", dentro do qual jamais foi concebida a existência de um juiz das garantias. Daí a justificativa para o fato de o art. 1º-A, §1º, da Lei n. 12.694/12, dispor que as varas colegiadas teriam competência para *todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal* e da execução penal. Ou seja, o dispositivo nada dispôs acerca da necessidade de separação entre a atividade jurisdicional exercida antes e depois do início do processo porquanto, à época em que foi apresentado, sequer se cogitava em juiz das garantias, seja no Projeto "Moraes", seja no Projeto "Moro". Eis que surge, então, durante a tramitação do Projeto da Lei Anticrime, a figura do juiz das garantias, aí inserido através de uma emenda parlamentar, reproduzindo o conteúdo referente à matéria que integrava o Projeto de Lei do novo CPP (Projeto de Lei n. 8.045/2010 - Projeto de Lei do Senado n. 156/09). Era de se esperar, então, que fosse sugerida nova redação ao art. 1º, §1º, da Lei n. 12.694/12, até para se afastar qualquer interpretação afastando a aplicação da nova sistemática do juiz das garantias às varas criminais colegiadas. Isso não ocorreu. Sem embargo desse lapso do legislador, tão frequente, aliás, no conjunto desarmônico da obra da Lei n. 13.964/19, daí não se pode admitir a impossibilidade de aplicação do juiz das garantias não apenas aos juízos colegiados para o julgamento de organizações criminosas (Lei n. 12.694/12, art. 1º), mas também às varas criminais colegiadas com competência definida pelo art. 1º-A da Lei n. 12.694/12.

PRISÃO TEMPORÁRIA

LEI 7.960/1989

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo (Incluído pela Lei n. 13.260/16).

1. ORIGEM DA LEI DA PRISÃO TEMPORÁRIA (LEI Nº 7.960/89).

A Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que instituiu a prisão temporária, foi criada com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações criminais quanto a alguns crimes graves. Por isso, sua decretação jamais é possível durante o curso do processo judicial. Outra preocupação era acabar com a denominada prisão para averiguações. A propósito, consta da própria Exposição de Motivos da referida Lei que "a prisão só pode ser executada depois da expedição do mandado judicial. Com isso, procura impedir que a representação policial se transforme em simples comunicação ao Poder Judiciário".

Como se vê, o principal objetivo da criação da prisão temporária foi o de pôr fim à famigerada prisão para averiguações, que consiste no arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação para aferir sua possível vinculação a uma infração, ou para investigar a sua vida pregressa, independentemente de situação de flagrância ou de prévia autorização judicial. Essa prisão para averiguação é de todo ilegal, caracterizando manifesto abuso de autoridade (Lei n. 13.869/19, art. 9º, caput).

A prisão temporária, portanto, não se confunde com a prisão para averiguações. Como destaca Diaulas Costa Ribeiro, "a prisão temporária é modalidade de prisão para investigação, porque parte de um fato criminoso, delimitado no tempo e no espaço, para uma pessoa certa e determinada. Ao contrário, a prisão para averiguações desenha-se

sob um ponto de vista absolutamente diferente, eis que por meio dela as autoridades prendem, aleatoriamente, pessoas, para depois descobrir crimes que não estavam sequer investigando ou para apurar crimes nos quais essas pessoas nem ao menos figuravam como suspeitas, caracterizando o que vulgarmente se conhece como 'operação arrastão', realizada em áreas de contingente criminoso e cujo único critério utilizado para limitar o direito de ir e vir é a simples presença nesses locais. Somente após a implementação de uma prisão, neste último sentido discorrido, é que as pessoas serão conduzidas a uma Delegacia e, daí então, se principiará por averiguar eventual envolvimento delas com alguma infração penal, o que é bem diferente de prender para investigar um crime já conhecido e depois de, razoavelmente, consolidada e definida a suspeição de alguém".[1]

A Lei nº 7.960/89, que instituiu a prisão temporária, foi resultado da conversão da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989. Para parte da doutrina, isso macularia a lei com vício formal de inconstitucionalidade, qual seja, a iniciativa da matéria, eis que o Executivo, por meio de Medida Provisória, teria legislado sobre Processo Penal e Direito Penal, matérias que são da competência privativa da União (CF, art. 22, inciso I) e, portanto, deveriam ser tratadas pelo Congresso Nacional. Nessa linha, Alberto Silva Franco assevera que, em matéria de liberdades pessoais, a iniciativa de leis é do Poder Legislativo, não sendo admitido que o Poder Executivo por meio de Medida Provisória se intrometa em área que a ele não é permitido.[2]

Tais argumentos não foram ignorados pelo Ministro Celso de Mello, quando deferiu a liminar postulada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionando a validade da Medida Provisória nº 111/89. Segundo o Ministro, a proteção constitucional da liberdade tem, no princípio da reserva absoluta de lei – e de lei formal – um de seus instrumentos jurídicos mais importantes. A cláusula da reserva absoluta de Lei confere um inigualável grau de intensidade jurídica à tutela constitucional dispensada à liberdade individual, pois condiciona a legítima imposição de restrições ao *status libertatis* da pessoa à prévia edição de um ato legislativo em sentido formal.

Perante a composição plena da Suprema Corte, todavia, tal tese acabou não prevalecendo, decidindo o Supremo, por maioria de votos (8 a 2), que a ADI resultou prejudicada em virtude da perda do objeto, por considerar que a Lei 7.960/1989 não foi originada da conversão da Medida Provisória 111/1989.[3]

Posteriormente, sobreveio a Emenda Constitucional nº 32/2001, a qual deu nova redação ao art. 62 da Constituição Federal, impedindo que fato análogo volte a ocorrer, na medida em que foi vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal, *processual penal* e processual civil (CF, art. 62, § 1º, inciso I, "b").

2. CONCEITO DE PRISÃO TEMPORÁRIA.

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente durante a fase preliminar de investigações, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a identificação de fontes de prova e obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*.

Como espécie de medida cautelar, visa assegurar a eficácia das investigações – tutela-meio –, para, em momento posterior, fornecer elementos informativos capazes de justificar o oferecimento de uma denúncia, fornecendo justa causa para a instauração de um processo penal, e, enfim, garantir eventual sentença condenatória – tutela-fim.[4]

3. REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA.

Diverge a doutrina quanto aos requisitos para a decretação da prisão temporária. São 05 (cinco) as correntes sobre o tema:

a. 1ª Corrente: basta a presença de qualquer um dos incisos. Esta primeira corrente tem fundamento em regra básica da hermenêutica, segundo a qual incisos não se comunicam com incisos, mas

1. *Prisão temporária – Lei nº 7.960, de 21.12.89 – um breve estudo sistemático e comparado. Revista dos Tribunais, nº 707*, p. 273, set. 1994.

2. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4ª ed, Revista dois Tribunais, São Paulo: 2000, p. 357-358. Paulo Rangel comunga do mesmo entendimento: *Direito processual penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 667.

3. STF, Pleno, ADI 162/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27/08/1993 p. 1.

4. Nesse contexto: FREITAS, Jayme Walmer. *Prisão temporária*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 102.

somente com o parágrafo ou com o *caput*.[5] *Com a devida vênia, esse entendimento* nos conduz a uma interpretação absolutamente descontextualizada da Constituição Federal. Ora, fosse isso possível, onde estaria o fundamento cautelar da prisão temporária? Meras razões de autoria ou participação do indiciado em um dos crimes ali elencados autorizaria a privação cautelar da liberdade do indivíduo? O que dizer, então, quanto à possibilidade de se prender alguém simplesmente por não ter residência fixa? Interpretação nesse sentido atentaria contra o princípio da presunção de inocência, transformando a prisão temporária em inequívoca forma de execução antecipada da pena;

b. 2ª corrente: é necessária a presença cumulativa dos três incisos. Com a devida vênia, fossem os incisos considerados cumulativamente – segunda corrente –, a prisão temporária praticamente desapareceria do cenário processual. Com efeito, tornar-se-ia muito difícil identificar-se uma situação em que alguém cometesse um dos delitos previstos no inciso III, não possuísse residência fixa ou elementos necessários para esclarecer sua identidade, aliada à imprescindibilidade de sua segregação para as investigações;[6]

c. 3ª corrente: além do preenchimento dos três incisos, é necessária a combinação com uma das hipóteses que autoriza a prisão preventiva. A terceira corrente é sustentada por Vicente Greco Filho. Após analisar os incisos I, II e III, assevera o autor que, aos requisitos cumulados da Lei nº 7.960/89 devem ser acrescidas as hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Segundo ele, "essas hipóteses parecem ser puramente alternativas e destituídas de qualquer outro requisito. Todavia, assim não podem ser interpretadas. Apesar de instituírem uma presunção de necessidade da prisão, não teria cabimento a sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário. É preciso, pois, combiná-las entre si e combiná-las com as hipóteses de prisão preventiva, ainda que em sentido inverso, somente para excluir a decretação";[7]

d. 4ª corrente (posição majoritária): o inciso III deverá estar sempre presente, seja combinado com o inciso I, seja combinado com o inciso II. De acordo com esse entendimento, com o objetivo de consertar a falta de técnica do legislador, somente é possível decretar a prisão temporária quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes listados no inciso III do art. 1º (ou hediondos e equiparados), associada à imprescindibilidade da segregação cautelar para a investigação policial ou à situação de ausência de residência certa ou identidade incontroversa.[8] Tendo em conta tratar-se a prisão temporária de espécie de prisão cautelar, conjugam-se, assim, seus pressupostos: 1) *fumus comissi delicti*, previsto no inciso III; 2) *periculum libertatis*, previsto no inciso I ou no inciso II;[9]

e. 5ª corrente (nossa posição): sempre serão necessários os incisos I e III, na medida em que o primeiro demonstra a necessidade da prisão (*periculum libertatis*) para o sucesso da investigação, sendo esta a razão primeira do instituto, e o terceiro demonstra o *fumus comissi delicti*. É essa, a nosso ver, a posição mais acertada, porquanto a combinação do inciso II com o inciso III não deve autorizar, por si só, a decretação da prisão temporária, na medida em que sempre será necessário se demonstrar a imprescindibilidade da adoção da medida para se assegurar a eficácia das investigações. É possível que determinado agente não tenha residência fixa e que, mesmo assim, sua prisão temporária não seja necessária para o inquérito policial, pois este já se encontra concluído. Nesse caso, poder-se-ia até cogitar da possibilidade de decretação de sua prisão preventiva, seja para garantir a aplicação da lei penal, a ordem pública ou econômica, seja por conta da conveniência da instrução criminal, mas não de decretação da temporária.[10]

3.1. Da imprescindibilidade da prisão temporária para as investigações.

Acerca do primeiro requisito caracterizador do *periculum libertatis* (inciso I do art. 1º da Lei

5. É essa a posição de Diaulas Costa Ribeiro, "os incisos representam unidades autônomas entre si, vinculadas ao preceito do parágrafo ou do artigo". (*Prisão temporária – Lei nº 7.960/89, de 21.12.89 – um breve estudo sistemático e comparado. Revista dos Tribunais*, nº 707, p. 272, set. 1994).

6. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 658.

7. *Manual de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 272/273.

8. SILVA JÚNIOR (*Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 837) observa que "a hipótese contemplada no inciso I (imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial) compreende a que é prevista no inciso II (não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade), ambos da lei em estudo. Ora, sendo a prisão temporária medida acautelatória a ser adotada ainda na fase pré-processual, tem-se que ela, para ser decretada, há de ser, necessariamente, imprescindível para as investigações do inquérito policial. Se ela não for necessária, não há por que limitar o direito de liberdade da pessoa".

9. É nesse sentido a posição de Antônio Scarance Fernandes (Op. cit. p. 308). Com raciocínio semelhante, GRINOVER, *et alii*. *As nulidades no processo penal*. Op. cit. p. 278.

10. É essa a posição de Marcellus Polastri Lima (op. cit. p. 358). Na mesma linha, segundo Lanfredi (op. cit. p. 136), o inciso II do art. 1º não implica nem autoriza, estando sozinho e isolado, o particular e exigido *periculum libertatis*, se a ele não se associar a reivindicação de um bom termo das investigações criminais. No sentido de que a prisão temporária tem por única finalidade legítima a necessidade da custódia para as investigações: STF, 2ª Turma, RHC 92.873/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12/08/2008, DJe 241 18/12/2008.

nº 7.960/89), é indispensável a existência de prévia investigação (não necessariamente de um inquérito policial), apresentando-se a privação cautelar da liberdade de locomoção do indivíduo como recurso indispensável para a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da conduta delituosa.

Por meio de uma interpretação histórica, poder-se-ia chegar à conclusão de que o inquérito policial é peça indispensável para a decretação da prisão temporária. Explica-se: comparando-se o texto da medida provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, que deu origem à prisão temporária, com o texto definitivo da Lei nº 7.960/89, constata-se que o inciso I da medida provisória estabelecia que a prisão poderia ser decretada quando imprescindível para a 'investigação criminal', tendo o texto definitivo da lei, todavia, restringido sua decretação 'às investigações do inquérito policial'.

No entanto, sendo o inquérito policial peça dispensável ao oferecimento da peça acusatória, desde que a justa causa necessária à deflagração da ação penal esteja respaldada por outros elementos de convicção (CPP, art. 39, § 5º), não sendo a função investigatória uma atribuição exclusiva da Polícia Judiciária (CPP, art. 4º, parágrafo único), queremos crer que a existência de inquérito policial em andamento não é condição *sine qua non* para a decretação da temporária. Há, sim, necessidade de que haja uma investigação preliminar em curso (v.g., comissão parlamentar de inquérito, procedimento investigatório criminal presidido pelo órgão do Ministério Público, etc.), que demande a prisão do investigado para melhor apuração do fato delituoso.[11]

Impõe-se, pois, uma interpretação extensiva do art. 1º, inciso I, da Lei nº 7.960/89, adequando-o à nova realidade investigatória.[12]

Deve a autoridade requerente demonstrar ao juiz o que faz ser considerado "*imprescindível*" o encarceramento do suspeito para elucidar o fato delituoso, como, por exemplo, a ocultação de provas, o aliciamento ou a ameaça às testemunhas, a impossibilidade de se proceder ao reconhecimento do acusado por se encontrar em local incerto, etc.[13]

Ao decretar a prisão temporária, deve o juiz ter sempre em mente o princípio da proporcionalidade, notadamente em seu segundo subprincípio, qual seja, o da necessidade, devendo se questionar se não existe outra medida cautelar diversa da prisão menos gravosa. Em outras palavras, se uma busca e apreensão já se apresentar idônea a atingir o objetivo desejado, não se faz necessária uma prisão temporária; se a condução coercitiva do acusado para o reconhecimento pessoal já se apresentar apta a alcançar o fim almejado, não se afigura correto escolher medida mais gravosa consubstanciada na privação da liberdade de locomoção do acusado; se uma das medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP já for suficiente para tutelar as investigações, como, por exemplo, a proibição de manter contato com pessoa determinada, ou a suspensão do exercício de função pública, deve o magistrado se abster de decretar a prisão temporária.[14]

Impõe-se, portanto, interpretar extensivamente o art. 282, § 6º, e o art. 310, II, ambos do CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11, no sentido de que, quando as medidas cautelares diversas da prisão se revelarem adequadas ou suficientes para tutelar as investigações, a prisão temporária não poderá ser decretada.

Prestando-se a prisão temporária a resguardar, tão somente, a integridade das investigações, forçoso é concluir que, uma vez recebida a denúncia, não mais subsiste o decreto de prisão temporária, devendo o denunciado ser colocado em liberdade, salvo se sua prisão preventiva for decretada. Prisão temporária, por conseguinte, somente na fase pré-processual.

3.2. Ausência de residência fixa e não fornecimento de elementos necessários ao esclarecimento da identidade do indiciado.

Não ter residência fixa tem sido compreendido como sendo a ausência total de um endereço onde possa o indiciado ser localizado.[15]

11. TJSP – 4ª C. – HC 275.316/3 – Rel. Passos de Freitas – JTJ – LEX 217/345.

12. Na mesma linha: Marcellus Polastri Lima (op. cit. p. 355) e também Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi (op. cit. p. 126). Em sentido contrário: SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 150.

13. Admitindo a prisão temporária de indivíduos foragidos que, em liberdade, estariam obstruindo a correta apuração de fatos gravíssimos: TRF 1ª R. – 3ª T. – HC 1998.01.00.048281-0 – Rel. Osmar Tognolo – DJU 29/09/1998. No sentido de que está caracterizado constrangimento ilegal à liberdade de locomoção se a prisão temporária for determinada tão somente para uma *melhor apuração do envolvimento dos suspeitos*, sem a demonstração concreta da imprescindibilidade da medida: STJ, 6ª Turma, RHC 20.410/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/10/2009, DJe 09/11/2009.

14. A propósito: "Incabível a prisão temporária de indiciado que possui residência fixa, ainda que em outra unidade da federação, forneceu os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e já foi submetido a reconhecimento pela vítima. Se imprescindível sua presença aos atos da investigação, poderá, se não atender ao chamado da autoridade, ser determinada sua condução coercitiva, medida menos gravosa do que a prisão" (TJDF, 2ª T. HC 2.758-3, Rel. Des. Getúlio Pinheiro, DJU de 22/04/1999).

15. STJ, 5ª Turma, RHC 12.658/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 28/04/2003 p. 209. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 75.488/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 29/06/2007 p. 683.

De fato, alguém pode perambular sempre pelas mesmas ruas de uma cidade, em um estado de total miserabilidade, sem que isso importe em presunção de fuga. Daí ter concluído a Suprema Corte ser ilegal a decretação de prisão cautelar pelo simples fato de o agente não possuir residência fixa, decorrente de sua condição de morador de rua.[16]

Conquanto a lei se refira à figura do "indiciado", como o inquérito policial não é elemento indispensável à decretação da prisão temporária, forçoso é concluir que o indiciamento também não é requisito obrigatório para a decretação da medida cautelar. Na verdade, ao se referir ao "indiciado", quis a lei demonstrar a necessidade da presença de uma ligação mínima de elementos de informação capazes de vincular alguém à prática de um fato delituoso.

Para Tourinho Filho, no caso de não ser a prisão imprescindível às investigações e ter apenas a finalidade de esclarecer a identidade do suspeito, uma simples notificação de comparecimento ao distrito policial para a identificação dactiloscópica é o bastante e assim não tem justificativa prender alguém por 5 (cinco) dias.[17]

Com efeito, desde a vigência da Lei nº 10.054/00, ora revogada pela Lei nº 12.037/09, não mais se justificava a prisão temporária por 05 (cinco) dias tão somente para a obtenção de elementos necessários ao esclarecimento da identidade do indiciado. Isso porque, com o advento da Lei nº 10.054/00, uma das hipóteses que autorizava a identificação criminal se dava quando o indiciado ou acusado não comprovasse, em 48 (quarenta e oito) horas, sua identificação civil (Lei nº 10.054/00, art. 3º, inciso VI, revogado pela Lei nº 12.037/09). Ora, se a lei autorizava a identificação criminal nessa hipótese, não se justificava a adoção de meio mais gravoso (prisão temporária por 5 dias), em estrita observância ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo – subprincípio da necessidade. A nova lei de identificação criminal também permite a identificação criminal caso o indivíduo não se identifique civilmente (Lei nº 12.037/09, art. 1º c/c art. 2º).

A custódia cautelar sob o argumento de que se destina a conhecer a identidade do indiciado só pode ser aceitável, portanto, no caso de fracasso das diligências policiais que devem ocorrer previamente e, mesmo assim, o tempo limite de cárcere temporário deve ser o estritamente necessário para submeter o indivíduo à identificação criminal, sem que seja necessário cumprir todo o prazo previsto na lei.

3.3. Fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes listados no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89 e no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90.

A prisão temporária não pode ser decretada em virtude da *conveniência da investigação policial* para prender um suspeito. Deve, sim, ser decretada quando a privação cautelar da liberdade de locomoção do investigado figurar como medida indispensável para o bom êxito das investigações. Em outras palavras, a medida só pode ser utilizada quando for imprescindível para o prosseguimento das investigações criminais, no sentido da identificação das fontes de prova e elementos informativos, que não seriam alcançados estando o indiciado em liberdade.

De mais a mais, da própria expressão utilizada pelo legislador no art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89 – *de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal* – depreende-se a necessidade de elementos indiciários de autoria ou de participação nos crimes ali enumerados. Em sede de restrição de liberdade pessoal, as *fundadas razões* de que trata a Lei 7.960/1989, e que bastam para justificar o decreto de prisão temporária, têm que ser algo muito mais coeso e convincente que uma simples suspeita. As *fundadas razões* têm que estar acompanhadas por dados objetivos que apontem para a conclusão de que o suspeito ou indiciado possa ser autor ou partícipe em um dos crimes ali enumerados e em razão do que é requerida a sua prisão temporária, sendo ilegal e repudiável uma captura destinada a fazer nascer referidos indicativos.[18]

Em outras palavras, quando da decretação da prisão temporária, deve o juiz concluir, em virtude dos elementos informativos existentes – essa análise deve ser compatível com o momento em que se requer a prisão temporária, qual seja, logo na fase inicial das investigações – de que é elevada a probabilidade da superveniência de uma denúncia, desenhando-se igualmente viável a pretensão acusatória do órgão ministerial, sendo a constrição cautelar da liberdade de locomoção do agente imprescindível para a eficácia das investigações. Nesse sentido, a 5ª Turma do STJ já concluiu que "a determinação da prisão temporária deve ser fundada em fatos concretos que indiquem a sua

16. STF, 2ª Turma, HC 97.177, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 191 08/10/2009.

17. *Da Prisão e da Liberdade Provisória.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 7, julho/setembro, São Paulo: 1994, p. 80.

18. LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. Op. cit. p. 129.

real necessidade, atendendo-se os termos descritos na lei. Evidenciada a presença de indícios de autoria dos pacientes no delito de atentado violento ao pudor, praticado, em tese, contra três crianças, para o qual é permitida a decretação da custódia provisória, bem como o fato de o paciente se encontrar em lugar incerto e não sabido, necessária se torna a decretação da prisão temporária, tendo em vista a dificuldade de investigação e conclusão do inquérito quando ausente o indiciado".[19]

Superada a análise da expressão *fundadas razões*, passemos à análise do rol taxativo dos crimes que comportam a prisão temporária. São eles (consumados ou tentados), de acordo com o inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89:

a) **homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º)**: atente-se para o fato de que o homicídio qualificado (CP, art. 121, §2º, I, II, III, IV, V, VI e VII, com redação dada pela Lei n. 13.142/15) e o homicídio simples (CP, art. 121, *caput*), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, são considerados hediondos, daí por que, em relação a tais delitos, a prisão temporária poderá ser decretada pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade;

b) **sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º)**;

c) **roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º)**: com vigência em data de 24 de abril de 2018, a Lei n. 13.654/18 uma nova causa de aumento de pena ao crime de roubo. De acordo com o art. 157, §2º-A, "a pena aumenta-se de 2/3 (dois terços); I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. A despeito da criação dessa nova majorante para o crime de roubo, a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei da Prisão Temporária não foram alteradas a fim de se nelas fazer inserir expressamente o art. 157, §2º-A, do CP, do que se poderia concluir que a prisão temporária não seria cabível em relação a tal delito. Com a devida vênia, esse raciocínio não nos parece ser o mais acertado. A Lei nº 13.654/18 não criou um delito autônomo. Na verdade, o §2º-A do art. 157 do CP funciona apenas como um desdobramento do tipo do crime de roubo, uma vez que o legislador apenas definiu um *modus operandi* do referido delito. Deveras, é pressuposto para o reconhecimento do roubo circunstanciado do §2º-A a prática da ação prevista no *caput* do art. 157 do CP, razão pela qual não é possível dissociar o crime majorado das circunstâncias a serem sopesadas na figura típica do art. 157. Logo, se a modalidade simples de roubo prevista no *caput* do art. 157 admite a decretação da prisão temporária, seria absurdo concluirmos que referida espécie de prisão cautelar não seria cabível em relação à figura circunstanciada do §2º-A;

d) **extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º)**: por força da Lei nº 11.923/09, foi acrescido o § 3º ao art. 158 do Código Penal, para tipificar o denominado sequestro relâmpago ("Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente"). Com base nos mesmos argumentos acima expostos em relação ao §2º-A do art. 157 do CP, reputamos que a prisão temporária também é cabível em relação ao crime do art. 158, §3º, do CP;

e) **extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º)**;

f) **estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único)**: o art. 223, *caput*, e parágrafo único, do Código Penal, foram revogados pela Lei nº 12.015/09. Quanto à nova figura delituosa do estupro de vulnerável, prevista no art. 217-A do CP, certo é que o legislador não teve o cuidado de fazer inserir o referido delito no rol do art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89. Não obstante, a partir do momento em que a Lei nº 12.015/09 inseriu o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A) no rol dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90, art. 1º, inciso VI), admitir-se-á a prisão temporária com fundamento no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90;

g) **atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único)**: o art. 214 do Código Penal foi revogado pela Lei nº 12.015/09. Isso, no entanto, não significa dizer que teria havido *abolitio criminis*, já que houve continuidade normativo-típica. Referida conduta delituosa, consubstanciada no constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, simplesmente migrou do revogado art. 214 para o atual art. 213 do CP;

h) **rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único)**: o crime de rapto (art. 219) foi eliminado do Código Penal

19. STJ, 5ª Turma, RHC 18.004/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 14/11/2005 p. 347.

pela Lei nº 11.106/05. No entanto, não se pode falar em *abolitio criminis*, pois não houve descriminalização total da conduta (princípio da continuidade normativo-típica), na medida em que o art. 148, § 1º, V, do Código Penal, acabou absorvendo a figura típica do antigo art. 219. Assim, como o crime de sequestro ou cárcere privado (art. 1º, inciso III, alínea "b") comporta prisão temporária, esta ainda pode ser decretada em relação a tal delito;[20]

i) **epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);**

j) **envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);**

l) **quadrilha ou bando (art. 288)**: com o advento da Lei nº 12.850/13, o antigo crime de quadrilha ou bando foi substituído pelo delito de associação criminosa, cuja tipificação demanda apenas a presença de 3 (três) pessoas. Surge, então, o questionamento: a prisão temporária continua sendo cabível em relação a tal delito? Por mais que o legislador não tenha tido o cuidado de proceder à alteração da Lei da Prisão Temporária, se a tipificação do crime de quadrilha ou bando demandava a associação estável e permanente de pelo menos 4 (quatro) pessoas, não se pode negar que tal conduta continua sendo tratada como tipo penal incriminador pelo art. 288, *caput*, do CP, que, doravante, exige apenas a presença de 3 (três) pessoas. Em termos bem simples, toda quadrilha ou bando composta por 4 (quatro) pessoas já caracterizava, *de per si*, uma associação criminosa. Por consequência, por força do princípio da continuidade normativo-típica, o art. 1º, III, "l", da Lei nº 7.960/89, continua válido. Todavia, onde se lê "quadrilha ou bando", deverá se ler, a partir da vigência da Lei nº 12.850/13, "associação criminosa". Noutro giro, por força da Lei nº 12.720/12, com vigência em 28 de setembro de 2012, foi acrescido ao Código Penal o art. 288-A, que passou a tipificar o crime de constituição de milícia privada. Apesar da tipificação dessa nova modalidade delituosa, a Lei dos crimes hediondos e a Lei da prisão temporária não foram alteradas a fim de se nelas fazer inserir o referido crime. Destarte, por mais absurdo que possa parecer a possibilidade de decretação da prisão temporária apenas em relação ao crime *menos grave* – associação criminosa –, parece-nos inviável a decretação da prisão temporária em relação à constituição de milícia privada, sob pena de evidente violação ao princípio da legalidade;

m) **genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;**

n) **tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976)**: de se lembrar que a Lei nº 6.368/76 foi revogada pela Lei nº 11.343/06;

o) **crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).**

p) **crimes previstos na Lei de Terrorismo:** a Lei n. 13.260/16 contempla 4 (quatro) crimes diversos, quais sejam, o crime de terrorismo propriamente dito (art. 2º), o crime de organização terrorista (art. 3º), preparação de terrorismo (art. 5º) e financiamento ao terrorismo (art. 6º). Todos os delitos estão sujeitos à prisão temporária.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência consideram que o rol de delitos que autorizam a decretação da prisão temporária é taxativo, caracterizando o *fumus comissi delicti*. Logo, a decretação de prisão temporária em relação a crime que não esteja previsto no rol do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89 é completamente ilegal, devendo ser objeto de relaxamento. Assim, será ilegal, por exemplo, a prisão temporária por homicídio culposo, estelionato, apropriação indébita, etc.[21]

Ocorre que, após a vigência da Lei nº 7.960/89, entrou em vigor a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), que, em seu art. 2º, § 3º (posterior § 4º, renumerado pela Lei nº 11.464/07), passou a dispor que a prisão temporária, *nos crimes previstos neste artigo*, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Portanto, a partir da Lei nº 8.072/90, a prisão temporária passou a ser cabível não só em relação aos crimes previstos no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89, como também em relação aos crimes previstos no *caput* do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quais sejam, os crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico de drogas e terrorismo). Da leitura e comparação entre as Leis nº 7.960/89 e 8.072/90, constata-se:

a) a prisão temporária não é admissível em contravenções penais, nem tampouco em crimes culposos;

b) a Lei nº 8.072/90 menciona no art. 2º, *caput*, os crimes hediondos (consumados ou tentados), a prática de tortura e o terrorismo, não constantes do rol do art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89;

20. Apesar de o art. 219 do CP ter sido revogado com o advento da Lei nº 11.106/05, a restrição da liberdade com finalidade libidinosa teria passado a figurar entre as possibilidades de qualificação dos crimes de sequestro ou cárcere privado (CP, art. 148, § 1º, V). Portanto, a mera alteração da norma não deveria ser entendida como *abolitio criminis*, por ter havido continuidade normativa acerca do tipo penal. Nesse sentido: STF, HC 101.035/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/10/10.

21. Afastando prisão temporária decretada em relação a crime de furto: STJ, 5ª Turma, HC 35.557/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20/09/2004 p. 318.

c) a Lei nº 8.072/90 refere-se ao tráfico ilícito de entorpecentes de forma ampla (art. 2º, *caput*), enquanto que a Lei nº 7.960/89 (art. 1º, III, "n") menciona expressamente somente o tráfico de drogas previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76.

Indaga-se, então, se seria cabível prisão temporária no crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º)? À primeira vista, pode-se pensar que não, eis que referido delito não consta do rol taxativo do art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89. No entanto, como o crime do art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º, do CP, passou a ser etiquetado como hediondo em virtude da entrada em vigor da Lei nº 12.978 em 22 de maio de 2014 – Lei nº 8.072/90, art. 1º, VIII –, não há como negar que, desde então, a prisão temporária também passou a ser cabível em relação a tal delito.[22]

Por fim, convém ressaltar que não se admite a decretação da prisão temporária com base na gravidade em abstrato da infração penal, isoladamente considerada. Ora, fosse possível a decretação dessa prisão lastreada apenas na gravidade em abstrato da infração penal, ter-se-ia a decretação automática da prisão temporária sempre que tais infrações fossem praticadas, já que todas elas são naturalmente graves. Por isso, à gravidade da infração, verdadeira elementar dos crimes que admitem a prisão temporária, há de se somar a demonstração da imprescindibilidade da medida para assegurar as investigações.[23]

4. PRISÃO TEMPORÁRIA COMO MEDIDA DE *ULTIMA RATIO* E (DES) NECESSIDADE DE O NÃO CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MEDIDA CAUTELAR SER JUSTIFICADO DE MANEIRA FUNDAMENTADA E INDIVIDUALIZADA.

Durante anos e anos, nosso sistema processual penal ofereceu ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória, lembrando que, antes do advento da Lei n. 12.403/11, esta medida de contracautela só podia ser concedida àquele que fora anteriormente preso em flagrante. Tem-se aí o que a doutrina denominava de **bipolaridade cautelar do sistema brasileiro**. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória, seja com a obrigação de comparecer aos atos processuais, na hipótese de liberdade provisória sem fiança, seja mediante o compromisso de comparecer perante a autoridade, todas as vezes que fosse intimado para atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, proibição de mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e impossibilidade de se ausentar por mais de 8 (oito) dias da residência sem comunicar à autoridade o lugar onde poderia ser encontrado, no caso da liberdade provisória com fiança). Essa reduzida gama de opções de medidas cautelares de natureza pessoal era causa de evidente prejuízo, quer à liberdade de locomoção do agente, quer à própria eficácia do processo penal. Afinal, se é verdade que é muito comum o surgimento de situações que demandam a decretação de medidas cautelares, também é verdade que nem sempre a prisão cautelar era o instrumento mais idôneo e adequado para salvaguardar a eficácia do processo ou das investigações. Como o juiz não era dotado de outras opções, ou decretava a privação de liberdade do acusado ou deixava de decretar a medida extrema, o que, às vezes, colocava em risco a própria eficácia do processo.

Seguindo a orientação do direito comparado, e com o objetivo de pôr fim a esta bipolaridade cautelar do sistema do Código de Processo Penal, a Lei n. 12.403/11 ampliou de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, proporcionando ao juiz a escolha da providência mais ajustada ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade. De acordo com a nova redação do art. 319 do CPP, são previstas 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, todas aplicáveis pelo juiz, de forma isolada ou cumulativa, como vínculos da liberdade provisória (CPP, art. 321), ou, ainda, de forma autônoma à prisão, sendo que o art. 320 do CPP também passou a prever a possibilidade de retenção do passaporte quando for imposta ao acusado a proibição de se ausentar do país. Daí o motivo da mudança da designação do Título IX do Livro I do CPP: antes relativo à prisão e à liberdade

22. Para mais detalhes acerca dos crimes hediondos, cuja relação foi sensivelmente alterada pelo Pacote Anticrime, remetemos o leitor aos comentários à Lei n. 8.072/90.

23. No sentido de que a gravidade dos delitos não é fundamento suficiente para justificar a imposição da custódia cautelar: STJ, 6ª Turma, RHC 20.410/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/10/2009, DJe 09/11/2009. Reputando ser inaceitável que só a gravidade do crime imputado à pessoa ou o clamor público sejam suficientes para justificar a sua segregação antes de a decisão condenatória penal transitar em julgado, em face do princípio da presunção de inocência: STJ, 5ª Turma, HC 127.426/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 05/03/2009, DJe 27/04/2009. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 91.345/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/09/2008, DJe 20/10/2008.

provisória, a nova denominação do Título IX é: "Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória". A rigor, o título em questão deveria ser chamado de medidas cautelares de natureza pessoal, já que a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a liberdade provisória nele previstas são espécies de medidas cautelares.

Essa mudança reflete tendência mundial consolidada pelas diretrizes fixadas nas Regras das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio, de 1990. Esta Declaração refletiu a percepção de que as medidas cautelares, notadamente as de natureza pessoal, por privarem o acusado de um de seus bens mais preciosos – a liberdade –, quando ainda não há decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal, devem possuir um caráter de *ultima ratio*, sendo utilizadas tão somente quando não for possível a adoção de outra medida cautelar menos gravosa, porém de igual eficácia. Além do menor custo pessoal e familiar dessas medidas cautelares diversas da prisão, o Estado também é beneficiado com a sua adoção, porquanto poupa vultosos recursos humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém no cárcere, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doenças infectocontagiosas, estigmatização, criminalização do preso, etc.

A vantagem quanto à aplicação autônoma dessas medidas cautelares é evidente, já que seus requisitos são menos exigentes quando comparados com os da prisão temporária. Em outras palavras, com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, persecuções penais em relação a infrações que, pela legislação pretérita, se encontravam desprovidas de providências acautelatórias, doravante poderão encontrar nas medidas cautelares diversas da prisão importantes instrumentos de tutela cautelar do processo. É verdade que tanto a adoção das medidas cautelares diversas da prisão quanto a decretação da prisão temporária pressupõem a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Porém, enquanto a prisão temporária só pode ser decretada em relação a um rol taxativo de delitos, a decretação das medidas cautelares diversas da prisão exige apenas que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada. Há tão somente uma restrição relativa à modalidade de crime que comporta tais medidas cautelares: a internação provisória do acusado está condicionada às hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração (CPP, art. 319, VII).

Pode-se dizer, então, que o novo sistema de medidas cautelares pessoais trazido pela Lei nº 12.403/11 evidencia que as medidas cautelares diversas da prisão são preferíveis em relação à toda e qualquer espécie de prisão cautelar (preventiva e temporária), dentro da ótica de que sempre se deve privilegiar os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais. Tem-se aí, na dicção de Badaró, a característica da **preferibilidade das medidas cautelares diversas da prisão**, da qual decorre a consequência de que, diante da necessidade da tutela cautelar, a primeira opção deverá ser sempre uma das medidas previstas nos arts. 319 e 320. Por outro lado, como reverso da moeda, a prisão temporária (ou preventiva) passa a funcionar como a *extrema ratio*, somente podendo ser determinada quando todas as outras medidas alternativas se mostrarem inadequadas.[24] Portanto, o magistrado só poderá decretar o *carcer ad custodiam* quando não existirem outras medidas menos invasivas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais também seja possível alcançar os mesmos resultados desejados pela prisão cautelar.

Portanto, no caminho para a decretação de uma prisão temporária, cabe ao magistrado, inicialmente, verificar o tipo penal cuja prática é atribuída ao agente, aferindo, a partir do art. 1º, inciso III, da Lei n. 7.960/89 – ou diante do rol dos crimes hediondos e equiparados –, se o crime em questão admite essa prisão cautelar. Num segundo momento, incumbe ao magistrado analisar se há elementos que apontem no sentido da presença simultânea de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*). O terceiro passo é aferir a presença do *periculum libertatis*, compreendido como o perigo concreto que a permanência do investigado (ou acusado) em liberdade acarreta para a investigação criminal. Logicamente, esses fatos que justificam a prisão temporária devem ser contemporâneos à decisão que a decreta (princípio da atualidade do *periculum libertatis*).[25]

Por fim, também se faz necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas

24. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 223.

25. No sentido de que os fatos que justificam a prisão preventiva devem ser contemporâneos à decisão que a decreta: STJ, 6ª Turma, HC 214.921/PA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/03/2015, DJe 25/03/2015; STJ, 6ª Turma, HC 119.533/ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 27/05/2014, DJe 10/06/2014.

da prisão. Conquanto o art. 310, inciso II, do CPP, incluído pela Lei n. 12.403/11, refira-se apenas à prisão preventiva, ao dispor que sua decretação como resultado da conversão de anterior prisão em flagrante pressupõe a presença dos requisitos do art. 312 e a demonstração de que as medidas cautelares diversas da prisão seriam inadequadas ou insuficientes, não há lógica nenhuma em não se aplicar o mesmo regramento à temporária, eis que esta, à semelhança daquela, também funciona como espécie de prisão cautelar. Agora, de nada adianta o legislador impor a utilização da prisão cautelar como medida de *ultima ratio* se ao juiz não for imposta a obrigatoriedade de fundamentar o porquê da opção pela medida extrema, o porquê da impossibilidade de aplicação das cautelares diversas da prisão no caso concreto. É nesse sentido que se deve compreender a nova redação conferida ao §6º do art. 282 do CPP pela Lei n. 13.964/19, segundo o qual a prisão preventiva – interpretando-se extensivamente, aí também se deve incluir a prisão temporária – será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

5. MOMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA.

Como exposto anteriormente, a prisão temporária é cabível apenas durante a fase preliminar de investigações. Logo, não se admite sua decretação no curso do processo penal. Nesse ponto, a prisão temporária diferencia-se da prisão preventiva, que pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal (CPP, art. 311, *caput*). Por isso, em caso concreto no qual as investigações já estavam próximas do fim, concluiu o STJ ser desnecessária a decretação da prisão temporária.[26]

5.1. Decretação da prisão temporária seguida da prisão preventiva durante o curso das investigações.

Como a prisão preventiva também pode ser decretada durante a fase investigatória, é de se indagar se seria possível a decretação inicial da prisão temporária e, na sequência, e ainda durante as investigações, a decretação da prisão preventiva.

Com o advento da Lei nº 7.960/89, que versa sobre a prisão temporária, pensamos que, pelo menos em relação aos delitos constantes do art. 1º, inciso III, da referida lei, bem como no tocante aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), somente será possível a decretação da prisão temporária na fase preliminar de investigações, à qual não poderá se somar a prisão preventiva, pelo menos durante esta fase. Portanto, em relação a tais delitos, não se afigura possível a aplicação da temporária seguida de preventiva, exclusivamente durante a fase investigatória.

Ora, se em relação a tais delitos foi criada uma modalidade de prisão cautelar com o escopo específico de tutelar as investigações, não faz sentido que a prisão preventiva também seja decretada na fase investigatória. Logo, se a prisão temporária tiver sido decretada pelo magistrado pelo prazo de 60 (sessenta) dias para auxiliar nas investigações de um crime hediondo, não faz sentido que, findo esse prazo, seja decretada a prisão preventiva, concedendo-se à autoridade policial mais 25 (vinte e cinco) dias para finalizar o inquérito.[27] Portanto, se a autoridade policial não conseguir concluir as investigações no prazo máximo previsto para a prisão temporária, o indivíduo deve ser posto em liberdade, sem prejuízo da continuidade da apuração do fato delituoso. No entanto, uma vez expirado o prazo da prisão temporária, e oferecida denúncia ou queixa, nada impede que o magistrado, ao receber a peça acusatória, converta a prisão temporária em preventiva, medida esta que deverá perdurar durante o processo enquanto subsistir sua necessidade.[28]

Isso não significa dizer que a Lei da prisão temporária (Lei nº 7.960/89) tenha afastado a possibilidade de decretação da prisão preventiva na fase investigatória. Na verdade, subsiste a possibilidade de prisão preventiva na fase pré-processual em relação aos delitos que não autorizam a decretação da prisão temporária, desde que preenchidos os pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP. Imagine-se uma hipótese de estelionato em continuidade delitiva, praticado contra inúmeras vítimas por agente com maus antecedentes, que demonstre a intenção de se evadir do distrito da culpa. Nesse caso, como não é cabível a prisão temporária,

26. STJ, 6ª Turma, HC 102.687/RJ, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 02/10/2008, DJe 15/12/2008.

27. Esse prazo de 25 (vinte e cinco) dias para a conclusão do inquérito versando sobre investigado preso é o resultado da somatória do prazo de 10 (dez) dias previsto no art. 10, *caput*, do CPP, com o prazo de prorrogação de 15 (quinze) dias, introduzido no art. 3º-B, §2º, do CPP, pelo Pacote Anticrime, o qual, por ora, está suspenso em virtude da decisão proferida pelo Min. Fux nos autos das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

28. Na mesma linha: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi (*Prisão temporária: análise e perspectivas de uma releitura garantista da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. São Paulo: Quartier Latin, 2009) e Guilherme de Souza Nucci (*Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 57).

apresenta-se viável a decretação da prisão preventiva durante o inquérito policial.

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§4º-A O mandado de prisão conterá necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no *caput* deste artigo, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado. (Incluído pela Lei n. 13.869, de 2019)

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva. (Redação dada pela Lei n. 13.869/19)

§8º Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária (Redação dada pela Lei n. 13.869/19)

6. PROCEDIMENTO.

A prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Da leitura do art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/89, depreende-se que a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo juiz. Preserva-se, assim, o sistema acusatório e o princípio da imparcialidade do juiz.

Firmada a premissa de que ao juiz não é dado decretar uma prisão temporária *ex officio*, especial atenção deve ser dispensada ao quanto disposto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 7.960/89. Por força desse dispositivo, o juiz poderá, de ofício, determinar a apresentação do preso, a solicitação de informações e esclarecimentos da autoridade policial e a realização de exame de corpo de delito. Nada mais. Logo, não se pode admitir sua intervenção nos demais atos investigatórios realizados pela autoridade de polícia judiciária (v.g., interrogatório policial), sob pena se tornar impedido para o processo e julgamento do feito. Nesse contexto, confira-se: " Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989. A lei da prisão temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade policial o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos. A Lei 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o Juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem".[29]

Quando houver representação da autoridade policial, deve o Ministério Público ser obrigatoriamente ouvido, a fim de que se manifeste quanto à

29. STJ, 6ª Turma, RHC 23.945/RJ, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG – j. 05/02/2009, DJe 16/03/2009.

presença dos pressupostos indispensáveis à privação cautelar da liberdade – *fumus comissi delicti* (inciso III do art. 1º) e *periculum libertatis* (inciso I ou II do art. 1º). Na hipótese de uma prisão temporária ser decretada de ofício, ou diante de mera representação policial, sem a obrigatória e prévia manifestação do Ministério Público, ter-se-á manifesto constrangimento ilegal, haja vista ser o *Parquet* o titular da ação penal pública, sendo ilógica e arbitrária a adoção da medida cautelar sem que o *dominus litis* manifeste-se favoravelmente à adoção da medida. Com efeito, basta imaginarmos o quanto inconveniente seria a decretação de uma prisão temporária sem a aquiescência do órgão ministerial, caso o Ministério Público deliberasse posteriormente pelo não oferecimento de denúncia.

A representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público precisam estar instruídos com indicativos suficientes de autoria ou participação delituosa (*fumus comissi delicti*), além da necessária comprovação do *periculum libertatis*, consubstanciado na indispensabilidade da segregação cautelar para assegurar a efetividade da investigação preliminar.

A Lei nº 7.960/89 não atribui legitimidade ao querelante para requerer a prisão temporária. Neste ponto, difere da prisão preventiva, que confere legitimidade ao querelante e ao assistente (CPP, art. 311, *caput*). Na verdade, diante das alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09, não constam do rol do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89 e do art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90, quaisquer delitos sujeitos à ação penal de iniciativa privada. Destarte, a prisão temporária não pode ser decretada em relação a crimes de ação penal privada. Também não haveria razão para se conferir legitimidade ao assistente da acusação. Com efeito, como a intervenção do assistente da acusação pode ocorrer apenas durante a fase processual (CPP, art. 268), jamais seria possível lhe outorgar legitimidade para requerer a prisão temporária, porquanto esta espécie de prisão cautelar pode ser decretada apenas durante a fase investigatória.

Se o pedido de prisão temporária formulado pelo Ministério Público for indeferido pelo juiz, o recurso cabível será o Recurso em Sentido Estrito (CPP, art. 581, inciso V). É bem verdade que o dispositivo em questão refere-se à decisão que indeferir o requerimento de prisão preventiva. No entanto, *in casu*, afigura-se possível interpretação extensiva para também abranger a decisão que indefere o requerimento de temporária, sobretudo se lembrarmos que, quando da entrada em vigor do Código de Processo Penal (1º de janeiro de 1942), somente existiam as prisões em flagrante, preventiva, decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível.

Pragmaticamente, no entanto, diante do indeferimento do requerimento de prisão temporária formulado pelo *Parquet*, acreditamos ser bem mais útil e eficaz que o *Parquet* obtenha novos elementos de informação quanto à autoria e materialidade, formulando novo pedido ao magistrado. De fato, optando o Ministério Público pela interposição de um recurso em sentido estrito, a demora no julgamento do recurso traria prejuízo irreparável às investigações, esvaziando por completo a utilidade da medida cautelar caso esta fosse decretada posteriormente pelo juízo *ad quem*.

Diante do princípio tácito da individualização da prisão (CF, art. 5º, LXI, c/c art. 93, IX), a decisão que decreta a prisão temporária deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Daí dispor o art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.960/89, que o despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento. Não se permite ao magistrado, nessa decisão – veja-se que a Lei nº 7.960/89 impropriamente refere-se a ela como mero "despacho" –, limitar-se a repetir os termos da lei, no sentido de que "*a prisão do indiciado é imprescindível à investigação do inquérito policial*", sob pena de reconhecimento de que se trata de decisão desprovida de fundamentação (CPP, art. 315, §2º, do CPP, incluído pelo Pacote Anticrime). Como já se manifestou o STJ, "é válido o decreto de prisão temporária que se encontra devidamente fundamentado, ainda que de forma sucinta, demonstrando a necessidade da custódia para as investigações do inquérito policial e em consonância com os indícios de participação do paciente em fato típico e antijurídico previsto na Lei nº 7.960/89".[30]

Destarte, ausente a fundamentação, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do decreto prisional, com o consequente relaxamento da prisão temporária, nos termos do art. 564, inciso V, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19. No entanto, na visão dos Tribunais, eventual carência de motivação no tocante à prisão temporária pode ser suprida por ulterior decretação fundamentada da prisão preventiva. Nesse contexto, como já se pronunciou a 1ª Turma do Supremo, "a superveniência do decreto de prisão preventiva, que constitui novo título da prisão, prejudica a alegação de ausência

30. STJ, 5ª Turma, RHC 8.121/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 15/03/1999 p. 263.

de fundamentação cautelar válida para a prisão temporária".[31]

Caso a prisão temporária seja decretada por magistrado durante o plantão judicial, este não estará prevento para a futura ação penal. Agora, se a prisão temporária for decretada fora das situações de plantão, esse magistrado estará prevento.[32]

7. PRAZO DE DURAÇÃO.

Diversamente da prisão preventiva, que não possui prazo predefinido – a exceção fica por conta do art. 22, parágrafo único, da Lei n. 12.850/13 –,[33] o prazo de duração da prisão temporária é de, no máximo, 5 (cinco) dias, prorrogável uma única vez por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. De acordo com o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90, esse prazo é de, no máximo, 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, no caso de crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo.

Ao decretá-la, deve o juiz ter a cautela de fazer constar do respectivo mandado o período de duração da prisão temporária, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado (Lei n. 7.960/89, art. 2º, §4º-A, incluído pelo art. 40 da Lei n. 13.869/19). A medida visa dar ciência inequívoca ao preso e à autoridade executora do mandado a data exata em que o indivíduo deve ser colocado em liberdade, evitando-se, assim, a possível tipificação do delito previsto no art. 12, parágrafo único, inciso IV, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

A prorrogação do prazo da prisão temporária não é automática, devendo sua imprescindibilidade ser comprovada com base em elementos colhidos enquanto o acusado estava preso. Na verdade, apenas diligências novas, diversas daquelas inicialmente pensadas pela autoridade policial, podem efetivamente autorizar a prorrogação do prazo da prisão temporária.[34]

O prazo da custódia temporária só começa a fluir a partir da efetiva prisão do acusado. Ademais, sua contagem deve ser feita à luz do art. 10 do Código Penal, incluindo-se no cômputo do prazo o dia do começo, independentemente do horário em que a ordem de prisão for executada. É nesse sentido, aliás, o art. 2º, §8º, da Lei n. 7.960/89, incluído pelo art. 40 da Lei n. 13.869/19. Assim, se o agente for preso no dia 05 de outubro às 23h e 59min, deverá ser colocado em liberdade à 00h00min hora do dia 10 de outubro. Esse prazo de duração da prisão temporária não começa a fluir a partir do instante em que o juiz a decreta, mas apenas após a captura da pessoa contra quem foi emitida a ordem.

Trata-se de prazo limite, ou seja, nada impede que o juiz decrete a prisão temporária por um período menor que o previsto em lei. Ora, quem pode o mais pode o menos. Se o juiz entende que 15 (quinze) dias de prisão temporária são suficientes para auxiliar nas investigações de um crime hediondo, por que seria obrigado a manter o réu preso por mais tempo? Pode-se decretar a temporária por 10 (dez) dias e prorrogá-la por mais 5 (cinco), assim como se afigura viável decretá-la por 5 (cinco) dias, prorrogando-a por mais 15 (quinze), em caso de extrema e comprovada necessidade.

Se a prisão temporária tiver sido decretada pelo prazo de 30 (trinta) dias, concluindo a autoridade policial, posteriormente, que não há mais necessidade de se manter o indivíduo preso, deve representar à autoridade judiciária competente solicitando a revogação da prisão temporária. Somente o juiz poderá revogar a prisão temporária, jamais a própria autoridade policial,[35] nem tampouco o órgão ministerial.

Decorrido o prazo da prisão temporária, o preso deverá ser colocado imediatamente em liberdade, sem necessidade de expedição de alvará de soltura, salvo se houver prorrogação da temporária ou se tiver havido a conversão daquela em prisão preventiva. É nesse sentido, aliás, o teor do §7º do art. 2º da Lei n. 7.960/89, incluído pelo art. 40 da Lei n. 13.869/19. Relembre-se que a prisão temporária não pode ser decretada ou mantida após o recebimento da peça acusatória. Portanto, após o decurso do prazo da temporária, deve o

31. STF, 1ª Turma, HC 96.680/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/06/2009, DJe 148 06/08/2009. Em sentido semelhante, concluiu o STJ ser despicienda a discussão em torno da prisão temporária, na medida em que, com a decretação da prisão preventiva, a custódia cautelar passa a se sustentar sob outro título, o qual, como se sabe, não guarda nenhum vínculo de dependência com o primeiro: STJ, 5ª Turma, RHC 23.845/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/09/2008, DJe 13/10/2008.

32. STJ, 5ª Turma, RHC 10.630/CE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 20/08/2001 p. 490. No sentido de que tem prevenção para a ação penal o juiz que primeiro toma conhecimento da causa e examina a representação policial relativa aos pedidos de prisão temporária, busca e apreensão e interceptação telefônica: STF, 1ª Turma, HC 88.214/PE, Rel. Min. Menezes Direito, j. 28/04/2009, DJe 152 13/08/2009.

33. Lei n. 12.850/13: "Art. 22. (...) Parágrafo único. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu".

34. No mesmo contexto: LANFREDI. Op. cit. p. 173.

35. Em sentido contrário, Carlos Kauffmann entende que a autoridade policial e o Ministério Público também podem determinar a libertação do investigado, caso entendam que não subsiste a necessidade de segregação da liberdade. (*Prisão temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 113/114). Comunga do mesmo entendimento Aury Lopes Jr. (op. cit. p. 123). No Estado de São Paulo, a Corregedoria Geral da Justiça, em parecer normativo, entende ser mais célere que a própria autoridade policial, mesmo sem o vencimento do prazo da temporária, coloque o preso em liberdade assim que constatar a desnecessidade da continuação da prisão do suspeito.

inquérito ser remetido à Justiça, oferecendo o Ministério Público a denúncia, ao mesmo tempo em que requer a decretação da prisão preventiva, se acaso necessária.[36]

> **Art. 3º** Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

8. SEPARAÇÃO DO PRESO TEMPORÁRIO.

Dispõe o art. 3º, *caput*, da Lei nº 7.960/89, que os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos. Este dispositivo visa evitar a promiscuidade resultante da convivência entre presos provisórios e presos que já tenham contra si sentença condenatória com trânsito em julgado. No mesmo sentido é a redação do art. 84, caput, da Lei de Execução Penal, segundo o qual o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. Os presos *cautelares*, por sua vez, ficarão separados de acordo com os seguintes critérios (LEP, art. 84, §1º, com redação dada pela Lei n. 13.167/15): a) acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; b) acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; c) acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nas duas alíneas anteriores. De seu turno, os presos *condenados* ficarão separados de acordo com os seguintes critérios (LEP, art. 84, §3º, incluído pela Lei n. 13.167/15): a) condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; b) reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; c) primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça; d) demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nas 3 alíneas anteriores. Por fim, a Lei de Execução Penal também determina que o preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio (art. 84, §4º, incluído pela Lei n. 13.167/15).

36. No sentido de que, uma vez recebida a denúncia, não mais subsiste o decreto de prisão temporária, que visa resguardar, tão somente, a integridade das investigações: STJ, 5ª Turma, HC 44.987/BA, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/02/2006, DJ 13/03/2006 p. 341. Em caso concreto apreciado pelo STJ, como o paciente estava preso há mais de seis meses, em razão de prisão temporária, sem a convolação em preventiva ou o oferecimento da denúncia, concluiu-se pela ilegalidade do excesso de prazo: STJ, 5ª Turma, HC 78.376/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 08/10/2007 p. 335.

> **Art. 4º** O art. 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea i, com a seguinte redação:
>
> "Art. 4º .....
>
> i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade;"

9. ABUSO DE AUTORIDADE.

Consultar comentários ao art. 12, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 13.869/19, cujo art. 44, aliás, revogou a Lei n. 4.898/65.

> **Art. 5º** Em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária.

10. PLANTÃO PERMANENTE DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Por se tratar de medida cautelar urgente e imprescindível para as investigações, o art. 5º da Lei nº 7.960/89 prevê que, em todas as comarcas e seções judiciárias, haverá um plantão permanente de 24 (vinte e quatro) horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária. O dispositivo legal visa evitar que a autoridade policial efetue a "prisão para averiguações" sem prévia autorização judicial sob a justificativa de que não havia tempo hábil para se aguardar o horário normal do expediente forense para se obter o mandado de prisão.

> **Art. 6º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> **Art. 7º** Revogam-se as disposições em contrário.
>
> **Brasília, 21 de dezembro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.**
>
> **JOSÉ SARNEY**
>
> **Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 22.12.1989**

11. VIGÊNCIA DA LEI Nº 7.960/89.

A Lei 7.960 entrou em vigor em 22 de dezembro de 1989.

TELECOMUNICAÇÕES

LEI 9.472/1997

Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

CAPÍTULO II
DAS SANÇÕES PENAIS

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

(...)

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Consoante disposto no art. 223 da Constituição Federal, compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.

Na esteira da Constituição Federal, a Lei n. 9.472/97 determina, em seu art. 1º que compete à União organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, sendo que essa organização deve incluir, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

A regulamentação constitucional e legal da matéria demonstra a importância de se coibir toda e qualquer prática capaz de atentar contra as atividades de telecomunicações. E é exatamente daí que exsurge o tipo penal do art. 183 da Lei n. 9.472/97, que visa evitar a exploração clandestina, sem conhecimento, aprovação e fiscalização dos órgãos competentes, das transmissões de radiodifusão de sons e imagens.

2. DIREITO INTERTEMPORAL E O ART. 70 DA LEI N. 4.117/65 (CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES).

A execução do serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens sem autorização do Poder Público foi criminalizada com o advento do Decreto-Lei n. 236/67, que deu nova redação ao art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/65), nos seguintes termos: "Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos".

Alguns anos depois, todavia, foi aprovada a Lei n. 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), cujo art. 183 passou a tipificar a seguinte conduta: "Desenvolver cladestinamente atividades de telecomunicação: Pena – detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime". Por força de seu art. 215, I, a Lei n. 9.472/97 também revogou expressamente a Lei n. 4.117/62, *salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.*[1]

Diante da sucessão desses dois diplomas normativos no tempo, há controvérsias quanto

1. A Lei n. 9.610/98, em seu art. 5º, XII, assim conceitua a *radiodifusão:* "transmissão sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento"

à vigência do art. 70 da Lei n. 4.117/65. Vejamos as diversas correntes acerca do assunto, e seus respectivos argumentos:[2]

a) revogação do art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações: para os adeptos dessa primeira corrente, como a Lei n. 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) passou a prever o crime de desenvolvimento clandestino de telecomunicações, regulando integralmente a matéria de que tratava a lei anterior, o art. 70 da Lei n. 4.117/65 teria sido revogado, nos termos do art. 2º, §1º, *in fine*, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42);

b) não revogação do art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações: o art. 182 da Lei n. 9.472/97 é aplicável aos crimes envolvendo telecomunicações, ao passo que o art. 70 da Lei n. 4.117/65 tem seu âmbito de aplicação restrito aos casos envolvendo radiodifusão. Essa distinção encontra guarida na própria Constituição Federal, que passou a consagrar a autonomia entre os serviços de radiodifusão e os serviços de telecomunicações após o advento da Emenda Constitucional n. 08/95. Nesse sentido, o art. 21 da Constituição Federal determina que compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, *os serviços de telecomunicações*, nos termos da Lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar, diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) *os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens*. O Superior Tribunal de Justiça tem precedentes mais antigos nesse sentido, senão vejamos: "(...) a instalação e funcionamento de emissora de rádio clandestina é crime tipificado no art. 70 da Lei 4.117/62 - e não no art. 183 da Lei 9.472/97 (cf. art. 215, I, da Lei 9.472/97) -, não tendo havido modificação da matéria mesmo após a superveniência da EC 08/95, sendo irrelevante, outrossim, que o serviço de radiodifusão comunitário prestado tenha baixa potência e seja sem fins lucrativos, já que, mesmo em tais casos, persiste a necessidade de prévia autorização do Poder Público para o funcionamento da atividade, a afastar a aplicação do princípio da insignificância";[3]

c) atipicidade formal da conduta de exploração de serviços de radiodifusão sem autorização: uma terceira corrente sustenta que a conduta consubstanciada na exploração clandestina de serviços de radiodifusão passou a ser formalmente atípica, funcionando tão somente como um ilícito administrativo. Se a Lei Geral de Telecomunicações e o Código Brasileiro de Telecomunicações criminalizam apenas condutas relativas à exploração de *serviços de telecomunicações* e os serviços de radiodifusão não estão incluídos nesse rol, haja vista a nova redação conferida aos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 08/95, outra conclusão não há senão a de que tal conduta deve ser considerada atípica. Não se pode admitir, portanto, que a exploração de serviços de radiodifusão seja enquadrada em nenhum dos dois tipos penais, sob pena de verdadeira analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade;

d) distinção entre exploração clandestina e inobservância de lei ou regulamento: outra corrente diferencia a conduta desenvolvida clandestinamente, hipótese que encontra subsunção no art. 183 da Lei n. 9.472/97, da mesma conduta, porém exercida sem a observância do disposto na lei e nos regulamentos, hipótese que deverá ser enquadrada no art. 70 da Lei n. 4.117/65;[4]

e) distinção entre o desenvolvimento clandestino de telecomunicações de maneira habitual e não habitual: ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal têm precedentes no sentido de que o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação, quando executado de maneira habitual, tipifica o crime do art. 183 da Lei n. 9.472/97, restringindo-se o art. 70 da Lei n. 4.117/62 àquelas condutas executadas sem habitualidade, é dizer, eventualmente.[5]

2. Nesse sentido: ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação criminal para concursos*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 474-476.

3. STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.169.530/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS –, j. 27/09/2011, DJe 13/10/2011. Seguindo a mesma orientação: BALTAZAR Jr., José Paulo. *Crimes federais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 947.

4. O art. 70 da Lei nº 4.117/62 não foi revogado pelo art. 183 da Lei nº 9.472/97, na medida em que as condutas neles descritas são diversas, sendo que, no primeiro, pune-se o agente que, apesar de autorizado anteriormente pelo órgão competente, age de forma contrária aos preceitos legais e regulamentos que regem a matéria, e no segundo, aquele que desenvolve atividades de telecomunicações de forma clandestina, ou seja, sem autorização prévia do Poder Público. Nesse sentido: STJ, 3ª Seção, CC 94.570/TO, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18/12/2008. Para o TRF da 1ª Região (Apelação Criminal n. 2006.34.00.008056-2/DF, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, j. 23/11/2009), coexistem os tipos penais previstos nos artigos 70, da Lei n. 4.117/1962 e 183, da Lei n. 9.472/1997: aquele tipifica e sanciona a conduta consistente em instalar ou utilizar telecomunicações, desobedecendo exigências legais e regulamentares na execução desses serviços, ou seja, em situação irregular; este, a conduta consistente em desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações, ou seja, sem a necessária concessão, permissão ou autorização legalmente previstas.

5. STF, 2ª Turma, HC 93.870/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20/04/2010, DJe 168 09/09/2010; STF, 2ª Turma, HC 128.567/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 08/09/2015, DJe 189 22/09/2015; STF, 1ª Turma, HC 120.602/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/02/2014, DJe 53 17/03/2014; STF, 1ª Turma, HC 115.137/PI, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/12/2013, DJe 30 12/02/2014. Seguindo a mesma

3. BEM JURÍDICO TUTELADO.

Parte da doutrina sustenta que o bem jurídico tutelado pelo crime do art. 183 da Lei n. 9.472/97 é o monopólio de controle da atividade de telecomunicações pela União.[6] Prevalece, todavia, principalmente na jurisprudência, o entendimento de que o crime em questão tutela a *segurança dos meios de telecomunicações*.[7] Isso porque a radiodifusão e o uso de aparelhos de telecomunicações de forma clandestina podem gerar interferência em serviços regulares de rádio e televisão, bem como sobre as comunicações das autoridades policiais e na navegação marítima ou aérea.

Na visão dos Tribunais de 2ª instância, estamos diante de um crime de perigo abstrato. Referindo-se aos crimes do art. 183 da Lei n. 9.472/97 e do art. 70 da Lei n. 4.117/62, assim já se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, "(...) os crimes em referência são de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança dos meios de comunicação, por isso que a instalação e utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais, ou de forma clandestina, sem a observância de requisitos técnicos (casamento de impedância entre transmissor e sistema irradiante etc.), podem causar sérias interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados (polícia, ambulâncias, bombeiros, aeroportos, embarcações, bem como receptores domésticos – TVs e rádios – adjacentes à emissora), pelo aparecimento de frequências espúrias. (...)".[8]

3.1. (Im) possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

Como é sabido, a aplicação do princípio da insignificância está condicionada à presença cumulativa das seguintes condições objetivas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Conquanto não haja dúvidas quanto à expressividade do bem jurídico tutelado pelo art. 183 da Lei 9.472/1997, qual seja, o adequado e seguro funcionamento dos serviços de comunicação regularmente instalados no país, daí não se pode concluir pela absoluta impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância em relação a tal delito.

Ora, se constar dos autos que o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora é de baixa potência, não tendo, deste modo, capacidade de causar interferência relevante nos demais meios de comunicação, tratando-se, ademais, de uma rádio comunitária localizada em pequeno município do interior, distante de outras emissoras de rádio e televisão, bem como de aeroportos, parece não haver qualquer dúvida no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, porquanto o bem jurídico tutelado pela norma – segurança dos meios de telecomunicações – permaneceu incólume.[9] Por outro lado, se a suposta operação de rádio clandestina for feita em frequência capaz de interferir no regular funcionamento dos serviços de comunicação devidamente autorizados, revela-se inviável o reconhecimento do princípio da bagatela.[10]

Especificamente em relação à exploração clandestina de serviços de internet, que caracteriza o crime previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/97, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância, visto que o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação é crime formal, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a segurança dos meios de comunicação. A propósito, eis o teor da **súmula n. 606 do STJ**: "Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/97".

orientação: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 743.364/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/04/2016, DJe 03/05/2016.

6. É nesse sentido a opinião de NUCCI: *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 676.

7. No sentido de que o bem jurídico tutelado pelo crime do art. 183 da Lei n. 9.472/97 é a segurança dos meios de telecomunicações: STF, 1ª Turma, HC 104.530/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28/09/2010, DJe 236 06/12/2010.

8. TRF1, Apelação Criminal n. 2006.34.00.008056-2/DF, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, j. 23/11/2009.

9. STF, 1ª Turma, HC 104.530/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28/09/2010, DJe 236 06/12/2010. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, RHC 119.123/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/03/2014, DJe 149 01/08/2014.

10. Afastando a aplicação do princípio da insignificância em caso concreto em que o agente operou uma emissora de radiodifusão, utilizando-se de determinada radiofrequência sem a devida autorização legal, constando dos autos do processo um laudo pericial que atestou que os aparelhos apreendidos teriam condições de interferir em sinais nas faixas de frequências próximas: STF, 1ª Turma, HC 120.602/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/02/2014, DJe 53 17/03/2014. No mesmo contexto: STF, 2ª Turma, HC 111.518/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 05/02/2013, DJe 57 25/03/2013; TRF1, Apelação Criminal n. 2006.34.00.008056-2/DF, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, j. 23/11/2009. No sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao crime do art. 183 da Lei 9.472/1997, porquanto se trata de crime de perigo abstrato, tendo como bem jurídico tutelado a segurança e o regular funcionamento dos meios de comunicação, daí por que, ainda que constatada a baixa potência do equipamento operacionalizado, tal conduta não pode ser considerada, *de per si*, um irrelevante penal: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 599.005/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 14/4/2015, DJe 24/4/2015. E ainda: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.304.262-PB, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16/4/2015, DJe 28/4/2015.

3.2. Desenvolvimento clandestino de telecomunicações e liberdade de expressão.

Não olvidamos a importância da liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX), compreendida como a possibilidade de difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões, mediante a palavra escrita ou qualquer outro meio de reprodução. No entanto, como todo e qualquer direito, a liberdade de expressão também deve ser exercida de maneira regular. Não confere a ninguém, portanto, o direito de desenvolver atividades de telecomunicações de maneira clandestina.

Ora, é a própria Constituição Federal que afirma que compete à União "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais" (art. 21, XII). A Carta Magna também dispõe em seu art. 223 que "compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal".

Considerando-se que a própria Constituição Federal condiciona a exploração de serviços de radiodifusão à autorização prévia do Poder Público, não há falar em violação à liberdade de expressão, até mesmo porque não se trata de direito absoluto.

4. SUJEITOS DO CRIME.

Trata-se de crime comum, que pode ser executado por qualquer pessoa, pouco importando se o agente é (ou não) o proprietário dos equipamentos utilizados para a prática delituosa. Admite-se o concurso de agentes, seja na modalidade de coautoria, seja na modalidade de participação. É nesse sentido, aliás, a redundante norma do art. 183, parágrafo único, da Lei n. 9.472/97 ("Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime"). O sujeito passivo, por sua vez, é a União.

5. TIPO OBJETIVO.

O verbo núcleo do tipo penal é *desenvolver*, que deve ser compreendido como aplicar, movimentar ou fazer crescer, cujo objeto material é a atividade de telecomunicação.

5.1. Elemento normativo: clandestinamente.

Em sentido vulgar, *clandestino* é aquilo que é realizado às ocultas, ou seja, de maneira ilícita ou ilegítima. Para fins de tipificação do crime do art. 183 da Lei n. 9.472/97, todavia, *clandestina* é a atividade de telecomunicação levada a efeito sem a anuência do poder público, quando esta se fizer imprescindível, independentemente de o serviço ser executado de forma oculta. Nesse sentido, a norma penal interpretativa do art. 184, parágrafo único, da Lei n. 9.472/97 considera como clandestina "a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite".

A propósito, como já se pronunciou a 5ª Turma do STJ, "(...) não se pode, além disso, afastar a tipicidade da conduta a partir das alegações trazidas pela recorrente de que o paciente à época dos fatos possuía licença de funcionamento que, no entanto, encontrava-se vencida há três meses, pois, à toda evidência para a constatação do elemento normativo do tipo penal (clandestinamente) não se exige que a conduta seja feita às ocultas, de forma disfarçada, velada, camuflada, mas apenas, que ela se dê sem a autorização do órgão competente. Posterior obtenção da indispensável concessão, permissão ou autorização de serviço se não serve para afastar a tipicidade da conduta, podendo servir, contudo, para atenuar a pena eventualmente imposta. (...)".[11]

Para além de mera formalidade, essa necessidade de autorização para a utilização de aparelhos de telecomunicações decorre do fato de que o espectro de radiofrequência constitui bem público, que não é ilimitado, cabendo ao Estado disciplinar seu uso racional, o que torna legítima a exigência de autorização prévia para a radiodifusão, assim como a incriminação da operação clandestina.[12]

Como o Código Penal adota a *teoria da atividade* em relação ao tempo do crime (CP, art. 4º), a existência dessa concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite deve ser aferida à época da conduta, e não em um momento posterior. Por isso, a título de exemplo, conquanto o agente tenha solicitado à ANATEL a respectiva autorização, se a conduta for praticada de imediato, ulterior anuência da referida agência não terá o condão de validar a prática delituosa, eis que, à época em que foi praticada, o foi sem a devida autorização.

Sem embargo dessa conclusão, há precedentes da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – a nosso juízo, equivocados – no sentido de que a

11. STJ, 5ª Turma, RHC 24.808/MS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 03/02/2009, DJe 23/03/2009.

12. TRF2, ACR 200002010523840, Rel. Desembargador Federal André Fontes, j. 19/09/2001, DJ 05/03/2002.

atividade seria *clandestina* tão somente nas hipóteses em que o agente não houvesse requerido qualquer autorização ao Poder Público para o desenvolvimento das atividades de telecomunicação. Assim, uma vez formulado o pleito na via administrativa, a *clandestinidade* estaria afastada, mesmo que o agente desse início à execução do serviço antes da decisão administrativa.[13]

6. OBJETO MATERIAL.

O objeto material do art. 183 são as atividades de telecomunicações. De acordo com o art. 60, §1º, da Lei n. 9.472/97, "*telecomunicação* é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza". Quando os aparelhos apreendidos com o agente não tiverem condições de funcionamento, impõe-se o reconhecimento da atipicidade da conduta por ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17).

Quanto à abrangência do objeto material *atividades de telecomunicação*, algumas questões pontuais merecem especial atenção:

a) **internet via radio**: se o agente explorar acesso direto à internet através de radiofrequência sem a devida autorização da Anatel, órgão regulador, poderá responder pelo crime do art. 183 da Lei n. 9.472/97. De acordo com o STJ, "fazer funcionar, sem autorização, clandestinamente, estação de transmissão de comunicação multimídia – internet via rádio – configura, em tese, o delito previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/97".[14] A propósito, eis o teor da **súmula n. 606 do STJ**: "Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/97". Não é essa, todavia, a orientação da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que tem precedente no sentido de que a oferta de serviço de internet não é passível de ser enquadrada como atividade clandestina de telecomunicações à luz do art. 183 da Lei n. 9.472/97;[15]

b) atividades ligadas à telefonia: também podem levar à tipificação do crime sob comento. Como já se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, "(...) a expressiva quantidade de equipamentos de telefonia instalados de forma não usual, com o escopo de fraudar o sistema de tarifação da empresa de telefonia, demonstram a clandestinidade da atividade de telefonia em que flagrado o acusado. O apelante utilizou-se, através de sua central telefônica clandestina, da linha telefônica de outros usuários, o que acarretou na indenização dos usuários lesados pela cobrança indevida. A empresa de telefonia, induzida a erro, não conseguiu localizar o usuário real das ligações, realizando indevidamente a cobrança a usuários diversos. O art. 184, parágrafo único, da lei 9472/97, esclarece o que deve ser entendido como atividade clandestina, sendo a conduta do acusado perfeitamente amoldado ao tipo penal do art. 183 da referida lei. A partir do momento que se faz uso de um serviço, modificando-se sua finalidade normal, com objetivo de atingir um fim ilícito, qual seja viabilizar ligações internacionais sem a devida cobrança, estar-se-ia incorrendo em crimes previstos no art. 183 da Lei nº 9472/97 e no art. 171 do CP. (...)".[16]

c) radiotransmissor da polícia: sua utilização também tem o condão de tipificar o crime do art. 183 da Lei n. 9.472/97, pouco importando que o equipamento não pertença ao agente;[17]

d) rádio comunitária: de acordo com o art. 1º da Lei n. 9.612/98, denomina-se *serviço de radiodifusão comunitária* a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e

13. Reconhecendo a atipicidade da conduta, em virtude da ausência da elementar *clandestinamente*, pelo fato de o agente ter protocolado requerimento de outorga junto à Anatel antes de colocar em funcionamento uma estação retrotransmissora: STJ, 5ª Turma, HC 14.366/AM, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 27/03/2001, DJ 27/08/2001. Na mesma linha: "(...) Não resta configurada o tipo do art. 83 da Lei n.º 9.472/97, pois, mesmo que o recorrido tenha se adiantado à autorização administrativa, colocando em funcionamento os equipamentos de radiotransmissão em momento anterior à resposta da autoridade, não se pode ter como ilícita a conduta praticada, pois no momento da solicitação autorizativa, já estava afastado o caráter de clandestinidade exigido pelo tipo penal em questão (...)". (STJ, 5ª Turma, REsp 1.153.607/PI, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01/09/2011, DJe 23/09/2011).

14. STJ, 3ª Seção, CC 95.341/TO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/08/2008, DJe 08/09/2008. Na visão do STJ, ajusta-se à figura típica prevista no art. 183 da Lei 9.472/1997 a conduta de prestar, sem autorização da ANATEL, serviço de provedor de acesso à internet a terceiros por meio de instalação e funcionamento de equipamentos de radiofrequência. Isso porque, segundo a ANATEL, o provimento de acesso à Internet via radiofrequência engloba tanto um serviço de telecomunicações (Serviço de Comunicação Multimídia) quanto um serviço de valor adicionado (Serviço de Conexão à Internet). Nessa linha: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.304.262-PB, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16/4/2015, DJe 28/4/2015; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 941.989/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 30/03/2017, DJe 07/04/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 971.115/PA, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 27/04/2017, DJe 08/05/2017.

15. STF, 1ª Turma, HC 127.978/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/10/2017, DJe 276 30/11/2017. Nesse julgado, a 1ª Turma concluiu que a exploração de serviço de internet não autorizado é atípica, pois a atividade desenvolvida irregularmente não se insere na definição de serviço de telecomunicação, mas na de *serviço de valor adicionado*, que, segundo o art. 61 da Lei n. 9.472/97, "é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações e que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações".

16. TRF2ª Região, Apelação Criminal n. 2002.51.01.506689-2, Rel. Juiz Federal convocado Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, j. 27/05/2009.

17. TRF4, ACR 5004975542012404700 2/PR, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 24/04/2013, DJe 26/04/2013.

cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação de serviço. Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado à comunidade com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros. Por sua vez, entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila. Para a jurisprudência, a Lei n. 9.612/98 não derrogou a Lei n. 9.472/1998. Portanto, a conduta de operar, sem licença do órgão competente, serviço de radiodifusão comunitária, continua enquadrada nas sanções do artigo 183 desta última norma, não havendo se falar em descriminalização da conduta pelo advento da nova lei;[18]

e) televisão a cabo: para a 5ª Turma do STJ, "não procede a alegação de que o serviço de televisão a cabo - executado por meios físicos óticos ou radioelétricos -, não estaria abrangido pela regulamentação da Lei n.º 9.472/1997, pois, pela simples leitura dos arts. 1.º e 60, § 1.º, do referido diploma legal, observa-se que a atividade explorada pela empresa do paciente enquadra-se no termo "serviço de telecomunicação", o qual encontra-se regulado pela Lei n.º 9.472/1997".[19]

7. TIPO SUBJETIVO.

O crime é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual), consubstanciado na vontade livre e consciente de desenvolver as atividades de telecomunicações de maneira clandestina. Não consta do tipo penal qualquer dolo específico. Portanto, para fins de tipificação do crime sob comento, pouco importa que a conduta tenha sido praticada com ou sem intenção de lucro. Não há previsão da modalidade culposa.

8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.

Trata-se de crime formal.[20] Não se exige, portanto, a produção de efetivo dano ao serviço de telecomunicações. Afinal, aos olhos dos Tribunais, cuida-se de crime de perigo abstrato. Logo, o crime estará consumado no exato momento em que o agente desenvolver a atividade clandestina. Como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, "(...) o crime de exploração clandestina de atividade de telecomunicação é formal (não exige resultado naturalístico), cuja consumação se dá com o mero desenvolvimento clandestino da atividade. Havendo dano a terceiro, a parte final do preceito secundário do art. 183 da Lei 9.472/1997 estabelece um aumento de metade da pena. Justamente por não ser elementar do tipo penal, a configuração desse crime não tem como pressuposto a ocorrência de prejuízo econômico, objetivamente quantificável, mas a proteção de um bem difuso, que corresponde ao potencial risco de lesão ao regular funcionamento do sistema de telecomunicações".[21]

Por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa.

9. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA.

O crime do art. 183 da Lei n. 9.472/97 pode ser classificado nos seguintes termos: a) **comum**; b) **formal**; c) **de forma livre**; d) **comissivo**; e) **permanente**; f) **de perigo abstrato**; g) **unissubjetivo**; h) **plurissubsistente**.

10. CAUSA DE AUMENTO DE PENA.

Como exposto anteriormente, o crime do art. 183 da Lei n. 9.472/97 é formal, ou seja, o mero desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação é suficiente para caracterizá-lo. Havendo dano, de qualquer espécie, a terceiro, atinge-se o exaurimento do delito. Nesse caso, o preceito secundário do art. 183 estabelece um aumento de metade da pena, a ser aplicado na terceira fase de individualização (CP, art. 68).

11. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA INVARIÁVEL.

No âmbito do Código Penal, o valor da pena de multa é variável. De fato, de acordo com o art. 49, *caput*, do CP, a pena de multa deve ser calculada em dias-multa, no mínimo de 10 (dez) e no máximo de 360 (trezentos e sessenta). O valor do dia-multa, por sua vez, não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário, sendo que, a depender da situação econômica do

18. Nesse contexto: STF, 1ª Turma, RHC 81.473/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11/12/2001, DJ 08/03/2002; TRF1, Apelação Criminal n. 2006.34.00.008056-2/DF, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, j. 23/11/2009.

19. STJ, 5ª Turma, HC 34.711/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/10/2004, DJ 14/03/2005 p. 391.

20. No sentido de que o crime do art. 183 da Lei n. 9.472/97 tem natureza formal, de modo que se consuma com o mero risco potencial de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, o regular funcionamento do sistema de telecomunicações, bastando para tanto a comprovação de que o agente desenvolveu atividade de radiocomunicação sem a devida autorização do órgão competente: TRF da 3ª Região, 5ª Turma, ACr n. 200060000032887-MS, Rel. Des. André Nabarrete, unânime, j. 17.07.06, DJ 15.08.06, p. 269; 1ª Turma, ACr n. 200060000036066-MS, Rel. Des. Vesna Kolmar, unânime, j. 04.07.06, DJ 01.08.06, p. 268.

21. STF, 2ª Turma, HC 128.567/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 08/09/2015, DJe 189 22/09/2015.

acusado, a multa pode ser aumentada até o triplo. Em sentido diverso, porém, o art. 183 da Lei n. 9.472/97 estabelece um valor fixo para a pena de multa, qual seja, de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sem embargo da louvável intenção do legislador de se estabelecer um montante relativamente alto para fins de reprovação e prevenção do crime, certo é que o fato de fazê-lo de maneira invariável, não deixando nenhuma margem de individualização para o juiz, importa em evidente violação ao princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). Destarte, levando-se em consideração a inconstitucionalidade da parte final do preceito secundário do art. 183, a pena de multa deve ser calculada de acordo com os arts. 49, 50 e 60 do Código Penal.[22]

12. COMPETÊNCIA CRIMINAL.

Em virtude do inciso XI do art. 21 da Constituição Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar o delito de desenvolvimento clandestino de telecomunicações (estação de radiodifusão clandestina), previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), assim como o crime previsto no art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62).[23]

A conduta de transmitir sinal de internet, via rádio, de forma clandestina, também configura, em tese, o delito previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/1997 (desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicações), de competência da Justiça Federal, uma vez que se trata de serviço cuja exploração é atribuída à União, ainda que se reconheça possível prejuízo a ser suportado pela empresa de telefonia.[24] Todavia, a simples utilização de linhas telefônicas clonadas não configura o delito de desenvolvimento clandestino de telecomunicações.[25]

No mesmo contexto, a conduta de clonar telefones celulares, qual seja, reprogramar um aparelho de telefonia celular com número de linha e ESN de outro aparelho, deve ser processada e julgada perante a Justiça Comum Estadual. Isso porque tal conduta não se subsume ao tipo penal do art. 183 da Lei nº 9.472/1997, uma vez que não há o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação, mas apenas a utilização de linha preexistente e pertencente a outro usuário, com a finalidade de obter vantagem patrimonial indevida, às custas dele e das concessionárias de telefonia móvel que exploram legalmente o serviço, tendo a obrigação de ressarcir os clientes nas hipóteses da referida fraude, inexistindo quaisquer prejuízos em detrimento de bens, serviços ou interesses da União a ensejar a competência da Justiça Federal.[26]

Como a competência da Justiça Federal demanda a presença de interesse direto e imediato da União, *in casu*, ao serviço de telecomunicações, entendem os Tribunais que compete à Justiça Estadual processar e julgar ação penal relativa à eventual prática de ilícito consistente na recepção clandestina de sinal de TV a cabo, tendo em vista a ausência de ofensa direta a bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.[27]

Por outro lado, o simples fato do delito de incitação ao crime (CP, art. 286) ou o de apologia ao crime (CP, art. 287) ser praticado em programa de televisão não atrai a competência da Justiça Federal.[28]

> (...)
>
> **Art. 184.** São efeitos da condenação penal transitada em julgado:
>
> **I** - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
>
> **II** - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.
>
> **Parágrafo único.** Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço,

22. Nesse contexto: TRF1, Apelação Criminal n. 2006.34.00.008056-2/DF, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, j. 23/11/2009.

23. Na visão do STJ, ajusta-se à figura típica prevista no art. 183 da Lei 9.472/1997 a conduta de prestar, sem autorização da ANATEL, serviço de provedor de acesso à internet a terceiros por meio de instalação e funcionamento de equipamentos de radiofrequência. Isso porque, segundo a ANATEL, o provimento de acesso à Internet via radiofrequência engloba tanto um serviço de telecomunicações (Serviço de Comunicação Multimídia) quanto um serviço de valor adicionado (Serviço de Conexão à Internet). Nessa linha: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.304.262-PB, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16/4/2015, DJe 28/4/2015.

24. Nesse sentido: STJ, 3ª Seção, AgRg no CC 111.056/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25/08/2010.

25. STJ, 3ª Seção, CC 50.638/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura – DJ 30/04/2007 p. 280.

26. STJ, 3ª Seção, CC 113.443/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 28/9/2011.

27. STJ, 3ª Seção, CC 34.690/PR, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 01/07/2002 p. 211. A propósito da ligação clandestina de sinal de TV a cabo, convém destacar que, em recente julgado, a 2ª Turma do Supremo declarou a atipicidade dessa conduta. Entendeu-se que o objeto do referido crime não seria "energia". Logo, considerando a inadmissibilidade da analogia *in malam partem* em Direito Penal, tal conduta não poderia ser tipificada como o crime do art. 155, § 3º, do CP: STF, 2ª Turma, HC 97.261/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 12/04/2011.

28. STF, 1ª Turma, RE 166.943/PR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04/09/95.

de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

(...)

13. EFEITOS DA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO.

Reproduzindo parcialmente o quanto previsto no art. 91, incisos I e II, alínea "a", do Código Penal, o art. 184 da Lei n. 9.472/97 faz referência a dois efeitos extrapenais e genéricos da sentença condenatória irrecorrível. Para além de automáticos, tais efeitos sequer precisam constar da decisão.[29]

O primeiro efeito é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Quanto aos bens empregados na atividade clandestina, que estão sujeitos à apreensão desde a fase investigatória,[30] a condenação irrecorrível acarretará a sua perda em favor da Agência Nacional de Telecomunicações, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé.

(...)

Art. 185. O crime definido nesta Lei é de ação penal pública, incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la.

14. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

Demonstrando total falta de técnica legislativa, o dispositivo legal sob comento dispõe que o crime do art. 183 é de ação penal pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la. Ora, se todo e qualquer crime é de ação penal pública incondicionada, salvo quando a lei expressamente a declarar privativa do ofendido (CP, art. 100, *caput*), ou quando expressamente exigir representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça (CP, art. 100, §1º), é de todo evidente que o art. 185 da Lei n. 9.472/97 revela-se absolutamente redundante. Se o objetivo do legislador era o de seguir a regra geral do Código Penal, bastaria ter silenciado acerca da matéria. Afinal, à luz do art. 12 do Código Penal, as regras gerais daquele *Codex* são aplicáveis aos fatos incriminados por lei especial, salvo quando esta dispuser de modo diverso.

15. (IR) RELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO EM ANDAMENTO.

A pendência de julgamento de recurso em processo administrativo não impede a instauração de ação penal, referente ao crime de atividade clandestina de telecomunicação, quando há comprovação da materialidade delitiva e indícios da autoria.[31]

29. Nesse sentido: NUCCI. Op. cit. p. 679.

30. Essa apreensão deve ser executada pela Polícia Federal. Fiscais da ANATEL não têm atribuição para a apreensão administrativa, haja vista a suspensão da eficácia do art. 19, inciso XV, da Lei n. 9.472/97, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 1.668 (STF, Pleno, ADI 1.668 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/08/1998, DJ 16/04/2004).

31. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, HC 97.548/SP, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 17/09/2009, DJe 05/10/2009.

TERRORISMO

LEI 13.260/2016

Art. 1º Esta Lei regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

1. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO.

Não é de todo incomum a inserção, em algumas Constituições, de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, criam a obrigação, para o legislador infraconstitucional, de incriminar lesões a determinados bens jurídicos.[1]

A *ratio* inspiradora comum a todos esses *mandados de criminalização* reside numa dúplice ordem de considerações: primeiro, a importância atribuída ao bem jurídico contra o qual se endereça o fato a ser incriminado; segundo, a necessidade do recurso à pena, considerada como o único instrumento capaz de assegurar uma tutela eficaz ao bem jurídico. Ora, os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma *proibição do excesso*, como também podem ser traduzidos como *proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela*. Os mandados constitucionais de criminalização impõem, portanto, ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância ao princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* e como *proibição de proteção insuficiente*.[2]

A Constituição Federal contém um amplo rol de mandados de criminalização: a) **art. 5º, XLII**: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;[3] b) **art. 5º, XLIII**: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o *terrorismo* e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;[4] c) **art. 5º, XLIV**: constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;[5] d) **art. 173, §5º**: a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular;[6] e) **art. 225, §3º**: as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados;[7] f) **art. 226, §8º**: o Estado asse-

1. Nessa linha: FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 73.

2. Nessa linha: STF, 2ª Turma, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012, DJe 62 26/03/2012.

3. A Lei n. 7.716/89 define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

4. Os crimes de tortura estão definidos na Lei n. 9.455/97; o tráfico de drogas está tipificado na Lei n. 11.343/06; o terrorismo, enfim, foi tipificado com o advento da Lei n. 13.260/16, ora sob comento; por fim, os crimes hediondos estão elencados na Lei n. 8.072/90.

5. Tais crimes estão previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83).

6. Os crimes contra a ordem econômico-financeira estão previstos na Lei n. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), na Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica e contra as relações de consumo), na Lei n. 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica) e na Lei n. 9.613/98 (lavagem de capitais), isso sem contar a Lei n. 1.521/51, anterior à Constituição Federal, que cuida dos crimes contra a economia popular.

7. A Lei n. 9.605/98 dispõe sobre os crimes contra o meio ambiente, regulamentando expressamente a responsabilização criminal da pessoa jurídica nos arts. 3º e 4º.

gurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações;[8] g) **art. 227, §4º**: a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.[9]

De todos os mandados de criminalização acima elencados, o último a ser concretizado pelo legislador ordinário foi exatamente aquele atinente ao crime de *terrorismo*.[10] Na condição de norma de eficácia limitada, era necessário que o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, especificamente na parte que faz referência ao *terrorismo*, fosse regulamentado por uma lei infraconstitucional para que tivesse plena aplicação. Eis que surge, então, o crime de terrorismo no ordenamento pátrio, mais precisamente no dia 17 de março de 2016, data da vigência da Lei n. 13.260 (Lei Antiterrorismo), quase 30 (trinta) anos após a entrada em vigor da Constituição brasileira de 1988 (05/10/1988).

Essa demora pode ser justificada com base em dois fatores: a) primeiro, por conta da dificuldade universal – e não apenas brasileira – de se conceituar o terrorismo, quer em razão da complexidade desse fenômeno, quer pela possibilidade de sua manifestação de diversas formas em inúmeras partes do mundo; b) segundo, pelo fato de não haver registros de atentados terroristas no território nacional, pelo menos de maneira inequívoca e até o presente momento.

O Congresso Nacional desincumbiu-se desse mandado de criminalização tão somente no ano de 2016. E o fez por uma razão muito simples: a iminência da realização dos *Jogos Olímpicos* no país. Deveras, ante o temor de que os "Jogos do Rio" fossem usados como palco para algum atentado terrorista, como se deu, por exemplo, nos "Jogos de Munique de 1972",[11] diversos países e organizações internacionais, inclusive o próprio Comitê Olímpico Internacional, pressionaram o governo brasileiro a aprovar a nova legislação, sob pena, inclusive, de não participação de diversas delegações estrangeiras nas Olímpiadas.

Isso pode ser facilmente corroborado não apenas com a data da vigência da Lei n. 13.260/16 (17 de março de 2016), poucos meses antes do início dos *jogos* – a cerimônia de abertura ocorreu em 05 de agosto de 2016 –, mas também pelo fato de o referido diploma normativo ter tramitado em regime de urgência com celeridade incomum ao Congresso Nacional,[12] o que, logicamente, privou a comunidade acadêmica e profissionais especializados de um profícuo debate acerca do assunto. Ante a complexidade do fenômeno terrorista, era de se esperar que o legislador tivesse, então, pelo menos conferido um prazo maior de *vacatio legis* para a vigência do novel diploma normativo. Na prática, todavia, o que se viu foi a entrada em vigor da referida Lei no mesmo dia de sua publicação (Lei n. 13.260/16, art. 20), algo extremamente incomum para um diploma normativo referente a tema de tamanha complexidade, como é o caso do terrorismo.[13]

2. TERRORISMO COMO CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO.

Como exposto anteriormente, consta do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que "a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o *terrorismo* e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

Como o constituinte inseriu a conjunção aditiva "e" logo após fazer referência à tortura, ao tráfico e ao terrorismo, fazendo menção, na sequência, aos crimes definidos como hediondos, depreende-se que, tecnicamente, tais delitos não podem ser rotulados como hediondos. Logo, como o dispositivo constitucional determina que lhes seja dispensado tratamento idêntico, tortura, tráfico e terrorismo são tidos como *crimes equiparados*

8. A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) tutela a violência doméstica e familiar contra a mulher.

9. É possível listar diversos crimes que materializam o mandado de criminalização do art. 227, §4º, da Constituição Federal, a exemplo do estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), assim como diversas figuras previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, arts 228 a 244-B).

10. Antes do advento da Lei n. 13.260/16, parte da doutrina sustentava que o crime de terrorismo já era objeto de tipificação no art. 20 da Lei n. 7.170/83. O tema será trabalhado com detalhes mais adiante.

11. O *Massacre de Munique*, também conhecido como *Tragédia de Munique*, foi um atentado terrorista ocorrido durante os Jogos Olímpicos de 1972 na Alemanha. No dia 5 de setembro de 1972, 11 (onze) integrantes da equipe olímpica de Israel foram tomados de reféns no interior da vila dos atletas pelo grupo terrorista palestino denominado *Setembro Negro*, uma facção da *Organização para a Libertação da Palestina (OLP)*. Os terroristas exigiam a libertação de 234 (duzentos e trinta e quatro) detentos palestinos presos em Israel. Por conta de uma série de equívocos da polícia alemã, os onze reféns foram mortos. Até hoje, o *Massacre de Munique* é considerado o maior atentado terrorista já ocorrido em um evento esportivo.

12. O projeto da Lei Antiterrorista brasileira foi enviado pelos Ministérios da Justiça e da Fazenda em junho de 2015, sendo aprovado na sua primeira votação em agosto na Câmara dos Deputados, e, em novembro, no Senado. Pouco mais de 8 (oito) meses após a sua elaboração, o projeto foi aprovado em votação definitiva no dia 24 de fevereiro de 2016, quando foi encaminhado à sanção da então Presidente Dilma Roussef.

13. Outro motivo para a tramitação acelerada do projeto que deu origem à Lei n. 13.260/16 era a necessidade de o Brasil tipificar o crime de *financiamento ao terrorismo*, atendendo, assim, a diversos acordos internacionais firmados pelo Brasil, em especial com organismos como o Grupo de Ação Financeira (GAFI).

a hediondos. A justificativa para o constituinte originário ter separado os *crimes hediondos* dos *equiparados a hediondos* está diretamente relacionada à necessidade de assegurar maior estabilidade na consideração destes últimos como crimes mais severamente punidos. Em outras palavras, a Constituição Federal autoriza expressamente que uma simples Lei Ordinária defina e indique quais crimes serão considerados hediondos. No entanto, para os *crimes equiparados a hediondos*, o constituinte não deixou qualquer margem de discricionariedade para o legislador ordinário, na medida em que a própria Constituição Federal já impõe tratamento mais severo à tortura, ao tráfico de drogas e ao terrorismo.

Resta saber, então, diante do advento da Lei n. 13.260/16, quais seriam os crimes ali previstos que podem ser rotulados como *terrorismo*, para fins de se concluir que se trata de crime *equiparado a hediondo*. Podemos antever, desde já, duas posições acerca do assunto:

a) **corrente ampliativa**: todos os crimes elencados pela Lei n. 13.260/16 (arts. 2º, 3º, 5º e 6º) podem ser considerados *terrorismo*, logo, equiparados a hediondo. A expressão *terrorismo* a que se refere a Constituição Federal (art. 5º, XLIII) está impregnada em todas as figuras delituosas da Lei n. 13.260/16. Não por outro motivo, o art. 17 da Lei Antiterrorismo dispõe expressamente que as disposições da Lei n. 8.072/90 são aplicáveis *aos crimes* previstos na Lei n. 13.260/16, do que se pode concluir que todos os crimes ali previstos devem ser rotulados como *terrorismo;*

b) **corrente restritiva** (nossa posição): o único crime constante da Lei n. 13.260/16 que pode ser tido como *terrorismo*, logo, equiparado a hediondo, é aquele constante do art. 2º do referido diploma normativo. Primeiro, por força de uma interpretação gramatical do próprio dispositivo que define expressamente o conceito de terrorismo nos seguintes termos: "Art. 2º *O terrorismo consiste na prática* por um ou mais indivíduos *dos atos previstos neste artigo*, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública". Ora, o dispositivo é categórico ao afirmar que o terrorismo consiste na prática dos atos previstos no art. 2º, daí por que não se pode rotular como terrorismo os demais crimes previstos na Lei n. 13.260/16: organização terrorista (art. 3º), preparação de terrorismo (art. 5º) e financiamento ao terrorismo (art. 6º), sob pena de indevida violação ao princípio da legalidade.

Os arts. 17 e 18 da Lei n. 13.260/16 reforçam essa argumentação. Ao dispor que a Lei n. 8.072/90 é aplicável aos crimes previstos na Lei Antiterrorismo, o art. 17 da Lei n. 13.260/16 simplesmente reforça que nem todos os crimes ali previstos podem ser rotulados como terrorismo, sob pena de se concluir que o dispositivo é inócuo. Explica-se: a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) já dispõe em seu art. 2º que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o *terrorismo* são insuscetíveis de diversos benefícios penais e processuais penais. Ora, fossem todos os crimes da Lei n. 13.260/16 tidos como *terrorismo*, não haveria justificativa para o art. 17 da Lei Antiterrorismo estender sua aplicação a eles, porquanto o art. 2º da Lei n. 8.072/90 já o faz. Logo, se o art. 17 da Lei n. 13.260/16 dispõe expressamente que as disposições da Lei dos Crimes Hediondos são aplicáveis aos crimes previstos na Lei Antiterrorismo, o faz exatamente para demonstrar que nem todos os crimes ali previstos podem ser tidos como *terrorismo*. Raciocínio semelhante a este também pode ser feito em relação ao art. 18 da Lei n. 13.260/16, que introduziu a alínea "p" ao inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960/89 para fins de se admitir a prisão temporária nos *crimes previstos na Lei de Terrorismo*. Ora, a prisão temporária já é admitida em relação ao crime de terrorismo, nos termos do art. 2º, §4º, da Lei n. 8.072/90. Portanto, se a Lei n. 13.260/16 dispôs expressamente que a prisão temporária é cabível para os *crimes previstos na Lei de Terrorismo*, o fez, mais uma vez, para demonstrar que nem todos os crimes ali previstos podem ser etiquetados como *terrorismo*.

> **Art. 2º** O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.
>
> (...)

3. TERRORISMO: NOÇÕES PRELIMINARES.

Atualmente a palavra *terrorismo* está "na moda". O termo é usado para fazer referência a uma infinidade de atos violentos e de fenômenos delitivos que acontecem todos os dias. Por consequência, a

opinião pública e os meios de comunicação apresentam como *terroristas* realidades muito distintas. Como observa Manuel Cancio Meliá,[14] o termo *terrorismo* é usado não apenas em sua acepção *normal* (prática de infrações penais gravíssimas para a consecução de fins políticos), mas também com finalidades bem diversas, como, por exemplo, *terrorista doméstico,* para se referir aos homens que praticam violência contra a mulher; *ciberterrorista,* para denominar os *hackers* que pretendem causar danos em larga escala aos computadores conectados à *internet; terrorista do meio ambiente* ou *terrorismo florestal,* para qualificar aqueles que praticam crimes contra o meio ambiente.

Não bastasse o uso indiscriminado da expressão pela mídia e pela sociedade, e a forte carga emotiva e política inerente ao termo, é fato que não há consenso na comunidade jurídica acerca de um conceito penal inequívoco de terrorismo, quer no âmbito dos ordenamentos internos, quer no plano internacional. Essa dificuldade de definição jurídico-penal do conceito de *terrorismo* decorre não apenas da diversidade do fenômeno terrorista em diferentes épocas e territórios, mas também de seu caráter extremamente mutável.

Prova disso, aliás, é o fato de a Organização das Nações Unidas (ONU) ter realizado inúmeras assembleias para discutir o assunto, sem, porém, chegar a um consenso quanto ao seu conceito, provavelmente pelas diferenças de matiz geográfico, histórico, ideológico e político entre cada Estado participante. Aliás, é no mínimo paradoxal que, após os atentados de 11 de setembro nos Estados Unidos da América, exista uma aliança internacional sem precedentes para lutar contra o terrorismo e um acordo unânime das Nações Unidas no sentido de condenar este fenômeno, mas não haja uma definição universal permanente e segura desse termo. Por conta disso, a expressão *terrorismo* é usada de maneira indistinta por diferentes forças para criminalizar o opositor e favorecer interesses próprios.

A propósito, Isaac Bigio[15] observa que durante a guerra fria entre os Estados Unidos e a antiga União Soviética, forças insurgentes como aquelas lideradas por *Bin Laden* eram consideradas *combatentes pela liberdade. Bin laden,* por sua vez, justificou o ataque de *11 de setembro* aduzindo que os Estados Unidos eram uma nação *terrorista.* Para Moscou, o pior *terrorismo* é aquele praticado pelos separatistas da Chechênia (ou Tchetchênia), ao passo que, para estes, o pior terrorista é o exército russo que arrasou sua capital matando dezenas de milhares de civis. Israel, por sua vez, ataca o *Hamas*[16] e o *Hezbollah*[17] como terroristas, ao passo que a Síria e outros países muçulmanos os consideram palestinos lutando pela independência e queriam julgar *Ariel Sharon* como criminoso de guerra.

Destarte, em que pese a amálgama de *terrorismos* existentes, é importante que cada Estado Democrático de Direito tenha uma definição clara e inequívoca desse conceito em seus respectivos ordenamentos jurídicos, como o fez o Brasil, enfim, com a Lei n. 13.260/16, por mais imperfeita que seja. Essa definição se revela importante não apenas para atender ao princípio da legalidade, em sua vertente de *lex certa,* mas também de modo a se evitar que condutas delituosas com graus de lesividade diversos sejam tratadas com o mesmo rigor com o qual se deve punir o verdadeiro crime de terrorismo.

4. CONCEITO DE TERRORISMO NO DIREITO COMPARADO.

Os dicionários definem o terrorismo nos seguintes termos: "modo de impor a vontade pelo uso sistemático do terror; emprego sistemático da violência para fins políticos, especialmente a prática de atentados e destruições por grupos cujo objetivo é a desorganização da sociedade existente e a tomada do poder; ameaça do uso da violência a fim de intimidar uma população ou governo, geralmente motivada por razões ideológica sou políticas; regime de violência instituído por um governo; atitude de intolerância e de intimidação adotada pelos defensores de uma ideologia, sobretudo nos campos literário e artístico, em relação àqueles que não participam de suas convicções".[18]

14. MELIÁ, Manuel Cancio. *Los delitos de terrorismo: estrutura típica e injusto.* Madrid: Editorial Reus, 2010. p. 22-23.

15. Es viable el concepto de terrorismo?, en *Fractal* de 16 de fevereiro de 2002. http://www.analitica.com/cyberanalitica/fractal/6672581.

16. O *Hamas* é uma organização palestina, de orientação sunita, que inclui uma entidade filantrópica, um partido político e um braço armado, as Brigadas Izz ad-Din al-Qassam. É o mais importante movimento fundamentalista islâmico da Palestina. É considerado organização terrorista pelos Estados Unidos, União Europeia, Japão, Israel e Canadá. A Austrália e o Reino Unido consideram como organização terrorista o braço militar da organização. Outros países, como a África do Sul, a Rússia, a Noruega e o Brasil não consideram o *Hamas* como organização terrorista.

17. O *Hezbollah* é uma organização com atuação política e paramilitar fundamentalista islâmica xiita sediada no Líbano. É uma força significativa na política libanesa, responsável por diversos serviços sociais, além de operar escolas, hospitais e serviços de agricultura para milhares de xiitas libaneses na divisa com a Síria. É considerado um movimento de resistência legítimo por grande parte do mundo islâmico e árabe. O grupo, no entanto, é considerado uma organização terrorista pelos Estados Unidos, Argentina, Israel, Canadá e pelos Países Baixos.

18. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Objetiva: Rio de Janeiro: 2009. p. 1835.

O termo "terrorismo" foi empregado pela primeira vez na França, mais exatamente no final do século XVIII, fazendo referência ao *período do terror* instaurado pelo partido jacobino. Em um famoso discurso em 1794, Robespierre afirmou que em um período revolucionário a força do governo popular deveria residir no *terror*. Por isso, os jacobinos foram denominados *terroristas*.

Os crimes de terrorismo se caracterizam pela prática de crimes comuns, aos quais se acrescenta a virtualidade de causar terror entre a população, isto é, de alterar a paz pública, de modo a obter a consecução de certos objetivos. Dessa forma, o *terrorismo*, em si, contém um *plus* de desvalor em relação à delinquência comum, porquanto, à diferença de crimes de homicídios, lesões corporais, etc., cada ato concreto contribui para a criação de uma situação de pânico e de medo coletivo idôneos para alterar a normalidade da sociedade como um todo e, por consequência, do próprio exercício dos direitos fundamentais. O crime de terrorismo transcende o dano concreto causado, produzindo uma ameaça à segurança de toda a sociedade.

Mariona Llobet Anglí define o *terrorismo* como a conduta delitiva violenta, reiterada e indiscriminada, em um processo de instrumentalização das pessoas, com o objetivo de alcance de uma finalidade política. Para a autora, é possível apontar características básicas para o terrorismo:[19]

a) **uso habitual de armamento idôneo para a realização de suas finalidades delitivas:** até mesmo para produzir um estado de medo na população, grande parte da doutrina aponta a utilização de armas de fogo e artefatos explosivos como uma condição necessária para o funcionamento de uma organização terrorista;[20]

b) **prática de crimes graves contra as pessoas:** outra característica tradicionalmente citada pela doutrina estrangeira para a caracterização do crime de terrorismo é o cometimento de crimes graves contra as pessoas, como, por exemplo, homicídios, lesões corporais, sequestros, de forma reiterada e indiscriminada, por meio do uso das armas de fogo e dos explosivos acima mencionados. Essa violência indiscriminada funciona, portanto, como o meio de que se vale o terrorismo para conseguir atingir seus objetivos. Perceba-se, então, que, pelo menos em um primeiro momento, o terrorismo se vale do cometimento de crimes que já estão tipificados na lei penal de cada país. A diferença surge em um momento posterior, exatamente na disseminação do sentimento de terror na população. Como observa a doutrina, "conquanto haja uma situação de violência inicial já configuradora, em regra, de um delito, tal situação irá adquirir o caráter de terrorista quando for manifestado pelo agente a necessidade de se outorgar ao ato uma maior publicidade para o alcance de seus objetivos, representando essa publicidade a disseminação do sentimento de terror, próprio desse fenômeno";[21]

c) **criação de um estado de insegurança e de medo coletivo:** sem a criação de um sentimento difuso de insegurança, os terroristas não têm como constranger um governo ou uma população a adotar certas decisões ou a se comportar de uma maneira determinada. Por isso, faz-se necessária a prática reiterada de crimes graves cometidos de maneira indiscriminada contra a população (ou parte dela) para que objetivamente se possa criar uma situação de terror e medo. Prevalece o entendimento de que não é necessário que efetivamente se produza uma situação ou um resultado de medo ou de insegurança, que sempre vai depender de elementos subjetivos e pessoais. Pelo contrário, o que se requer é que o tipo de violência utilizado seja objetivamente idôneo para alcançar esse estado de terror.

Se há consenso na doutrina estrangeira acerca desses 3 (três) requisitos, sobram controvérsias acerca dos seguintes temas:

1) **(Des) necessidade de existência de uma organização terrorista:**[22] parte da doutrina estrangeira sustenta que o crime de terrorismo só pode ser praticado se comprovada a existência de uma organização terrorista dando suporte às condutas praticadas pelo agente. Atualmente, todavia, vem prevalecendo o entendimento de que o crime de terrorismo pode ser praticado por um indivíduo isolado. É nesse sentido a Lei n. 13.260/16, cujo art. 2º, *caput*, faz referência expressa à prática dos atos de terrorismo *por um ou mais indivíduos;*

2) **Finalidade dos atos terroristas**: de um lado, há quem entenda que só se pode adjetivar de terrorista o atentado que tenha fins políticos. De outro, parte da doutrina sustenta o cabimento

19. É nesse sentido a lição de Mariona Llobet Anglí: *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición em un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010. p. 59.

20. Como será exposto mais adiante, a Lei n. 13.260/16 não impõe a utilização de armas de fogo como condição *sine qua non* para a tipificação do terrorismo.

21. CALLEGARI, André Luís; LIRA, Cláudio Rogério Sousa; REGHELIN, Elisangela Melo; MELIÁ, Manuel Cancio; LINHARES, Raul Marques. *O crime de terrorismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 28.

22. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor aos comentários ao tópico "sujeitos do crime".

de objetivos de outra natureza. O tema será trabalhado com detalhes mais adiante, ao tratarmos do *tipo subjetivo* do crime do art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16, para onde remetemos o leitor.

4.1. Classificação do terrorismo no Direito comparado.

Na doutrina estrangeira são propostos diversos critérios para classificar o terrorismo. Sem embargo dos inúmeros parâmetros, parece-nos possível trabalhar com a classificação do terrorismo nos seguintes termos, conforme lição de Débora de Souza de Almeida:[23]

a) **quanto aos atores**: subdivide-se em terrorismo social, de Estado e paraestatal. O **terrorismo social**, como o próprio nome sugere, é aquele cometido por grupos sociais que não participam da estrutura político-administrativa do Estado. **Terrorismo de Estado** é a expressão usada para fazer referência à ação de governos quando recorrem ao uso da força e da violência contra a população. Em conclusão, **terrorismo paraestatal** é aquele perpetrado por grupos paraestatais, os quais possuem um vínculo com o Estado que oferece cobertura legal e apoio logístico, verdadeira espécie de patrocínio. Para parte da doutrina, trata-se de uma subespécie de terrorismo de Estado;[24]

b) **quanto aos móveis essenciais**: com base nesse critério, o terrorismo pode ser classificado em subversivo, repressivo, ideológico, nacionalista ou religioso. Vejamos os respectivos conceitos: b.1) **terrorismo subversivo**: faz uso de violência seletiva e terror para desestabilizar politicamente o regime de governo, atuando principalmente contra a estrutura político-administrativa do Estado ou contra grupos sociais que sustentam a base governamental, buscando, pelo menos em regra, ampla publicidade de seus atos; b.2.) **terrorismo repressivo**: pretende fulminar a oposição política ao governo, evitando a deslegitimação e a crise do sistema político. Exerce violência indiscriminada, buscando também o anonimato e a ocultação. Logo, é orientado por uma diretriz contrária a do terrorismo subversivo; b.3) **terrorismo ideológico**: emprega violência com o fim de impor um sistema de crenças e valores à sociedade, dominando, assim, consciências individuais e coletivas; b.4) **terrorismo nacionalista**: objetiva impor sua concepção nacional, radical e discriminatória por meio da violência subversiva contra nacionais dissidentes, minorias estrangeiras ou autoridades nacionais e coletividades estrangeiras; b.5) **terrorismo religioso**: é norteado pelo fundamentalismo religioso, ou seja, de uma interpretação radical da própria religião;

c) **quanto aos efeitos:** nesse caso, o terrorismo pode ser classificado como seletivo ou indiscriminado. Vejamos os dois conceitos: c.1) **terrorismo seletivo**: comete atos violentos contra pessoas e instituições que dirigem e simbolizam o sistema político ou organização a que visa destruir. Requer grande infraestrutura logística e um alto grau de especialização dos executores para alcançar os fins almejados, quais sejam: danos e a imagem de poder e eficácia do grupo terrorista; c.2) **terrorismo indiscriminado**: a violência é executada contra qualquer pessoa, grupo ou instituição. Prefere táticas pouco arriscadas, e, por isso, atenta contra os setores mais vulneráveis da sociedade. Diante disso, não exige uma infraestrutura logística apurada, nem uma elevada preparação dos membros;

d) **quanto ao âmbito de execução das ações e de procedência dos envolvidos:** d.1) **terrorismo interno, doméstico ou nacional**: se sucede no país de nacionalidade das vítimas e dos agressores; d.2) **terrorismo internacional:** afeta ou se desenvolve em diversos países, podendo também afetar cidadãos de diferentes nacionalidades ou representantes de organizações intergovernamentais.

4.2. Terrorismo no Direito norte-americano.

Imediatamente após os atentados terroristas às "Torres Gêmeas" e ao Pentágono em 2001, houve um sensível recrudescimento das leis antiterroristas norte-americanas.

Por lá, a tipificação do crime de terrorismo se dá com um amplo rol de condutas, como, por exemplo, a destruição de aeronaves, uso de agentes nucleares, químicos, biológicos ou armas, uso de armas de destruição em massa, bombardeio de propriedade do governo, sabotagem de instalações nucleares e aeronaves, e pirataria. A legislação também tipifica como terrorismo o ataque bioterrorista, o atentado contra os sistemas de transporte de massa, e o denominado terrorismo doméstico, compreendido como a prática de atos perigosos para a vida humana que são uma violação das leis criminais dos Estados Unidos ou de qualquer Estado que parecem ter a intenção de intimidar ou coagir uma população civil; para influenciar a política de um governo por intimidação ou

23. ALMEIDA, Débora de Souza; ARAÚJO, Fábio Roque; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Lei antiterrorismo: Lei 13.260/16 comentada artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2017. p.

24. Para mais detalhes acerca do terrorismo de Estado, consultar abaixo comentários ao art. 2º, §2º, da Lei n. 13.260/16, no item *distinções necessárias*.

coerção; ou para afetar a conduta de um governo por meio de destruição em massa, homicídio, ou o sequestro, e ocorrem principalmente no âmbito da jurisdição territorial dos Estados Unidos.

4.3. Terrorismo no Direito espanhol.

Madrid foi alvo do maior atentado terrorista já cometido na Europa até hoje. No dia 11 de março de 2004, uma sequência de explosões na rede ferroviária da capital espanhola causou a morte de aproximadamente 191 pessoas, com outros 1.500 feridos. Reivindicado pela *Al-Qaeda*, esse atentado terrorista ficou conhecido como 11-M e provocou inúmeras mudanças na legislação espanhola, que não apenas deixou de lado a qualidade organizacional como elementar do crime de terrorismo, tipificando, assim, o terrorismo individual, como também passou a conferir ao terrorismo outras finalidades que não apenas políticas.[25]

Com vigência em julho de 2015, o novo Código Penal Espanhol tipifica o crime de terrorismo nos seguintes moldes:

"Art. 573. 1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.ª Alterar gravemente la paz pública.3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. 2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior. 3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo".

4.4. Terrorismo no Direito britânico.

O Reino Unido convive com atentados terroristas desde a primeira década do século XX, em especial por conta do grupo separatista *Irish Republican Army* (Exército Republicano Irlandês). O grupo pretendia separar a Irlanda do Norte do Reino Unido e reanexar-se à República da Irlanda. Ao longo de mais de duas décadas de luta armada, estima-se que o grupo tenha causado a morte de mais de 3.500 pessoas. No dia 28 de julho de 2005, o IRA anunciou o fim da "luta armada".

O *Terrorism Act* do ano de 2000 considera *ato de terrorismo* a conduta ou ameaça que: "(...) é destinada a influenciar o governo ou intimidar o público ou uma parte dele"; "(...) é realizada para efeitos de promoção política, religiosa ou ideológica"; "envolve violência grave contra uma pessoa; (...) envolve sérios danos à propriedade; (...) põe em perigo a vida de uma pessoa, que não seja a do autor da ação"; "cria um risco grave para a saúde ou a segurança do público ou de uma parte deste; ou (...) é concebida para interferir seriamente ou perturbar gravemente um sistema eletrônico".

Também são apontados como terrorismo os seguintes atos, dentre outros: incitar o cometimento de atos de terrorismo no Reino Unido; fornecer, receber ou convidar a receber instrução ou formação no fabrico ou utilização de armas de fogo, explosivos, armas químicas, biológicas ou nucleares; comunicar, publicar ou tentar extrair informações que possam ser úteis para o terrorismo; usar, receber, fornecer e convidar outrem a fornecer dinheiro e outros bens para fins que saiba ou suspeite serem terroristas; dirigir, integrar ou declarar que integra uma organização terrorista; e a lavagem de capitais e o financiamento para fins de terrorismo.

5. CONCEITO DE TERRORISMO NO DIREITO PÁTRIO.

5.1. (In)existência do crime de terrorismo no Brasil antes da Lei n. 13.260/16.

Sempre houve controvérsias acerca da definição legal do crime de terrorismo no ordenamento pátrio, pelo menos até o advento da Lei n. 13.260/16.

No âmbito da doutrina, René Ariel Dotti definia o terrorismo "como a prática do terror como ação política, procurando alcançar, pelo uso da violência,

25. Nesse contexto: MORENO, Juan Carlos Campo. *Comentarios a La Reforma Del Código Penal en Materia de Terrorismo: La L.O 2/2015*. Valência: *Tirant Lo Blanch, 2015*. p. 35-42.

objetivos que poderiam ou não ser estabelecidos em função do exercício legal da vontade política. Suas características mais destacadas são: a indeterminação do número de vítimas; a generalização da violência contra pessoas e coisas; a liquidação, desativação ou retração da vontade de combater o inimigo predeterminado; a paralisação da vontade de reação da população; e o sentimento de insegurança transmitido principalmente pelos meios de comunicação".[26]

Parte da doutrina sustentava, então, que o delito de terrorismo estaria previsto no art. 20, *caput*, da Lei n. 7.170/83, nos seguintes termos: "Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou *atos de terrorismo*, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas". Entre outros, era nesse sentido a lição de Antônio Scarance Fernandes.[27]

Com a devida vênia, sempre nos pareceu que o elemento normativo *atos de terrorismo* constante do art. 20 da Lei n. 7.170/83 era tão vago e elástico que jamais permitiria ao julgador, por ausência de uma adequada descrição do conteúdo fático desse ato, enquadrar qualquer modalidade da conduta humana. Cuidava-se, pois, de evidente violação ao princípio da taxatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).[28]

Indiretamente, o tema acabou sendo levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de pedido de extradição formulado pela República do Peru, oportunidade em que a 2ª Turma concluiu não existir a definição típica do delito de terrorismo no ordenamento jurídico pátrio. Por isso, ainda que preenchidas as demais formalidades – o que não ocorreu no caso concreto –, eventual pedido extradicional também haveria de ser negado, haja vista a necessidade de observância do princípio da dupla tipicidade.

A propósito, eis o teor do julgado: "(...) Extraditando submetido à investigação penal pela suposta prática do 'crime de terrorismo'. Controvérsia doutrinária existente em torno da definição e da tipificação penal dos atos de terrorismo no ordenamento positivo brasileiro. Indefinição, no plano internacional, do conceito de terrorismo para efeito de sua prevenção e repressão. Convenção Interamericana contra o Terrorismo (2002). O Repúdio ao terrorismo e a rejeição da exceção de delinquência política. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ext. 855/Chile, Rel. Min. Celso de Mello). O postulado da tipicidade (ou da dupla incriminação) como um dos requisitos necessários ao atendimento do pedido de extradição (e, também, à decretação da prisão cautelar para efeitos extradicionais). Postulação deduzida por Estado Estrangeiro que não observa requisitos impostos pelo Tratado bilateral de extradição celebrado com o Brasil. *Pacta sunt servanda*. Pedido de prisão cautelar para efeitos extradicionais insuscetível de acolhimento, por estar insuficientemente instruído. Necessidade de diligências complementares. Determinação do Relator para que a instrução documental fosse complementada. Imprescindibilidade dos elementos faltantes (descrição dos fatos imputados, indicação do tempo e local de sua suposta ocorrência, identificação do órgão judiciário competente para o processo e julgamento do ilícito penal e cópia das normas concernentes ao regime jurídico da prescrição penal no Estado requerente). Notificação formal da missão diplomática do Estado requerente. Não atendimento dessa determinação judicial. Descumprimento de obrigação jurídico-processual que incumbe, exclusivamente, ao Estado requerente. Precedentes. Pedido de prisão cautelar para efeitos extradicionais não conhecido. Processo julgado extinto".[29]

Com o advento da Lei n. 13.260/16, chega ao fim tal controvérsia, já que, consoante disposto em seu art. 1º, tal diploma normativo regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, *disciplinando o terror*ismo, além de tratar de disposições investigatórias e processuais, reformulando, ademais, o conceito de organização terrorista. É forçoso concluir, então, que a Lei n. 13.260/16 revogou tacitamente o crime do art. 20 da Lei n. 7.170/83.

5.2. Lei Antiterrorismo (Lei n. 13.260/16).

O art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16 define o crime de terrorismo nos seguintes termos: "O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos

26. *Terrorismo e devido processo legal*. RCEJ, ano VI, Brasília, set. 2002. p. 27-30.

27. Nesse sentido: FERNANDES, Antônio Scarance. *Considerações sobre a Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990 – Crimes Hediondos*. RT 660, p. 261, 1990.

28. É essa a posição de Alberto Silva Franco: *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei n. 8.072/90*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 109.

29. Nesse sentido: STF, 2ª Turma, PPE 730/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/12/2014.

com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública".

Da leitura do conceito legal introduzido pela Lei n. 13.260/16, é possível dizer que, para fins de aplicação da legislação pátria, a tipificação do crime de terrorismo depende do preenchimento de pelo menos 4 (quatro) requisitos cumulativos:

1) **Especial motivo de agir:** *razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião.* O tema será trabalhado detalhadamente no tópico atinente ao *tipo subjetivo;*

2) **Especial fim de agir**: *finalidade de provocar terror social ou generalizado.* Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor aos comentários ao *tipo subjetivo* do art. 2º;

3) **Crime de perigo concreto**: exposição a perigo à pessoa, ao patrimônio, à paz pública ou à incolumidade pública. Para mais detalhes acerca do assunto, consultar comentários ao tipo objetivo;

4) **Atos de terrorismo**: o art. 2º, §1º, incisos I, IV e V, da Lei n. 13.260/16, elenca um rol taxativo de *atos terroristas*, que funcionam como verdadeiras condutas-meio para a execução do crime de terrorismo.

6. BEM JURÍDICO TUTELADO.

Não há consenso na doutrina estrangeira acerca do bem jurídico tutelado pelo crime de terrorismo.

Para Mariona Llobet Anglí,[30] são 3 (três) os bens jurídicos afetados pelo terrorismo em um Estado Democrático: a) em primeiro lugar, o bem jurídico concreto protegido por cada delito comum, isto é, a vida, a integridade física, a liberdade, etc.; b) em segundo lugar, a paz pública em sua acepção de estado coletivo de tranquilidade; c) por último, a própria democracia, ou seja, as vias democráticas de tomadas de decisões políticas, porquanto é da natureza do ato terrorista o objetivo de constranger o Estado a atender a determinada reinvindicação política.

No ordenamento jurídico pátrio, o ideal é concluir que se trata de crime contra a paz pública.

Como é cediço, a expressão *paz pública* pode ser compreendida em sentido objetivo e subjetivo. Objetivamente, a *paz pública* corresponde à *ordem social,* ou seja, à ordem nas relações da vida em sociedade, que resulta das normas jurídicas que regulam essas relações, abrangendo, portanto, a paz, a tranquilidade e a segurança social. Subjetivamente, a paz pública corresponde ao sentimento coletivo de confiança na ordem jurídica. É exatamente nesse segundo sentido, ou seja, em seu aspecto subjetivo, que a lei penal brasileira visa proteger a paz pública com o crime de terrorismo. Enfim, como bem jurídico tutelado, a paz pública não deve ser compreendida como a defesa da segurança social, mas sim a opinião ou o sentimento da população em relação a essa segurança, ou seja, aquela sensação de proteção e segurança geral.

O Projeto do novo Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado n. 236/2012) confirma esse raciocínio, pelo menos sob o ponto de vista da localização topográfica do crime de terrorismo, que consta do art. 249 como o primeiro crime do Título IX, que versa sobre os *crimes contra a paz pública.*[31]

Fosse pacífico na doutrina o entendimento de que o terrorismo teria como finalidade exclusiva uma alteração política, poder-se-ia até concordar com o entendimento de que, para além da paz pública, também se vislumbra um atentado à própria democracia, no tocante ao processo de tomada de decisões políticas de maneira legítima. No entanto, como será visto com mais detalhes mais adiante, não é esta a posição adotada pela Lei n. 13.260/16, que não impõe a finalidade política como o único móvel do terrorismo. Logo, parece-nos indevida a colocação da Democracia como o bem jurídico tutelado pelo terrorismo, pelo menos sob a ótica da legislação brasileira.

7. SUJEITOS DO CRIME.

7.1. Sujeito ativo.

O sujeito ativo do crime do art. 2º da Lei n. 13.260/16 pode ser qualquer pessoa. Cuida-se, pois, de crime comum, que não requer nenhuma qualidade especial do agente.

No âmbito do direito comparado, há controvérsias quanto à possibilidade de o terrorismo ser praticado por um único indivíduo. No Brasil, ante a redação expressa do *caput* do art. 2º da Lei n. 13.260/16, dúvida não há quanto à conclusão no sentido de que o terrorismo é tipificado como crime de concurso eventual (unissubjetivo), ou seja, que

30. ANGLÍ, Mariona Llobet. Op. cit. p. 59.

31. Na mesma linha, Callegari e outros observam que o bem jurídico por excelência violado pelo terrorismo é a paz pública. Segundo os autores (op. cit. p. 50), "isso decorre do efeito psicológico do ato terrorista, que o caracteriza como tal e que lhe confere a própria nomenclatura. Quando se refere que o terrorismo se institui em um ato violento direcionado a difundir o sentimento de terror generalizado nas pessoas, do que se retira seu poder comunicacional, está-se a apontar o ataque à paz pública cometido pelo ato".

pode ser praticado por uma única pessoa, sem prejuízo de eventual caracterização de concurso de agentes.

7.1.1. Qualidade organizacional como elementar do crime de terrorismo.

Parte da doutrina estrangeira sustenta que a prática de qualquer atentado terrorista está associada à existência de uma determinada organização, à qual os sujeitos se associam ou à qual prestam algum tipo de contribuição. Por isso, o terrorismo é algo próprio de organizações, jamais de indivíduos isolados, porque são esses agrupamentos que oferecem aos indivíduos a oportunidade de receber treinamento, inteligência, planejamento estratégico, armas, documentação falsa, etc. Afinal, é a organização que proporciona ao indivíduo os meios necessários para disseminar o terror com um mínimo de êxito. O terrorismo funcionaria, portanto, como uma espécie de crime de concurso necessário, uma espécie de criminalidade organizada, ainda que, vez por outra, determinados atentados terroristas fossem executados por um único indivíduo.

Consequentemente, boa parte da doutrina estrangeira sustenta que não se pode falar em terrorismo individual, porquanto não é verossímil que um único indivíduo, sem o auxílio de uma organização, tenha potencialidade lesiva suficiente para executar crimes graves de modo reiterado, espalhando o medo e o pânico por toda a sociedade. Se o terrorismo é compreendido como o ato de violência capaz de criar uma atmosfera de terror generalizada na população, a estrutura organizacional funciona como uma elementar desse delito, daí por que o terrorismo individual deveria ser tratado como verdadeira hipótese de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio, nos termos do art. 17 do Código Penal.[32]

É nesse sentido a lição de Cancio Meliá. Para o autor,[33] o terrorismo comporta apenas aquelas ações praticadas por um grupo organizado, condição essencial para fazer com que a atividade adquira uma significação política considerável, em razão do perigo que representa. Sem esta qualidade organizacional, eventuais atos de violência praticados por indivíduos isolados carecem de amplitude e complexidade. Logo, não têm o condão de caracterizar o crime de terrorismo. Por mais que um ato isolado praticado por uma única pessoa tenha a capacidade de provocar grande pânico em determinada sociedade – basta pensar nos inúmeros massacres cometidos por atiradores em escolas norte-americanas –, daí, todavia, não se pode rotulá-lo como um atentado terrorista, sob pena de se concluir que todo crime capaz de provocar medo na sociedade teria idoneidade para tipificar o terrorismo.

Some-se a isso o fato de que o terrorismo do século XXI é eminentemente internacional, caracterizando-se pelo rompimento das barreiras nacionais. Dificilmente, portanto, é possível conceber a existência de um atentado terrorista transfronteiriço, marcado pela perspectiva de reiteração dos atos para a criação de uma atmosfera de terror se não houver uma estrutura coletiva consideravelmente densa para que se possa falar em terrorismo.[34]

7.1.2. Terrorismo individual: crime unissubjetivo.

É crescente o entendimento doutrinário no sentido de que o terrorismo pode ser praticado por um único indivíduo, ainda que o agente não esteja associado à determinada organização terrorista. Levando-se em consideração o grau de destruição que certas armas podem produzir na atualidade, é evidente que um atentado terrorista, ainda que praticado por um único agente isolado, tem o condão de criar um sentimento de terror social. A propósito, basta pensar em um ataque à parte da população com armas químicas, biológicas, ou por meio do ciberterrorismo. Nesses casos, a potencialidade lesiva que a existência de uma organização confere ao terrorismo se vê substituída pelo grau de letalidade inerente aos meios empregados, os quais podem causar graves danos à vida e à integridade física de inúmeras pessoas a partir de uma única conduta.[35]

Bom exemplo de terrorista individual é o caso do *Unabomber*. Formado na *Universidade de Harvard*, Theodore John Ted Kaczynski praticou diversos atentados entre os anos de 1978 e 1995, supostamente contra os efeitos malignos do progresso tecnológico, instalando e enviando inúmeras bombas de fabricação doméstica, do que resultou,

32. Em sentido semelhante: CALLEGARI. *Et alii*. Op. cit. p. 94.

33. Op. cit. p. 136.

34. Nesse contexto: CALLEGARI, *et alii*. Op. cit. p. 41. Segundo os autores, a estrutura de uma organização terrorista pode se apresentar de dois modos: a) **piramidal**: nessa estrutura hierarquizada, existe uma clara divisão de funções e um controle bastante estrito sobre a maioria das atividades de seus membros. Nesse caso, é possível um maior controle, liderança e capacidade de controle; b) **rede**: em função da menor hierarquização, existe uma maior flexibilidade disseminada em diversas células ou grupos que podem atuar com relativa independência e que, usualmente, não apresentam contato entre si. Essa estrutura permite à organização um maior alcance operativo de atuação, o que acaba dificultando a sua desarticulação (v.g., *Al Qaeda*).

35. É nesse sentido a lição de Mariona Llobet Anglí. Op. cit. p. 88.

no total, a morte de 3 (três) pessoas e a produção de lesões a outras 23 (vinte e três). Outro exemplo tradicionalmente citado pela doutrina é o caso dos *Francoatiradores de Washington*. Durante o mês de outubro de 2002, dois sujeitos mataram mais de uma dezena de pessoas com um rifle de longo alcance, conseguindo causar pânico na população da capital dos Estados Unidos da América.

A legislação brasileira deixa claro que a tipificação do crime de terrorismo não tem como pressuposto a existência de uma organização terrorista. Com efeito, ao se referir ao conceito de terrorismo no *caput* do art. 2º, o legislador faz referência expressa à prática dos atos *por um ou mais indivíduos*, o que deixa entrever a opção pela aceitação da figura do terrorismo individual. Logicamente, o fato de o agente integrar uma organização terrorista continua sendo crime, previsto expressamente no art. 3º da Lei n. 13.260/16, porém o crime de terrorismo do art. 2º não tem como pressuposto o fato de o sujeito ativo ser integrante de tal grupo.

Não bastasse tal dispositivo, a Lei n. 10.744/03, que versa sobre a possibilidade de responsabilidade civil do Estado diante de atentado terrorista contra aeronave de matrícula brasileira operada por empresa brasileira de transporte aéreo público, também faz remissão ao *terrorista individual* nos seguintes termos: "Entende-se por ato terrorista qualquer ato *de uma ou mais pessoas*, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional" (art. 1º, §4º).

De um lado, esta opção pode se revelar vantajosa, porquanto o crime de terrorismo, tal qual tipificado pelo art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16, terá o condão de alcançar qualquer ação essencialmente terrorista. Do outro, porém, é passível de críticas, já que deixa de lado o critério da "projeção estratégica",[36] o qual, associado a outros requisitos, é apontado como importante elemento para se diferenciar o terrorismo dos crimes comuns.

De se notar, então, que a legislação antiterrorista brasileira admite a figura do terrorismo individual e do lobo solitário.

7.1.2.1. Lobo solitário.

O *lobo solitário* (*lone wolf*) – ou *rato solitário* (*lone rat*)[37] – pode ser definido como alguém que organiza e executa atos de terrorismo sozinho, sem estar conectado a qualquer estrutura de comando e sem a assistência material de um grupo. Isso, todavia, não impede que o agente tenha sido influenciado ou motivado pelas ideologias e crenças de um grupo externo, e proceda à execução de seus atos como manifestação de apoio a tal grupo.

Há uma preocupação crescente de diversos países em relação aos lobos solitários. Primeiro, porque a maioria dos atentados terroristas praticados no Ocidente nos últimos anos tem sido executados por lobos solitários, e não por grupos internacionais bem organizados. Segundo, por conta da enorme dificuldade de se identificar e coibir a atuação desses indivíduos.

Não há consenso na doutrina estrangeira acerca da possibilidade de se utilizar o termo *lobo solitário* como sinônimo de *terrorista individual*.

Uma primeira corrente sustenta que o *terrorista individual* pode agir sozinho ou em pequenos grupos, sob a direção ou não de outrem, porém sempre sob a influência de um líder e com integração a um grupo terrorista. O lobo solitário, por sua vez, sempre age sozinho, por conta própria, é dizer, sem qualquer tipo de ingerência externa, tampouco influência direta de um líder, já que o agente não pertence a nenhum grupo terrorista.

Uma segunda corrente, todavia, sustenta que não há qualquer diferença entre o *lobo solitário* e o *terrorista individual*. Para que o agente seja considerado um *terrorista individual*, os seguintes requisitos devem estar presentes: a) agir sozinho; b) não pertencer a grupo ou rede terrorista; c) agir sem influência direta de um líder ou de uma hierarquia; d) haver proatividade: táticas e métodos devem ser planejados e dirigidos por iniciativa própria, sem seguir qualquer direção ou ordem externas.[38]

7.2. Sujeito passivo.

Firmada a premissa de que se trata, o terrorismo, de crime contra a paz pública, é de se concluir que o sujeito passivo seria a coletividade (crime vago). Quanto ao tema, não se pode confundir o sujeito passivo do crime de terrorismo com eventual vítima

36. Para Cancio Meliá, a *projeção estratégica* é um elemento essencial para a tipificação do crime de terrorismo. Sob esta perspectiva, não são perquiridos os desejos ou objetivos individuais do agente, mas sim o seu dolo orientado para os fins da organização, ou seja, para fins coletivos.

37. A expressão *rato solitário* foi usada pelo Diretor do FBI James Comey em entrevista concedida ao programa norte-americano *60 minutes*. Referindo-se ao uso da expressão *lobo solitário*, disse que "(...) it's not one I like because it conveys a sense of dignity I don't think they deserve. These homegrown violent extremists are troubled souls, who are seeking meaning in some misguided way. And so they come across the propaganda and they become radicalized on their own, sort of independent study, and they're also able to equip themselves with training again through the internet, and then engage in jihad after emerging from their basement. (..) I'd prefer lone rat to capture the kind of person we're talking about". <http://www.cbsnews.com/news/fbi-director-james-comey-on-threat-of-isis-cybercrime/>

38. É nesse sentido a lição de Débora de Souza de Almeida (op. cit. p.).

dos atos terroristas executados como condutas-meio para a criação de um sentimento de medo e pânico.

8. TIPO OBJETIVO.

O terrorismo caracteriza-se pela execução reiterada e aleatória de crimes violentos contra os bens jurídicos mais essenciais dos indivíduos, até mesmo para que tenham idoneidade para produzir intimidação e comoção. Somente assim, é dizer, atentando contra a vida, a saúde, a integridade física e a liberdade das pessoas, quer de maneira efetiva, quer de maneira potencial (perigo concreto), é que será possível alterar a paz pública, forçando, então, o governo a atender às exigências do grupo terrorista.

Por consequência, não se pode rotular como terrorista aquela atividade que atente apenas contra a propriedade ou contra outros bens materiais. Meros crimes de dano, como, por exemplo, aqueles praticados por grupos de vândalos que depredam instituições bancárias, concessionárias de veículos, etc., carecem de efetiva lesividade para serem considerados como atos terroristas. Em alguns países, é relativamente comum que a população recorra a atos violentos para chamar a atenção sobre suas reivindicações, como, por exemplo, para se opor ao uso de animais vivos em testes científicos ou para questionar o aumento de tarifas públicas. Para a doutrina,[39] essas reivindicações, ainda que ilegítimas e causadoras de desordem pública, não podem ser qualificadas como terroristas se os delitos instrumentais têm idoneidade tão somente para produzir danos à propriedade ou meras lesões corporais leves.

8.1. Meios utilizados.

Parte da doutrina estrangeira sustenta que a caracterização de um grupo terrorista demanda o emprego de armas. De fato, é comum que a execução desse delito se dê com armas de fogo ou com explosivos. O essencial, porém, é que o meio empregado pelo agente tenha idoneidade para instrumentalizar as pessoas, é dizer, para usar a vida, a integridade física, a saúde e a liberdade do ser humano como motivo de terror e como moeda de câmbio em troca das finalidades desejadas pelos terroristas. Enfim, as *armas* devem ser capazes de causar graves danos à vida.

Admite-se, pois, que o crime de terrorismo seja praticado com pistolas ou outros tipos de armas de fogo. O exemplo geralmente citado pela doutrina diz respeito ao caso dos "Francoatiradores de Washington". Como citado anteriormente, durante o mês de outubro de 2002, dois sujeitos mataram mais de uma dezena de pessoas com um *rifle de longo alcance*, conseguindo causar pânico na população da capital dos Estados Unidos da América. Esse caso concreto acaba por revelar que a utilização de explosivos e de bombas não é uma condição *sine qua non* para a tipificação dos crimes de terrorismo.

Se os atentados terroristas geralmente são cometidos com o emprego de armas de fogo, explosivos e bombas, daí não se pode concluir que a não utilização desses artefatos tenha o condão de afastar a tipificação dos crimes de terrorismo.

O melhor exemplo disso é exatamente o *ciberterrorismo*, que deve ser compreendido como o uso da tecnologia informática para produzir um estado psíquico de terror na população. Desde que evidenciada a idoneidade dessa espécie de terrorismo para afetar os bens jurídicos mais relevantes, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade, etc., é perfeitamente possível a tipificação do crime de terrorismo. A título de exemplo, suponha-se que *hackers* consigam infiltrar em um sistema informático de controle de tráfego aéreo ou ferroviário, causando, na sequência, a colisão de aeronaves comerciais ou o descarrilamento de vagões do metrô ou de um trem. Inegável que atos dessa natureza terão o condão de disseminar o pânico perante a sociedade, notadamente por envolver meios de transporte de uso de grande parte da população. Há de se afastar, portanto, o estereótipo do ciberterrorismo como método terrorista incapaz de produzir violência tangível.

8.2. Exposição a perigo de pessoa, patrimônio, paz pública ou incolumidade pública.

Quanto à necessidade de produção de um resultado naturalístico para a consumação da infração penal, os doutrinadores do Direito Penal costumam classificar as infrações penais da seguinte forma:

a) **crimes de dano**: para a consumação desses delitos, é indispensável que haja efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio;

b) **crimes de perigo**: são aqueles em que há uma probabilidade de dano, que, no entanto, não precisa ocorrer para a consumação do delito. Na verdade, quando o legislador cria um crime de perigo, seu objetivo é levar a efeito a punição do agente antes que sua conduta venha, efetivamente,

39. ANGLÍ. Op. cit. p. 79.

a causar lesão ao bem juridicamente protegido. Por isso, os crimes de perigo são, em regra, de natureza subsidiária, sendo absorvidos pelos crimes de dano. Há duas espécies de crimes de perigo:

b.1) **crimes de perigo abstrato:** nesse caso, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico. Na verdade, baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente trazem consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Há, pois, uma presunção de que a prática de determinada conduta representa um risco ao bem jurídico, sendo desnecessária, portanto, a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que o tipo penal visa evitar (v.g., porte ilegal de arma de fogo);

b.2) **crimes de perigo concreto**: a situação de perigo supostamente criada pela conduta do agente faz parte do tipo penal, daí por que deve ser comprovada no caso concreto, sob pena de atipicidade da conduta.

Conquanto parte da doutrina seja contrária aos crimes de perigo abstrato, por entender que, à luz do princípio da ofensividade (ou lesividade), só se justifica a punição de determinado crime se a conduta do agente produzir efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado,[40] tais crimes são amplamente admitidos pela jurisprudência pátria. Para o Supremo, a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.[41]

Ante a gravidade dos crimes de terrorismo, era de se esperar que referido delito fosse tipificado pelo legislador brasileiro como espécie de crime de perigo abstrato. Porém, se atentarmos para a redação do *caput* do art. 2º da Lei n. 13.260/16, é de rigor a conclusão no sentido de que se trata de crime de perigo concreto. De acordo com o referido dispositivo legal, o terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, *expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.* A parte final desse dispositivo deixa entrever que a situação de perigo supostamente criada pelos atos terroristas faz parte do tipo penal. Logo, há de ser comprovada no caso concreto, sob pena de atipicidade da conduta.

Portanto, para fins de tipificação do crime de terrorismo, os atos terroristas descritos nos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16 devem expor a perigo:

a) **pessoa**: a parte Especial do nosso Código Penal tem início com o Título I, que versa sobre os "crimes contra a pessoa". Dentro desse título estão incluídos os crimes contra a vida (arts. 121 a 128), lesões corporais (art. 129), periclitação da vida e da saúde (arts. 130 a 136), rixa (art. 137), crimes contra a honra (arts. 138 a 145), crimes contra a liberdade individual (arts. 146 a 154), crimes contra a inviolabilidade do domicílio (art. 150), crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152) e crimes contra a inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154). Importante ressaltar que nem todos esses crimes são apontados como *atos de terrorismo* pelo art. 2º, §1º, da Lei n. 13.260/16. É o que ocorre, por exemplo, com a rixa, com os crimes contra a honra, contra a inviolabilidade de correspondência e contra a inviolabilidade dos segredos;

b) **patrimônio**: o Título II da Parte Especial do nosso Código Penal versa sobre os "crimes contra o patrimônio". Nele estão incluídos os crimes de furto (arts. 155 e 156), roubo e extorsão (arts. 157 a 160), usurpação (arts. 161 e 162), dano (arts. 163 a 167), apropriação indébita (arts. 168 a 170), estelionato e outras fraudes (arts. 171 a 179), receptação (art. 180) e disposições gerais (arts. 181 a 183). Se os atos de terrorismo constantes do art.

40. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal.* Série "As Ciências Criminais no Século XXI". Vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

41. STF, 2ª Turma, HC 109.269/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/09/2011, DJe 195 10/10/2011. Com o mesmo entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 175.385/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/03/2011. Em sentido semelhante, reconhecendo a legitimidade da criminalização do crime de perigo abstrato de porte de arma de fogo desmuniciada porquanto, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.), a danosidade é intrínseca a tal objeto, daí por que absolutamente necessária a tipificação dessa conduta para a tutela da segurança pública (art. 6º e 144, CF) e, indiretamente, da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica do indivíduo: STF, 2ª Turma, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012, DJe 62 26/03/2012.

2º, §1º, I, IV e V, da Lei n. 13.260/16 forem capazes de tipificar um desses crimes, expondo a perigo o patrimônio, restará caracterizado o crime de terrorismo, desde que presentes o especial motivo de agir e o especial fim de agir;

c) **paz pública**: como exposto anteriormente, em seu aspecto subjetivo, a paz pública deve ser compreendida como o sentimento coletivo de confiança na ordem jurídica. É exatamente nesse sentido que a lei penal brasileira visa proteger a paz pública nos arts. 286 a 288-A do Código Penal;

d) **incolumidade pública**: incolumidade é o estado de preservação ou segurança de pessoas ou de coisas em relação a possíveis eventos lesivos. Ao utilizar a expressão *incolumidade pública,* o legislador do nosso Código Penal incriminou entre os arts. 250 e 285 condutas atentatórias à vida, ao patrimônio e à segurança de pessoas indeterminadas ou não individualizadas, ao contrário do que se verifica nos delitos disciplinados nos títulos anteriores da Parte Especial do Código Penal.

9. TIPO SUBJETIVO.

O tipo subjetivo abrange todos os aspectos subjetivos do tipo de conduta proibida que, concretamente, produzem o tipo objetivo. É constituído de um *elemento geral* – dolo –, que, por vezes, é acompanhado de elementos especiais, que são *elementos acidentais*, conhecidos como *elementos subjetivos especiais do injusto* ou do tipo penal.[42] E é exatamente isso o que ocorre no caso do crime de terrorismo, cujo tipo subjetivo é composto não apenas pelo dolo, mas também por um especial motivo de agir e por um especial fim de agir.

De acordo com a legislação antiterrorista brasileira, o dolo do agente corresponde à vontade e consciência de praticar os atos de terrorismo listados nos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º, de modo a expor a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. No entanto, o tipo subjetivo do crime de terrorismo não é composto apenas pelo dolo. A ele devem se somar 2 (dois) elementos especiais:

a) **motivação (ou especial motivo de agir)**: os atos de terrorismo devem ser praticados por *razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião*;

b) **especial fim de agir:** os atos de terrorismo devem ser cometidos *com a finalidade de provocar terror social ou generalizado.*

Esses dois elementos especiais do tipo subjetivo são essenciais para diferenciar o crime de terrorismo dos demais crimes comuns já previstos na legislação brasileira. De fato, os diversos verbos nucleares constantes dos atos de terrorismo dos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16 não são estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, a maioria dessas condutas já encontra previsão no Código Penal Brasileiro em tipos penais comuns. Daí a importância da análise desses elementos subjetivos especiais, já que são eles os responsáveis por diferenciar esses diversos crimes comuns do delito de terrorismo. Afinal, o conceito de terrorismo é uma combinação de dois elementos: um elemento objetivo, dado que remete para uma lista de condutas criminosas graves, como definidos no nosso Código Penal e na Legislação Criminal Especial; e um elemento subjetivo, porquanto estes atos só são considerados infrações terroristas, à luz da legislação brasileira, se forem cometidos com um motivo e uma intenção específicos.

Em conclusão, convém destacar que o crime de terrorismo é punido no ordenamento brasileiro exclusivamente a título doloso, seja ele direto, seja ele eventual. Diversamente de alguns ordenamentos jurídicos, que admitem a punição de certos crimes associados ao terrorismo na modalidade culposa, como ocorre, por exemplo, com o crime de financiamento ao terrorismo no Direito espanhol, a Lei n. 13.260/16 não admite a punição de nenhum dos crimes dos arts. 2º, 3º 5º e 6º a título culposo.

10. ESPECIAL MOTIVO DE AGIR (MOTIVAÇÃO).

Também pertencem ao tipo subjetivo os *motivos de agir.* Os motivos têm características anímicas e impulsionam as realizações de condutas, como, por exemplo, *motivo torpe, motivo fútil, motivo nobre, relevante valor social,* etc. Constituem, portanto, a fonte motriz da vontade criminosa. Geralmente, os motivos de agir encontram-se completamente fora do tipo penal, sem qualquer vinculação dogmática, que, por tal razão, somente poderão ser valorados por ocasião da dosimetria da pena. Não é isso, todavia, o que ocorre com o crime de terrorismo do art. 2º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, que demanda que os atos de terrorismo sejam praticados pelo agente por *razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião.*

Nem sempre é fácil diferenciar os *motivos* das finalidades (ou objetivos) do agente. A motivação do ato é aquela circunstância subjetiva que faz nascer a vontade. No caso específico da Lei n. 13.260/16, que faz referência a razões de xenofobia,

42. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral.* Vol. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 314.

poderíamos citar como exemplo o descontentamento de alguém com o crescente número de imigrantes em seu país, motivo que o levaria a praticar determinado ato terrorista. Por objetivo ou finalidade, por sua vez, se compreende o resultado pretendido. Ou seja, enquanto a motivação impulsiona o agente à prática delituosa ("De onde?"), a finalidade o atrai ("Para onde?"). Valendo-se do mesmo exemplo acima citado, ter-se-ia como finalidade do atentado terrorista a provocação de um sentimento de terror social ou generalizado, de modo a constranger o Estado a modificar sua política de tratamento em relação à entrada de estrangeiros no território nacional.

O art. 2º, caput, da Lei n. 13.260/16 faz referência exclusivamente à xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. Portanto, como não se admite analogia *in malam partem*, se o especial motivo de agir estiver relacionado à discriminação de natureza diversa, como, por exemplo, referente à idade, orientação sexual, homofobia, procedência nacional, cor, etnia, time de futebol, ideologia, etc., não há falar em terrorismo.

É bem verdade que, por ocasião do julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 26/DF** (Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/06/2019) e do **Mandado de Injunção n. 4.733** (Rel. Min. Edson Fachin, j. 13/06/2019), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedentes os pedidos ali formulados não apenas para reconhecer a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia, mas também para determinar, pelo menos até que seja colmatada essa lacuna legislativa, a aplicação da Lei 7.716/1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) às condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, com efeitos prospectivos e mediante subsunção.[43] No entanto, como deixam entrever as próprias teses fixadas no julgamento da referida ADO,[44] seus efeitos estão restritos ao crime de racismo previstos na Lei n. 7.716/89, daí por que não há como ampliarmos suas conclusões para outros delitos, como, por exemplo, o crime de terrorismo (Lei n. 13.260, art. 2º, *caput*), tortura (Lei n. 9.455/97, art. 1º, I, alínea "c"), etc., sob pena de indevida violação ao princípio da legalidade.

Enfim, a Lei n. 13.260/16 (art. 2º, *caput*) deixa claro que se faz presente no terrorismo uma dimensão ideológica como origem motivacional do ato, a qual obrigatoriamente deve estar relacionada exclusivamente à *xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião*. Por consequência, pelo menos para a legislação brasileira, o crime de terrorismo deve ter por objetivo a provocação de terror na sociedade, intento este a ser alcançado com os atos discriminados nos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º, os quais, por sua vez, devem ter sido praticados pelos motivos acima discriminados. Vejamos, então, separadamente, os motivos que podem dar ensejo ao crime de terrorismo, para, na sequência, analisarmos sua finalidade.

10.1. Xenofobia.

Do grego, a expressão *xenofobia* é formada por dois termos: *xénos* (estrangeiro) e *phóbos* (medo). Funciona, portanto, como uma espécie de preconceito caracterizado pela aversão, hostilidade, repúdio ou ódio aos estrangeiros, que pode estar

43. Prevaleceu o entendimento de que as práticas homotransfóbicas se qualificam como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.424/RS (caso *Ellwanger*). Isso porque essas condutas importam em atos de segregação que inferiorizam os integrantes do grupo de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (LGBT), em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. Com a devida vênia à Suprema Corte, não obstante a repugnância que provocam condutas preconceituosas de qualquer tipo, notadamente aquelas relacionadas à homofobia, depreende-se do princípio da legalidade previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal ("Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal") que somente o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal. Portanto, a extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora atenta, a nosso juízo, contra o princípio da reserva legal.

44. 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

fundamentado em diversos fatores históricos, culturais, religiosos, dentre outros.

A xenofobia, sentimento de aversão aos estrangeiros – ou, como prefere Emiliano borja Jiménez,[45] "*la negacion emocional o miedo ante personas ajenas, ante extraños, ante extranjeros. La xenofobia vendría a representar el miedo a lo desconocido em otros*" –, no entanto, e como é frequente, pode estar acompanhada do racismo. Ou seja, a repulsa aos estrangeiros pode utilizar a plataforma do discurso racista – a superioridade física e/ou cultural do grupo autóctone sobre o grupo imigrante. Neste caso, a discriminação relativa à procedência nacional mescla-se com o preconceito de raça, cor, etnia ou religião de forma inextrincável.

Atenta a esse problema da xenofobia, a Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância conexa (2001) reconheceu que a "xenofobia contra não nacionais, em particular migrantes, refugiados e requerentes de asilo, constitui uma das principais causas do racismo contemporâneo e que as violações de direitos humanos cometidas contra membros destes grupos ocorrem em geral no contexto de práticas discriminatórias, xenófobas e racistas" (Item n. 16 das Questões Gerais).

O problema da xenofobia na Europa vem se intensificando ao longo dos anos. À semelhança dos Estados Unidos da América, o continente europeu é um dos locais do mundo que mais recebem imigrantes, além de contar com uma elevada migração interna, graças à livre circulação de pessoas que atinge a maior parte dos países-membros da União Europeia. Com isso, a xenofobia aumenta a cada dia.

O aumento dessas migrações internacionais estão geralmente ligados a 2 (dois) fatores: a) **fatores de repulsão:** são aqueles que contribuem para a saída rápida do migrante, seja por razões econômicas, por falta de recursos naturais, por crises humanitárias ou ocorrências de guerras ou guerrilhas (v.g. Síria); b) **fatores de atração:** são aqueles que se relacionam às condições oferecidas pelos lugares de destino, como uma economia estável ou uma grande oferta de emprego, melhor qualidade de vida, entre outros elementos (v.g., migração dos mexicanos e latino-americanos para os Estados Unidos).

No caso da Europa, há a combinação de ambos os fatores. De um lado, a população de países subdesenvolvidos busca no "velho continente", além de emprego, melhores condições de vida, fugindo da realidade econômica de seus locais de origem. Com isso, há uma grande quantidade de estrangeiros vivendo na Europa, com uma estimativa de seis milhões de pessoas, entre migrantes legais e ilegais. Assim, aumenta-se a intolerância para com os grupos estrangeiros, motivada pelas diferenças culturais e sociais, com inúmeros casos de intolerância social, racial e religiosa. Não obstante, a população europeia também se considera ameaçada pelos estrangeiros, com o receio de que eles diminuam a oferta de emprego e atrapalhem os rumos da economia, enviando dinheiro ao exterior (geralmente, seus lugares de origem), e diminuindo a circulação econômica interna. Tais medos intensificaram-se durante a recente crise econômica financeira. Outra questão que se relaciona com o aumento da xenofobia na Europa é o crescimento de grupos partidários e políticos de extrema-direita que costumam alimentar uma linha ideológica baseada no antissemitismo,[46] no conservadorismo e outros ideais fascistas, como a "pureza" dos povos europeus.

O Brasil é conhecido por ser um país que recebeu e recebe muitos imigrantes de vários países com diferentes culturas, sem graves demonstrações de xenofobia. No entanto, no século XIX se verificou no Brasil um fenômeno chamado de *lusofobia*, que resultou de um sentimento nacionalista de alguns políticos brasileiros, que tinham como objetivo reduzir a interação de indivíduos portugueses na economia local. Mais recentemente, é patente o surgimento de um sentimento de xenofobia em relação aos haitianos que chegaram ao Brasil entre 2011 e 2015 – estima-se que mais de 65.000 (sessenta e cinco) mil haitianos tenham chegado ao Brasil nos últimos anos. Há registros de diversos crimes contra cidadãos de origem haitiana, inclusive dolosos contra a vida, com forte suspeita de que a motivação tenha origem em sentimentos xenofóbicos.

10.2. Discriminação.

De acordo com o art. 1º, n. 1, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, *discriminar*

45. BORJA JIMÉNEZ. *Violencia y criminalidad racista em Europa Occidental*, p. 242.

46. Os *semitas* são grupos originários da Ásia ocidental, compreendidos pelos hebreus, árabes, assírios, aramaicos e fenícios. A palavra *antissemitismo* popularizou-se na Europa, principalmente a partir das últimas décadas do século XIX, por traduzir o preconceito contra os judeus.

significa promover qualquer tipo de distinção, exclusão, restrição ou preferência. Também discrimina quem não reconhece as diferenças culturais das diversas etnias que compõem o tecido social, tencionando eliminá-las de forma antidemocrática. A ação discriminatória consiste, assim, na negação dos princípios da igualdade e do pluralismo, mediante imposição de restrições ou exigências desarrazoadas, como também pelo não reconhecimento ou aniquilação das diferenças.

A discriminação torna-se perceptível no momento da exteriorização objetiva de uma conduta no mundo exterior, estando geralmente ligada a um resultado concretamente verificável ou em vias de se concretizar. Em última análise, a ação discriminatória dirige-se a outra pessoa no sentido de privá-la (ou dificultar ou limitar) do acesso ou gozo de determinado bem ou direito. A estrutura do comportamento discriminante reclama, assim, a presença de pelo menos dois sujeitos, daquele que discrimina e daquele que é discriminado, sem excluir a hipótese em que todo um grupo de pessoas é discriminado.

Em conclusão, só se pode falar em discriminação quando determinado direito não é observado em relação a uma pessoa (ou pessoas) e, ao mesmo tempo, reconhecido para outras. A negação indistinta e generalizada de um direito pode significar arbitrariedade contra todos, mas não *discriminação*.

Enfim, convém ressaltar que o verbo discriminar pode ser usado em dois sentidos diversos: a) **discriminação positiva**: é expressa pelas ações afirmativas, como, por exemplo, cotas raciais para ingresso em universidades públicas; b) **discriminação negativa**: diz respeito à concretização do preconceito, é dizer, a um tratamento desigual a indivíduos que têm características semelhantes entre si. Logicamente, interessa à Lei n. 13.260/16 tão somente a discriminação negativa, já que aquela não está sujeita ao Direito Penal, funcionando, na verdade, como instrumento para a concretização do princípio da isonomia.[47]

47. De acordo com o STF, "(...) não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão, seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente". (STF, Pleno, ADPF n. 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/04/2012, DJe 205 17/10/2014).

10.3. Preconceito.

Etimologicamente, *preconceito* quer dizer opinião formada antecipadamente, preconcebida, oriunda de prejulgamento. A palavra deriva do latim *praejudicium*, de *prae*, que significa anterior, e *judicium*, que significa julgamento, o que denota um julgamento negativo e prévio dos membros de determinada raça, religião ou dos ocupantes de qualquer outro papel social significativo, e mantido, apesar de fatos que o contradizem.

Diferencia-se da discriminação pelo fato de estar relacionado à esfera da intimidade. Em outras palavras, enquanto a discriminação é posta como exteriorização objetiva, o preconceito refere-se a uma atitude interior. Funciona, portanto, como o móvel da ação discriminatória, integrando, ao lado do dolo, o aspecto subjetivo do juízo de tipicidade do crime de terrorismo. Exerce, assim, o papel de elemento motivador da prática discriminatória, deflagrando-a e saltando de um estado anímico para dar vazão ao injusto penal.

De se notar, então, que o preconceito, isoladamente considerado, não possui qualquer relevância penal. Do contrário, ter-se-ia verdadeiro direito penal do autor, punindo-se uma atitude interna, com a pretensão de vasculhar o simples pensamento do agente. Punir o preconceito em si, ou seja, quando ainda não se traduzir em conduta palpável, caracterizaria evidente violação ao princípio do fato, por força do qual a intervenção do Direito Penal somente se justifica para reprimir atitudes que irromperam o mundo dos fatos, seja como movimento corpóreo ou como omissão penalmente desvalorada.

Na mesma linha, a discriminação, *de per si*, também não possui relevância penal. Deve estar associada ao preconceito de maneira inconteste. Qualquer tratamento desigual baseado nas noções de origem estrangeira, raça, cor ou etnia somente

adquirirá o estatuto de infração penal de terrorismo se, e somente se, for motivado por preconceito de igual natureza.

Portanto, ausente a discriminação ou o preconceito, há de se reconhecer a atipicidade da conduta, quer por deficiência do tipo objetivo (inexistência de discriminação efetiva ou potencial), quer por deficiência do tipo subjetivo (inexistência do preconceito). A rigor, teria sido mais preciso o emprego da conjunção aditiva no art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16 ("O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação *e* preconceito de raça...), ao invés da alternativa *ou*, o que, no entanto, não compromete a compreensão de que se trata de um todo incindível (preconceito/discriminação).

10.4. Raça.

Historicamente, o conceito de *raça* está ligado à identificação de indivíduos segundo caracteres físicos ou biológicos constantes e hereditários. Atualmente, porém, diversos estudos científicos têm contestado essa noção de *raça*. Isso porque as distinções biológicas entre indivíduos que costumam ser identificados como membros da mesma *raça* não são maiores ou menores do que aquelas existentes entre indivíduos de raças diversas.

Há precedentes do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: "(...) Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. (...)".[48]

Sem embargo desses problemas de delimitação conceitual, é fato que as pessoas ainda insistem em discriminar umas às outras com fundamento na *raça*. Daí a insistência por parte do legislador da Lei n. 13.260/16 em fazer uso da referida expressão, à semelhança, aliás, do que ocorre em outros tipos penais, como, por exemplo, a injúria racial (CP, art. 140, §3º) e os crimes de racismo previstos na Lei n. 7.716/89.

10.5. Cor.

A cor é uma definição cromática, que, no caso do ser humano, refere-se à tonalidade epidérmica, ou seja, ao tom de pele. A *cor* da pele geralmente é utilizada como um traço distintivo da *raça*, tratando-se de conceito menos abrangente do que o último, havendo entre eles uma relação de espécie e gênero.

Assim como o conceito de *raça*, a *cor* também se apresenta como fruto das construções político-ideológicas de cada sociedade, o que fica bem evidente, no caso do Brasil, quando nos deparamos com o resultado do Suplemento da Pesquisa Mensal de Emprego de julho de 1998, confeccionado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que detectou, pela metodologia da auto-identificação espontânea, 143 (cento e quarenta e três) variações de cores nas respostas dos entrevistados (v.g., branco-médio, cafuzo, castanha, cinza, galego-branco, etc.).

De todo modo, levando-se em consideração que a discriminação costuma ser motivada pelo tom da pele das pessoas, a Lei n. 13.260/16 resolveu incluir a cor como um dos critérios de preconceito.

10.6. Etnia.

A *etnia* é tradicionalmente conceituada pela antropologia como um agrupamento humano constituído por vínculos intelectuais, como a cultura ou a língua. Enquanto o conceito de *raça* está relacionado a um grupo formado a partir de características biológicas comuns, o de *etnia* diz respeito a um grupo homogêneo do ponto de vista sociocultural. É dizer, enquanto a palavra *etnia* marca a disposição de acentuar os caracteres culturais comuns do grupo, não comportando uma definição com base em características físicas, *raça* é um conceito cuja fundamentação científica é exclusivamente biológica, acolhendo o fenótipo.

10.7. Religião.

Não é tarefa fácil definir o conceito de *religião*. Deveras, as práticas e crenças que se apresentam como *religião* são tão diversas que dificilmente é possível apontar um denominador comum entre elas. De todo modo, parece-nos que o termo pode ser analisado sob pelo menos quatro ângulos distintos: a) como conceito: crença, aspecto intelectual, suporte de ideias acerca da humanidade e do mundo; b) como cerimônia: aspecto ritualístico, culto, liturgia, regras de contato com o sagrado; c) como organização: aspecto normativo, regras impostas aos membros eclesiásticos e aos devotos; d) como experiência: aspecto da emotividade.

48. STF, Pleno, HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, DJ 19/03/2004.

A importância da religião foi reconhecida na Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata de 2001: "Reconhecemos que a religião, a espiritualidade e as convicções desempenham um papel central nas vidas de milhões de mulheres e homens, e na forma como vivem e tratam as outras pessoas. A religião, a espiritualidade e as convicções podem, na teoria e na prática, contribuir para a promoção da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana e para Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa a erradicação do racismo, da discriminação racial, da xenofobia e da intolerância conexa" (Item n. 8 das *Questões Gerais).*

A palavra *religião* não é utilizada para indicar um modo exclusivo de manifestação da fé (como prática coletiva e organizada do ponto de vista institucional e litúrgico), servindo também para indicar toda sorte de crenças (ainda que individuais e não sistematizadas). É nesse sentido, aliás, o disposto no art. 12, n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: "Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado".

A discriminação ou preconceito de *religião* também pode recair sobre aqueles que não professam nenhum tipo de fé. Para efeitos penais, é legítimo, portanto, falar em discriminação ou preconceito religioso contra os ímpios ou ateus, isto é, indivíduos discriminados por sua não opção religiosa, por sua incredulidade ou agnosia.

Em conclusão, como deixa entrever a própria redação do art. 2º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, é de todo relevante destacar que nem todo atentado terrorista tem razões ligadas à discriminação ou preconceito de religião. É fato que tem sido relativamente comum que as pessoas menos familiarizadas com uma definição jurídico-penal do terrorismo tenham a tendência de associar este fenômeno a um estereótipo de origem islâmica, notadamente após os atentados aos Estados Unidos da América em 11 de setembro de 2001. No entanto, não se pode imputar ao *Islã* a responsabilidade pelos diversos atentados terroristas praticados mundo afora, até mesmo porque, em muitas ocasiões, o são por razões e motivos bem diversos.

Especificamente em relação à *discriminação religiosa*, há de se dispensar especial atenção à recente decisão do STF nos autos do RHC 134.682/BA, oportunidade em que se determinou o trancamento de processo penal cuja denúncia imputava o crime de *incitação à discriminação religiosa* (Lei n. 7.716/89, art. 20, §2º) a determinado sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana que publicou livro no qual, segundo a acusação, explicitava conteúdo discriminatório a atingir a doutrina espírita.

Na visão da 1ª Turma do STF, em um cenário permeado por dogmas com fundamentos emocionais, os indivíduos tendem a crer que professam sua fé dentro da religião correta e que aquela é a melhor, e essa certeza contém intrínseca hierarquização. Ponderou que a liberdade religiosa possui expressa proteção constitucional (CF, art. 5º, VI e VIII) e abrange o livre exercício de consciência, crença e culto. Além disso, alcança a escolha de convicções, de optar por determinada religião ou por nenhuma delas, de empreender proselitismo e de explicitar atos próprios de religiosidade. Assim, a liberdade de expressão funciona como condição de tutela efetiva da liberdade religiosa, assegurando-se a explicitação de compreensões religiosas do indivíduo e atuações conforme a crença. Caso contrário, em vez de liberdade, haveria mera indiferença religiosa. Levando-se em conta que diversas religiões ostentam caráter universalista, ou seja, almejam converter o maior número de pessoas, em especial o catolicismo e o cristianismo, não se poderia tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades dessas religiões, sob pena de verdadeiro ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa. O proselitismo religioso, em diversas oportunidades, é implementado à luz de um contraste entre as mais diversas religiões. O indivíduo que busca a conversão de outrem geralmente o faz sob argumentos de hierarquização entre religiões, almejando demonstrar a superioridade de suas próprias crenças, de modo que, corriqueiramente, as religiões pretendem assumir contornos de doutrinas de primeira ordem. Esse proselitismo, portanto, ainda que acarrete incômodas comparações religiosas, não materializa, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas. Essa ação constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria excessiva restrição às liberdades constitucionais. Assim, eventual animosidade decorrente de observações desigualadoras não configura, necessariamente, preconceito ou discriminação. Enfim, no embate entre as religiões, a tolerância é medida a partir

dos métodos de persuasão (e não imposição) empregados. No contexto religioso, a tentativa de convencimento pela fé, sem contornos de violência ou desrespeito à dignidade humana, está dentro das balizas da tolerância. Também descabe potencializar o proselitismo, por si, para fins de reconhecimento de realização de uma espécie de guerra santa, mantida com base em discurso odioso, tampouco para legitimar atos de violência ou de perseguição aptos a macular a dignidade humana. Sendo assim, a afirmação de superioridade direcionada à realização de um suposto resgate ou salvação, apesar de indiscutivelmente preconceituosa, intolerante, pedante e prepotente, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa, e não preenche o âmbito proibitivo da norma.[49]

11. ESPECIAL FIM DE AGIR DE PROVOCAR TERROR SOCIAL OU GENERALIZADO.

Para além da motivação – *razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião* –, o crime de terrorismo também se diferencia dos crimes comuns que contemplam os mesmos verbos nucleares (v.g., homicídio) pelo fato de seus atos serem cometidos com a *finalidade de provocar terror social ou generalizado.* Esta finalidade de criação de uma atmosfera generalizada de medo, verdadeira estratégia de comunicação terrorista, é exatamente o meio utilizado pelos agentes para a consecução de seus objetivos. Ausente esse especial fim de agir, subsiste a punição do agente pela conduta criminosa simples.

11.1. Método terrorista.

A expressão *terrorismo* deve ser utilizada para se referir àquelas condutas delituosas violentas, reiteradas e indiscriminadas, dirigidas contra bens jurídicos de grande importância, capazes de instrumentalizar suas vítimas para a consecução de determinadas finalidades, podendo tais condutas ser praticadas por organizações terroristas ou por terroristas individuais. Percebe-se, pois, que o terrorismo faz uso de um *método* determinado, é dizer, o uso da violência de tamanha intensidade que é capaz de causar o terror em toda a sociedade. Vejamos, então, separadamente, cada um dos elementos que compõem esse discurso do *terror.*

11.1.1. Caráter aleatório (ou indiscriminado) de escolha das vítimas (vítimas sem rosto).

As vítimas dos atentados terroristas são escolhidas de maneira aleatória, exatamente para que se possa criar um sentimento generalizado de medo em toda a população. De fato, para que o fenômeno terrorista seja capaz de atingir os objetivos desejados, disseminando um sentimento de medo e pânico, é necessário que os efeitos dos atentados terroristas não fiquem limitados apenas às vítimas diretas de seus danos. Daí a importância do caráter aleatório de escolha das vítimas do terrorismo, pressuposto básico para a disseminação do sentimento de pânico entre os integrantes da população. Por isso, é comum que a doutrina se refira às vítimas do terrorismo como *vítimas sem nome, vítimas sem rosto.*

Como observa Bauman, "o medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. 'Medo' é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance".[50]

De modo a se alcançar a difusão da insegurança coletiva, as vítimas são fungíveis, aleatórias, o que acaba qualificando e até mesmo intensificando a gravidade da lesão ao bem jurídico, pois, para além da morte ou lesão de determinada vítima, esta tem sua identidade pessoal completamente desprezada, porquanto serve como mero instrumento para a intimidação massiva da coletividade. O terrorismo funciona, pois, essencialmente, como uma *estratégia de comunicação,*[51] amedrontando a população como mecanismo para desafiar o Poder Público.

Esse mecanismo de seleção das vítimas funciona como um princípio de economia cognitiva, no qual o terrorista define um círculo de potenciais vítimas, ou seja, de objetivos que pretende combater por considerá-los inimigos. Como observa Cancio Meliá, "esse efecto de atemorización, de intimidación, la génesis de la inseguridad, se produce mediante la selección de las víctimas de los actos de violencia contra las personas. Sea esta selección más o menos estricta (sólo son objetivo los funcionários de policía; los membros de los

49. STF, 1ª Turma, RHC 134.682/BA, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/11/2016.

50. *Medo líquido.* Op. cit. p. 5.

51. CANCIO MELIÁ. Op. cit. p. 61.

cuerpos de seguridade y los representantes políticos) o genérica (los españoles; los occidentales, los *infieles),* siempre es personalmente aleatória: el ataque no se dirige contra el funcionário de policía X, contra el concejal Y o el bebé Z en cuanto seres humanos, sino contra la categoría de personas – previamente neutralizadas em términos psicológicos – que representa".[52]

Sem embargo de as vítimas dos atentados terroristas serem escolhidas de maneira aleatória, indiscriminada, daí não se pode concluir que o terrorismo não possa ter uma vítima individualizada. Explica-se: por mais que o ato tenha como destinatário uma pessoa em especial ou um grupo determinado de pessoas, "deverá haver tantas outras pessoas a adotarem o papel de vítimas indiretas, vítimas da mensagem do terror, sendo essas últimas indeterminadas".[53]

Pelo menos em tese, é possível que a conduta delituosa atente exclusivamente contra uma categoria de pessoas, como, por exemplo, políticos, policiais, jornalistas, etc. Isso, todavia, não afasta a natureza terrorista dos atos. A uma porque os atentados provavelmente serão cometidos em locais públicos, gerando grande alarma na sociedade como um todo. A duas porque é bem provável que pessoas alheias àqueles grupos sofram os efeitos colaterais decorrentes dos meios de execução empregados pelos terroristas.

O crime de terrorismo também restará caracterizado ainda que nem todos os membros da sociedade de um país determinado figurem como vítimas potenciais. Por consequência, o simples fato de os atos serem praticados em uma cidade, Estado ou região do país, não tem o condão de afastar sua natureza terrorista. Enfim, a paz pública como bem jurídico tutelado pelo crime de terrorismo pode ser aquela pertencente a toda a sociedade ou apenas à parte dela.

A contrario sensu, se a intimidação for individualizada, ou ao menos passível de individualização, não há falar em terrorismo, porquanto, ainda que o delito venha a ser praticado contra esta(s) pessoa(s), não terá o condão de enviar uma mensagem genérica a toda à sociedade ou à parte dela no sentido de que qualquer um de seus integrantes poderá ser a próxima vítima.

11.1.2. Instrumentalização das vítimas (intimidação massiva).

No âmbito do terrorismo, os atos concretos não lesionam apenas o bem jurídico atacado pelo ato, isoladamente considerado, como, por exemplo, a vida de uma pessoa. Na verdade, o ato terrorista transcende esse dano específico para atingir toda a sociedade, que se vê aterrorizada com o receio de um novo atentado. Por isso, os atos terroristas são praticados não apenas de maneira reiterada e contínua, mas também de modo indiscriminado e aleatório. Em outras palavras, com o objetivo de produzir uma *intimidação massiva* de toda a sociedade, as vítimas são escolhidas de maneira aleatória. Como exposto anteriormente, cria-se, assim, um sentimento difuso de medo, porque cada um dos integrantes daquela sociedade passa a se sentir como uma potencial vítima de um futuro atentado terrorista.

De se notar, então, que a vítima do ato terrorista tem um valor simbólico, pois funciona como um mero instrumento para a intimidação de seus semelhantes. A mensagem enviada com a prática do ato terrorista tem como destinatário precípuo toda a sociedade, ou ao menos parte dela, provocando uma alteração da paz pública, que se vê transformada de um estado de tranquilidade em um sentimento de medo e terror coletivo pela própria vida.

O atentado terrorista atinge, portanto, um grupo de pessoas objetivando que todos os demais integrantes da população sejam atingidos pelo efeito psicológico do ato. Em outras palavras, as pessoas que sofrem os efeitos concretos de determinado atentado terrorista, como, por exemplo, uma explosão, funcionam não como vítimas de tal delito, mas sim como verdadeiros instrumentos para a difusão do terror social.

De acordo com Anglí,[54] *essa instrumentalização* das vítimas ocorre em dois estágios:

a) **instrumentalização em primeiro grau:** nesse caso, as vítimas do ataque terrorista são utilizadas como meio necessário para a disseminação do sentimento de terror em um grupo mais amplo de pessoas. O *modus operandi* terrorista, caracterizado pela aleatoriedade e pela repetição, somado à magnitude do dano, cria um estado de alteração no psiquismo de outros indivíduos além daqueles que sofreram os danos concretos do ato terrorista;

b) **instrumentalização em segundo grau:** em um segundo momento, a mensagem dos atos terroristas também tem como destinatário o governo, com a intenção de se atingir determinadas finalidades, geralmente de cunho político, mensagem esta que não chamaria a atenção do Estado

52. Op. cit. p. 168.
53. CALLEGARI, André Luís. *Et alii.* Op. cit. p. 37.
54. ANGLÍ. Op. cit. p. 68.

se não existisse essa situação de medo coletivo. As vítimas são usadas, portanto, como meio para se alcançar o Estado. De fato, como a sociedade exige a proteção do Estado, este é mais vulnerável às demandas terroristas quando a população está atemorizada. A criação desse sentimento de terror generalizado funciona, portanto, como fim e meio.

11.1.3. Perspectiva de reiteração dos atos.

Para a doutrina espanhola,[55] a caracterização do crime de terrorismo também demanda um prognóstico de reiteração delituosa objetivamente constatável, pois somente assim restará caracterizado um atentado à paz pública de modo a constranger o Estado a atender às demandas dos terroristas.

O terrorismo caracteriza-se, pois, pela perspectiva de reiteração dos atos, já que o temor de um novo atentado terrorista é decisivo para difundir o pânico e o medo na sociedade. Soubessem os demais integrantes da população, de imediato, que o que aconteceu foi um ato isolado, que jamais irá se repetir, dificilmente tal ato teria o condão de provocar tamanho terror social. Como observam Callegari e outros, "se inexistente a possibilidade ou probabilidade de reiteração do ato terrorista, será ele incapaz de provocar a contento uma atmosfera de terror, produzindo nada mais do que um sentimento de comoção ou revolta generalizada pelo ato já cometido e de efeitos cessados".[56]

Dessa característica não se pode deduzir que um ato único de terrorismo não tenha o condão de caracterizar o crime de terrorismo. Em outras palavras, não se pode dizer que o crime de terrorismo é um crime habitual, no sentido de exigir a prática reiterada de determinada conduta. Para fins de caracterização do terror como método, não há necessidade de uma pluralidade de atentados terroristas. O que realmente importa é o prognóstico de repetição daquele ato, objetivamente constatável. É dizer, olhando para o futuro, os demais integrantes da sociedade têm receio que um novo atentado terrorista seja cometido.

11.1.4. Terrorismo e mídia.

Como exposto anteriormente, o principal elemento de identificação do método terrorista é a criação de uma atmosfera de terror. Por conta disso, o fenômeno terrorista precisa dispor de uma estratégia de comunicação. Afinal, quanto maior for o número de pessoas a receber a notícia dos atentados terroristas, maior será a possibilidade de difusão desse sentimento de pânico e medo.

Sobre o assunto, veja-se a seguinte passagem de Bauman: "(...) A maioria dos grupos terroristas, preocupados com o fato de que seus efeitos espetaculares possam ser ignorados pelas emissoras de rádio e TV, está pronta a aproveitar as oportunidades oferecidas pela rede global de informação e coloca regularmente na *web* atualizações de suas façanhas. Dificilmente um dia se passa sem que um dos grupos tenha anunciado outro atentado, seja com um vídeo ou uma notícia impressa. Contar com as ferramentas disponibilizadas pelas pressões globalizantes todo-poderosas é parte integrante da estratégia terrorista. Nas palavras de Mark Danner, a arma mais poderosa dos 19 terroristas que usaram suas facas e canivetes para destruir as Torres Gêmeas de Manhattan foi 'a criação tecnológica mais norte-americana: o aparelho de TV'. A notoriedade mundial prontamente oferecida aos sangrentos espetáculos proporcionados pelos atos terroristas, até mesmo pelos menores e comparativamente desimportantes e insignificantes, pode multiplicar seu potencial assustador, alcançando lugares que as armas à disposição – relativamente escassas e frequentemente primitivas e feitas em casa (sem comparação com as armas numerosas e *hightech* de seus inimigos declarados) – nunca poderiam alcançar, muito menos ferir gravemente. Essa notoriedade possibilitada pela rede mundial de televisão e pela internet também pode empurrar os temores universais de vulnerabilidade e o senso de perigo ubíquo muito além dos limites da capacidade dos próprios terroristas. Fiel ao seu nome, a arma suprema do terrorismo é semear o terror. E, dado o estado atual do planeta, asseguram-se boas colheitas a despeito da qualidade inferior da semente".[57]

É exatamente aí que aparece a importância o papel da mídia. Ainda que involuntariamente, quando os meios de comunicação divulgam os danos produzidos por determinado atentado terrorista, contribuem inegavelmente para difundir de forma instantânea na nossa sociedade esse sentimento de pânico. O caráter instantâneo com o qual as informações são transmitidas nos dias de hoje, notadamente quando se trata de comunicação da violência, são fundamentais para a criação desse sentimento social de *terror*. Aliás, mesmo que o *receptor* da notícia esteja distante do local dos

55. ANGLÍ. Op. cit. p. 71-72.
56. Op. cit. p. 39.
57. BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2008. p.

atentados terroristas,[58] o acesso às informações em tempo real acaba aproximando-o da violência, contribuindo, assim, para a difusão do terror. Enfim, é a própria mídia que auxilia o terrorismo a alcançar a comunicação que é fundamental para a disseminação de sua mensagem.

Evidencia-se, na visão da doutrina, "uma relação de quase cumplicidade entre a mídia e o terrorismo. Por ser a estratégia do grupo mais débil, de efeitos predominantemente psicológicos, a natureza comunicacional do terrorismo depende da disposição dos meios de comunicação para o alcance de seus *status* e de seus objetivos. (...) sem um fenômeno comunicacional, o fenômeno social e político do terror não aconteceria. Não fosse, portanto, o solo fértil à disposição do terrorismo em nossa sociedade, caracterizada pela instantaneidade de informações, esse fenômeno perderia a característica que o faz ser o que é".[59]

11.2. (Des)necessidade de finalidades políticas.

Sem dúvida alguma, o tema mais polêmico acerca do crime de terrorismo diz respeito a sua finalidade. De um lado, parte da doutrina sustenta que só se pode falar em terrorismo se presente uma finalidade *política*. Outros, no entanto, optam por incluir outras finalidades, como, por exemplo, grave alteração à paz pública. Vejamos, então, as duas correntes acerca do assunto, separadamente.

11.2.1. Terrorismo com finalidades exclusivamente políticas.

De acordo com Mariona Llobet Anglí,[60] só se pode reputar como terrorista a atividade delitiva que instrumentaliza as pessoas com a finalidade última de constranger os governantes, seja com a intenção de mudar alguma de suas políticas concretas, seja para modificar a ordem política constituída, convertendo, por exemplo, um Estado Democrático de Direito em um Estado totalitário, ou vice-versa, ou um Estado laico em um Estado católico, etc. A finalidade precípua do terrorismo é direcionada, portanto, não às pessoas que se viram atingidas em um primeiro momento pelo emprego dos métodos terroristas, mas preponderantemente ao Estado.

Por isso, parte da doutrina sustenta que o terrorismo deve ser compreendido como a prática de atos de violência contra a população em geral por entidades menores que um Estado, com o objetivo de difundir o medo e o pânico, obtendo, assim, a atenção do Poder Público para, ao final, promover uma mudança política. É dizer, abrindo mão da Democracia para a consecução de determinado objetivo, os terroristas optam por atingir tais mudanças disseminando o medo e o pânico, usando o terror como instrumento para constranger o Estado a atender a suas reivindicações políticas. Objetiva-se, assim, impor determinada ideologia política não através dos mecanismos democráticos (v.g., exercício do voto, manifestações sociais, greves, plebiscitos, etc.), mas sim com o emprego da força, o que, em última análise, atenta contra a própria existência de um Estado Democrático de Direito.

O terrorismo caracteriza-se, portanto, pelo especial fim de agir de constranger o governo a tomar certas decisões, sendo este fim considerado político independentemente da matéria que se pretende modificar com o emprego da violência (v.g., política territorial, exterior, criminal, sanitária, religiosa, etc.). Ter-se-ia, assim, na dicção da referida autora, uma finalidade política o cometimento de homicídios de maneira reiterada e aleatória contra mulheres, para conseguir uma mudança na política de igualdade entre pessoas de ambos os sexos; ou que atentasse contra seres humanos de diferentes raças e religiões, de modo a constranger o Estado a negar direitos políticos e sociais a tais indivíduos. Em contrapartida, não teria tal finalidade, logo, não poderia ser qualificada como terrorista, uma associação armada cujo objetivo fosse a manutenção de uma única raça (v.g., ariana), matando pessoas de outras etnias. Isso porque, neste último caso, não estaria presente o especial fim de agir de constranger o governo a adotar nenhuma política concreta. Faltaria, pois, a denominada instrumentalização de segundo nível, indispensável para a caracterização do terrorismo.

Nessa acepção, um mero atentado contra os direitos fundamentais, contra as liberdades públicas e contra a convivência pacífica e a paz social não podem ser rotulados como terrorismo, constituindo outro fenômeno delitivo. Afinal, a característica peculiar do terrorismo é a sujeição do governo a um constrangimento para a consecução de determinada finalidade.

Essa finalidade política também se revela importante para diferenciar o terrorismo de outros fenômenos criminosos, como, por exemplo,

58. Importante deixar consignado que o fato de um indivíduo ser nacional de um país que não tem um histórico de atentados terroristas não lhe confere uma imunidade enquanto turista ou residente no estrangeiro. Como se sabe, diversos brasileiros já foram vítimas de atentados terroristas em outros países (v.g., EUA, Espanha, França, Iraque, etc.).

59. CALLEGARI, André Luís. *Et alii*. Op. cit. p. 34.

60. Op. cit. p. 89.

organizações criminosas ou grupos mafiosos destinados à prática do tráfico de drogas. É exatamente nesse sentido a lição de Callegari e outros. Para os autores, "enquanto o terrorismo pretende a disseminação do terror para que, pela criação da desordem, o Estado ceda a suas exigências, as demais manifestações do crime organizado citadas desejam não a subversão política de um país, mas a manipulação da ordem já existente para obtenção de seus interesses (geralmente financeiros). Enquanto a organização criminosa simples sobrevive na ordenação política local e assim pretende seguir, a organização terrorista não aceita a ordem política imperante e objetiva, por meio de atos de violência, sua alteração forçada, por meios antidemocráticos".[61]

11.2.2. Terrorismo com finalidades não exclusivamente políticas.

A finalidade pretendida pelos atentados terroristas não necessariamente precisa ter natureza política. Não fosse assim, dificilmente poderíamos rotular como terroristas os atentados perpetrados pelo Estado Islâmico, que geralmente tem natureza religiosa – há uma crença equivocada de que o *Ocidente* representa um invasor que pretende despojar os muçulmanos de suas crenças e mudar sua forma de vida e pensamento.

Como observa Muñoz Conde, "a veces el calificativo de 'político' se emplea para disfrazar o justificar los más brutales atentados terroristas contra la vida y la integridade de las personas cometidos por motivaciones políticas", condenando este autor "el empleo de la violencia como forma de consecución de fines políticos, tanto cuando se emplea contra el Estado, como cuando desde el Estado mismo se utilizan también médios ilegales violentos, aunque se disfracen com la apariencia de legalidad".[62]

Em diversos países ao redor do mundo, o terrorismo vem sendo definido nos últimos anos como a prática de crimes graves quando o delito for praticado com um ou mais dos seguintes objetivos: a) intimidar gravemente uma população; b) constranger indevidamente os poderes públicos, ou uma organização internacional, a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato; c) desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas políticas, constitucionais, econômicas ou sociais fundamentais de um país ou de uma organização internacional.

A título de exemplo, o Código Penal espanhol foi modificado recentemente – 2015 – exatamente para se ampliar as finalidades terroristas, compreendendo não apenas subverter a ordem constitucional, mas também suprimir ou desestabilizar o funcionamento das instituições políticas ou estruturas econômicas ou sociais do Estado; obrigar os Poder Públicos a realizar um ato ou abster-se de fazê-lo; desestabilizar o funcionamento de uma organização internacional ou provocar o estado de terror na população.

Especificamente em relação à legislação antiterrorista brasileira, é fato que não há qualquer referência, pelo menos expressa, à finalidade política do ato. Na verdade, o art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16, faz menção apenas à *finalidade de provocar terror social ou generalizado.* Ante o silêncio normativo, parece-nos desnecessária uma finalidade política para fins de tipificação do crime de terrorismo no ordenamento pátrio. Há, pois, um único especial fim de agir, qual seja, a finalidade de provocar terror social ou generalizado.

12. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.

O crime de terrorismo consuma-se no exato instante em que restar consumado um dos atos terroristas previstos nos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16.

De se lembrar que a intimidação massiva consubstanciada na provocação de terror social ou generalizado funciona, em relação ao crime do art. 2º, *caput*, como um especial fim de agir, o que significa dizer que a produção desse resultado desejado pelo agente não é condição *sine qua non* para a consumação do delito. Cuida-se, afinal, de crime formal, prescindindo, pois, da produção de um resultado naturalístico. Revela-se, pois, desnecessário que a conduta do agente provoque terror social ou generalizado, desde que tenha sido esta a sua finalidade.

A maioria dos atos de terrorismo elencados nos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º correspondem a crimes plurissubsistentes, do que deriva a conclusão de que, pelo menos em tese, admite-se a tentativa do crime de terrorismo. Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que o agente, por razões de xenofobia, e com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, for flagrado por agentes de segurança no exato momento em que dava início à sabotagem de instalações de geração ou transmissão

61. Op. cit. p. 46-47.

62. "Delito político y derecho penal del enemigo", *em Derecho y justicia penal em el siglo XXI, Liber Amicorum em homejaje al Professor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, 2006. p. 404. *Apud* FERNÁNDEZ, Enrique Agudo; VALLEJO, Manuel Jaén; PÉREZ, Ángel Luis Perrino. *Terrorismo en el siglo XXI: la respuesta penal en el escenario mundial.* Madrid: Editorial Dykinson, 2016. p. 20.

de energia. Como o agente não logrou êxito em consumar o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, deverá responder pelo crime do art. 2º, §1º, IV, da Lei n. 13.260/16, na forma do art. 14, inciso II, do Código Penal.

13. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DO CRIME DE TERRORISMO.

O crime de terrorismo do art. 2º, *caput,* da Lei n. 13.260/16 pode ser classificado da seguinte forma:

a) crime comum: o sujeito ativo do crime do art. 2º da Lei n. 13.260/16 pode ser qualquer pessoa. Cuida-se, pois, de crime comum, que não requer nenhuma qualidade especial do agente;

b) crime unissubjetivo: pelo menos de acordo com a legislação brasileira, o crime de terrorismo não tem como pressuposto a existência de uma organização terrorista. Com efeito, ao se referir ao conceito de terrorismo no *caput* do art. 2º, o legislador faz referência expressa à prática dos atos *por um ou mais indivíduos,* o que deixa entrever a opção pela aceitação da figura do terrorismo individual. Logicamente, o fato de o agente integrar uma organização terrorista continua sendo crime, previsto expressamente no art. 3º da Lei n. 13.260/16, porém o crime de terrorismo do art. 2º não tem como pressuposto o fato de o sujeito ativo ser integrante de tal grupo. Cuida-se, pois, de crime unissubjetivo, o que, logicamente, não afasta a possibilidade de caracterização de eventual concurso de agentes;

c) crime de perigo concreto: de acordo com o art. 2º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, o terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, *expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.* A parte final desse dispositivo deixa entrever que a situação de perigo supostamente criada pelos atos terroristas faz parte do tipo penal. Logo, há de ser comprovada no caso concreto, sob pena de atipicidade da conduta. Cuida-se, pois, de crime de perigo concreto;

d) **crime formal:** existe um resultado desejado pelo agente, qual seja, a provocação de terror social ou generalizado. Porém, este resultado é colocado no tipo penal como um *especial fim de agir.* Consequentemente, a produção desse resultado não é necessária para a consumação do delito. Revela-se, pois, desnecessário que a conduta do agente provoque terror social ou generalizado, desde que tenha sido esta a sua finalidade;

e) **crime de ação múltipla ou de conteúdo variado:** os vários núcleos verbais constantes do art. 2º, §1º, incisos I, IV e V, da Lei n. 13.260/16, fazem do terrorismo um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Assim, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de um ato de terrorismo, como, por exemplo, sabotar o funcionamento de meio de transporte (art. 2º, §1º, IV) e atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa (art. 2º, §1º, V), deverá responder por um crime único de terrorismo, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de atos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena (art. 59, caput, do CP). Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado);

f) **crime de intenção**: são aqueles que requerem um agir com ânimo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal. As intenções especiais integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo, mas que não precisa ser alcançado efetivamente. Faz parte do tipo de injusto uma finalidade transcendente, no caso do crime de terrorismo do art. 2º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, a *finalidade de provocar terror social ou generaliza*do;

f.1.) **delito de resultado cortado**: como é sabido, os crimes de intenção subdividem-se em delitos de resultado cortado e delitos mutilados de dois atos. Os primeiros consistem na realização de um ato visando à produção de um resultado, que fica fora do tipo e sem a intervenção do autor. Nesses tipos penais, o legislador corta a ação em determinado momento do processo executório, consumando-se o crime independentemente de o agente haver atingido o propósito pretendido. Por sua vez, os delitos mutilados de dois atos consumam-se quando o autor realiza o primeiro ato com o objetivo de levar a termo o segundo. O autor quer alcançar, após ter realizado o tipo, o resultado que fica fora dele. O crime de terrorismo do art. 2º, *caput,* da Lei n. 13.260/16 é exemplo de delito de resultado cortado. Consuma-se com a prática dos atos terroristas, independentemente da provocação de terror social ou generalizado,

desde que a prática de tais atos tenha orientado a conduta do agente.

> **Art. 2º (...)**
>
> **§1º** São atos de terrorismo:
>
> **I** - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;
>
> (...)

14. DEFINIÇÃO DE ATOS DE TERRORISMO COMO NORMA PENAL EM BRANCO.

De acordo com o art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16, o terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos *dos atos previstos neste artigo*, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Perceba-se que o *caput* do art. 2º não especifica exatamente quais seriam os atos de terrorismo, o que é feito tão somente no §1º do art. 2º. Como a compreensão do conceito de *atos de terrorismo* e, consequentemente, do próprio preceito primário do crime de terrorismo, demanda uma complementação por meio de lei, trata-se de espécie de *norma penal em branco*. Como se sabe, norma penal em branco é aquela cuja compreensão do preceito primário demanda complementação. Em outras palavras, por mais que exista a descrição de uma conduta proibida, esta descrição demanda um complemento extraído de um outro diploma, como, por exemplo, leis, decretos, regulamentos, etc., para que se possa compreender os limites da proibição feita pela lei penal.

É o que ocorre, por exemplo, com o crime de terrorismo. O termo *atos previstos neste artigo* constante do *caput* do art. 2º da Lei n. 13.260/16 não funciona como elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do magistrado. Na verdade, há uma verdadeira lacuna que precisa ser complementada por norma específica. Ou seja, somente após a leitura dos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º é que poderemos saber se este ou aquele ato é considerado terrorista para fins de tipificação do crime de terrorismo previsto no *caput* do art. 2º da Lei n. 13.260/16. Destarte, ainda que determinado ato seja capaz de provocar terror social ou generalizado, e que tenha sido praticado por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, se tal ato não constar do §1º do art. 2º como ato terrorista, o crime de terrorismo não estará tipificado, o que, logicamente, não impede a tipificação de eventual crime comum como soldado de reserva.

Como o complemento do art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16, é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma cujo preceito primário precisa ser complementado – Congresso Nacional –, pode-se dizer que estamos diante de uma *norma penal em branco homogênea (em sentido amplo ou homóloga)*. Noutro giro, levando-se em consideração que o complemento é oriundo do mesmo ramo do direito que a norma principal, ou seja, a lei penal é complementada por outra lei penal, também se pode concluir que estamos diante de uma *norma penal em branco homogênea homovitelina*.

15. DISTINÇÃO ENTRE O CRIME DE TERRORISMO E ATOS DE TERRORISMO.

O crime de terrorismo está previsto no art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16. Os atos de terrorismo previstos nos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º não funcionam como crimes autônomos de terrorismo. Na verdade, como exposto anteriormente, o que o §1º do art. 2º faz é tão somente complementar o crime de terrorismo previsto no *caput* do art. 2º.

O legislador penal optou por identificar, na redação do *caput* do art. 2º, o conceito de terrorismo, listando, no §1º do mesmo dispositivo legal, os diversos comportamentos que podem constituir os meios de execução para a realização do delito. Perceba-se, então, que as locuções constantes dos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º não constituem, *de per si*, o crime de terrorismo. Por isso, *venia concessa*, não nos parece adequado afirmar que há condutas incriminadas, autonomamente, em cada um dos referidos incisos.

Na verdade, o crime de terrorismo está previsto exclusivamente no *caput* do art. 2º da Lei n. 13.260/16. É dizer, a cada um dos *atos de terrorismo* do §1º do art. 2º deve se somar a motivação do agente – *razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião* –, e um especial fim de agir – *finalidade de provocar terror social ou generalizado* –, previstos expressamente no *caput* do art. 2º da Lei n. 13.260/16, sob pena de restar caracterizado tão somente um crime comum.

16. CONFLITO APARENTE DE NORMAS.

Como exposto anteriormente, diversos *atos de terrorismo* previstos nos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16 estão listados no Código

Penal e na Legislação Criminal Especial como espécies de crimes comuns (v.g., homicídio, lesões corporais, etc.). É possível, portanto, o surgimento de um eventual conflito aparente de normas na eventualidade de o terrorismo ser praticado por intermédio de um desses atos.

Sob a ótica do princípio da consunção, poder-se-ia concluir que o agente deveria responder tão somente pelo crime-fim, ou seja, pelo delito de terrorismo. Ora, como os atos de terrorismo são meios necessários à consumação do crime-fim, o terrorismo teria, então, o condão de absorver os delitos que consubstanciam fase necessária de sua consumação, evitando-se uma dupla punição do agente pelo mesmo fato (*ne bis in idem*).

A Lei n. 13.260/16, todavia, afasta expressamente a possibilidade de aplicação do princípio da consunção, porquanto consta expressamente do preceito secundário do art. 2º que o autor do crime de terrorismo estará sujeito a uma pena de reclusão, de doze a trinta anos, *além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência*. Há, portanto, uma concorrência de leis, o que significa dizer que o agente deverá responder não apenas pelo crime de terrorismo, mas também pelo crime-meio consubstanciado no ato terrorista (homicídio, lesões corporais, etc.), desde que devidamente tipificado.

17. DOS ATOS DE TERRORISMO DO INCISO I DO §1º DO ART. 2º DA LEI N. 13.260/16.

O art. 2º, §1º, inciso I, da Lei n. 13.260/16 faz uso de 6 (seis) verbos nucleares:

a) **usar**: consiste no emprego do objeto material segundo a finalidade para a qual foi concebida;

b) **ameaçar usar**: nesse caso, o agente promete fazer uso;

c) **transportar**: consiste em levar algo de um lugar para outro, geralmente por meio não pessoal, característica esta que a diferencia da modalidade "trazer consigo". Portanto, se um indivíduo levar, por exemplo, explosivos para determinado local utilizando seu veículo automotor, deverá responder pelo verbo "transportar", ao passo que, na hipótese de apreensão dos explosivos junto ao próprio corpo para fins terroristas, o correto enquadramento típico deve ser feito no "trazer consigo". Cuida-se de crime permanente;

d) **guardar**: tomar conta de algo, protegendo-o sob vigilância, geralmente por meio de ocultação, tendo a clandestinidade como sua característica marcante. Trata-se de crime permanente;

e) **portar**: significa levar consigo o objeto material, em condições de pronta utilização, mantendo-o sob sua disponibilidade imediata. Isso não significa necessariamente que o agente esteja levando o objeto material em suas mãos, mas em qualquer outro lugar, desde que tenha possibilidade de ter acesso a ele com facilidade e em condições de usá-lo prontamente;

f) **trazer consigo**: transportar junto ao corpo (v.g., na bolsa, no bolso da calça, etc.) ou em seu interior. Também se trata de crime permanente.

Tais condutas – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo – devem ter como objeto material:

a) **explosivos:** consiste em uma substância (ou conjunto de substâncias) que pode sofrer o processo de *explosão*, liberando grandes quantidades de gases e calor em um curto espaço de tempo. Com o calor, os gases se expandem e, se estiverem num espaço pequeno, a pressão exercida é enorme até chegar ao ponto de ruptura, com grande onda de choque. O produto da explosão é acompanhado da libertação de energia sob diversas formas, dentre elas uma violenta expansão dos gases, a elevação brusca da temperatura, luz, ruído, etc. Consoante disposto na Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos, internalizada pelo Decreto n. 3.229, de 29 de outubro de 1999, *explosivo* é "toda substância ou artigo produzido, fabricado ou utilizado para produzir uma explosão, detonação, propulsão ou efeito pirotécnico, excetuando-se: (...) substâncias e artigos que não são explosivos em si mesmos; ou (...) substâncias e artigos mencionados no anexo desta Convenção". Por sua vez, para os fins do art. 1º da Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, internalizada pelo Decreto n. 4.394, de 26 de setembro de 2002, *artefato explosivo* é: "Arma ou artefato explosivo ou incendiário, que tenha o propósito ou a capacidade de causar morte, lesões corporais graves ou danos materiais substanciais; ou b) arma ou artefato que tenha o propósito ou a capacidade de causar morte, lesões corporais graves ou danos materiais substanciais pela emissão, a propagação ou o impacto de produtos químicos tóxicos, agentes ou toxinas biológicas ou substâncias semelhantes, ou radiação ou material radioativo". A título de exemplos de explosivos, podemos citar a dinamite,

a nitroglicerina, o TNT, os explosivos à base de ar líquido, as gelatinas explosivas, etc.;[63]

b) **gases tóxicos:** é aquele capaz de produzir o envenenamento de uma ou mais pessoas. Podem ser definidos como compostos voláteis que, a depender do grau e da forma de exposição, podem ocasionar danos ao ser humano, incluindo o óbito. É indispensável que o gás tenha toxicidade suficiente para pôr em risco a vida, a saúde ou o patrimônio de outrem. Por conseguinte, a detonação de uma ampola de gás lacrimogêneo não é suficiente para a criação do perigo exigido pelo tipo penal, haja vista a ausência de toxicidade. O uso dessas substâncias é proibido desde o Protocolo de Genebra de 1925. Exemplo lamentável de atentado terrorista cometido com o emprego de gases tóxicos é o *ataque com gás sarin ao metrô de Tóquio*. No dia 20 de março de 1995, em cinco atentados coordenados por membros do culto apocalíptico chamado *Aum Shinrikyo*, o *gás sarin* foi liberado em várias linhas do metrô de Tóquio, matando doze pessoas, ferindo gravemente cinquenta e com menor intensidade 6.000 pessoas;

c) **venenos:** veneno é toda substância, biológica ou química, que, introduzida no organismo, pode produzir lesões ou causar a morte. Para fins penais, veneno é qualquer substância vegetal, animal ou mineral que tenha idoneidade para provocar lesão no organismo humano. Pelo menos em tese, uma substância teoricamente inócua pode assumir a condição de venenosa, segundo as condições especiais da vítima. O que caracteriza o *veneno* não é a forma de introdução no organismo, nem seu aspecto insidioso, mas a sua maneira de agir no organismo, alterando a saúde ou causando a morte por processo químico ou bioquímico, distinguindo-se, nesse particular, de outras substâncias de ação física, como água quente, ferro candente, etc;

d) **conteúdos biológicos, químicos ou nucleares:** pelo menos num primeiro momento, os métodos terroristas foram sintetizados com a sigla *NBC (nuclear, biological, chemical terrorism)*, ou seja, terrorismo nuclear, biológico (*bioterrorismo*)[64] e químico. Mais recentemente, todavia, a expressão mais adequada seria *CBERN terrorism*, que deve ser traduzida como *chemical, biological, explosive, radiological, nuclear terrorism*, isto é, terrorismo químico,[65] biológico, explosivo, radiológico ou nuclear.[66] Conquanto a legislação brasileira não faça referência expressa ao conteúdo *radiológico* e *explosivo*, tais métodos podem ser inseridos na expressão *outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa*, constante da parte final do inciso I do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16;

e) **outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa:** na parte final do inciso I do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16, o legislador faz uso de *interpretação analógica* para incluir no conceito de terrorismo a utilização

63. Em caso concreto atinente à figura delituosa do art. 16, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 10.826/03 ("Nas mesmas penas incorre quem possuir, detiver, fabricar ou empregar *artefato explosivo* ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar"), em que determinado indivíduo foi flagrado portando uma *granada de gás lacrimogêneo e outra de gás de pimenta*, a 6ª Turma do STJ concluiu que tais objetos não poderiam ser tratados como *explosivo*. Para o referido Colegiado, *explosivo* é, em sentido amplo, um material extremamente instável, que pode se decompor rapidamente, formando produtos estáveis. Esse processo é denominado de *explosão* e é acompanhado por uma intensa liberação de energia, que pode ser feita sob diversas formas e gera uma considerável destruição decorrente da liberação dessa energia. No entanto, não será considerado explosivo o artefato que, embora ativado por explosivo, não projete e nem disperse fragmentos perigosos como metal, vidro ou plástico quebradiço, não possuindo, portanto, considerável potencial de destruição. No caso, embora a perícia indique eficácia e potencial lesivo, constata-se que no artefato, mesmo que ativado por explosivo, a explosão decorrente da sua decomposição não é capaz de gerar destruição resultante da liberação de energia, apenas o incômodo gerado pelo gás toxico. A norma em comento, por sua vez, busca tutelar a incolumidade pública não de forma absoluta, mas apenas no que se refere ao uso de artefatos explosivos ou incendiários. Assim, para a adequação típica do delito em questão, exige-se que o objeto material do delito, qual seja, o artefato explosivo, seja capaz de gerar alguma destruição, não podendo ser tipificado neste crime a posse de granada de gás lacrimogêneo/pimenta, embora não fique impedido o enquadramento desta conduta em outra figura típica. Nesse sentido, confira-se: STJ, 6ª Turma, REsp 1.627.028/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/02/2017, DJe 03/03/2017

64. A título de exemplo de bioterrorismo podemos citar o pânico causado nos Estados Unidos da América, poucas semanas depois dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, quando diversas cartas com um pó químico venenoso conhecido como *Antrax* foram enviadas a diversos órgãos da imprensa em Nova Iorque, Washington e na Flórida, produzindo a morte de 5 (cinco) pessoas.

65. De acordo com o art. II da Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Estocagem e Uso de Armas Químicas e sobre a Destruição das Armas Químicas Existentes no Mundo, por *armas químicas* "entende-se, conjunta ou separadamente: a) As substâncias químicas tóxicas ou seus precursores, com exceção das que forem destinadas para fins não proibidos por esta Convenção, desde que os tipos e as quantidades em questão sejam compatíveis com esses fins; b) As munições ou dispositivos destinados de forma expressa para causar morte ou lesões mediante as propriedades tóxicas das substâncias especificadas no subparágrafo a) que sejam liberadas pelo uso dessas munições ou dispositivos; ou c) Qualquer tipo destinado de forma expressa a ser utilizado diretamente em relação com o uso das munições ou dispositivos especificados no subparágrafo b). 2. Por 'substância química tóxica' entende-se: Toda substância química que, por sua ação química sobre os processos vitais, possa causar morte, incapacidade temporal ou lesões permanentes a seres humanos ou animais. Ficam incluídas todas as substâncias químicas dessa classe, seja qual for sua origem ou método de produção, independentemente de serem produzidas em instalações, como munições ou de outra forma. (Para os efeitos da aplicação desta Convenção, as substâncias químicas tóxicas sobre as quais foi prevista a aplicação de medidas de verificação estão relacionadas nas Tabelas incluídas no Anexo sobre Substâncias Químicas)".

66. Para os fins dos arts. 1º da Convenção sobre Proteção Física do Material Nuclear (promulgada pelo Decreto n. 95/91 e emendada em 2005) e da Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, "material nuclear significa o plutônio, exceto aquele cuja concentração isotópica de plitônio-238 é superior a 80%, o urânio-233; o urânio enriquecido nos isótopos 235 ou 233; o urânio que contém a mistura de isótopos que ocorre na natureza, exceto na forma de minério ou de resíduos de minério; ou qualquer material que contém um ou mais dos elementos mencionados acima; Urânio enriquecido nos isótopos 234 ou 233 significa urânio que contém os isótopos 235 ou 233, ou ambos, em quantidade tal que a razão de abundância entre a soma desses isótopos e o isótopo 238 seja maior que a razão entre o isótopo 235 e o isótopo 238 que ocorre na natureza".

de outros meios semelhantes aos anteriormente citados, desde que sejam capazes de causar danos ou promover destruição em massa. A título de exemplo, parece-nos possível a inclusão de substâncias radiológicas, ou seja, de dispositivos de dispersão radiológica, denominados de *dirty bombs* (bombas sujas).[67]

Art. 2º (...)

§1º São atos de terrorismo:

(...)

II – (VETADO);

III - (VETADO);

(...)

18. DOS ATOS DE TERRORISMO DOS INCISO II E III (VETADOS) DO §1º DO ART. 2º DA LEI N. 13.260/16.

Por ocasião da sanção da Lei n. 13.260/16, os incisos II e III do §1º do art. 2º acabaram sendo vetados. Os referidos dispositivos tinham a seguinte redação: "II – incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado; III – interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática ou bancos de dados".

O veto aos dois incisos acima mencionados foi fundamentado nos seguintes termos: "Os dispositivos apresentam definições excessivamente amplas e imprecisas, com diferentes potenciais ofensivos, cominando, contudo, em penas idênticas, em violação ao princípio da proporcionalidade e da taxatividade. Além disso, os demais incisos do parágrafo já garantem a previsão das condutas graves que devem ser consideradas 'ato de terrorismo'."

Louvável o veto em relação aos dois incisos. Primeiro porque, de fato, a redação de ambos era extremamente indeterminada e genérica, violando, portanto, a regra da taxatividade decorrente do princípio da legalidade. Segundo porque, à luz da doutrina estrangeira, não se pode admitir a tipificação do crime de terrorismo se os crimes-meio não atentarem contra bens jurídicos de fundamental importância para os seres humanos. Tivessem sido sancionados os incisos II e III do §1º do art. 2º, ter-se-ia um mero crime patrimonial, como, por exemplo, um crime de dano consubstanciado na depredação ao patrimônio público ou privado, como espécie de ato de terrorismo, sujeito, pois, a uma pena de reclusão, de doze a trinta anos, o que, à evidência, se revela incompatível com o princípio da proporcionalidade (proibição de excessos).

De todo modo, sem embargo do veto, na eventualidade de tais condutas serem dotadas de maior gravidade, é possível, a depender do caso concreto, subsumi-las aos demais atos terroristas dos incisos I, IV e V do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16.

Art. 2º (...)

§1º São atos de terrorismo:

(...)

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça à pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

(...)

19. DOS ATOS DE TERRORISMO DO INCISO IV DO §1º DO ART. 2º DA LEI N. 13.260/16.

O inciso sob comento faz uso de 2 (dois verbos nucleares):

a) **sabotar:** consiste em danificar propositada e criminosamente determinadas instalações (v.g., ferroviárias) para impedir, retardar ou interromper seu funcionamento;

b) **apoderar**: significa tomar para si a posse ou domínio de determinado bem; apossar-se; assenhorear-se.

Ambas as condutas devem ser praticadas com violência, grave ameaça à pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos. Conquanto a redação do tipo penal possa dar margem a dúvidas se a violência enquanto meio de execução incide somente contra

67. A Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear define *material radioativo* como o "material nuclear e outras substâncias radioativas que contêm nuclídeos que sofrem desintegração espontânea (processo acompanhado da emissão de um ou mais tipos de radiação ionizante, como as partículas alfa, beta e de nêutron e os raios gama) e que, devido a suas propriedades radiológicas ou físseis, podem causar morte, lesões corporais graves ou consideráveis danos materiais ou ao meio ambiente". Nesse contexto: MORENO, Juan Carlos Campo. *Comentarios a La Reforma Del Código Penal en Materia de Terrorismo: La L.O 2/2015*. Valência: *Tirant Lo Blanch, 2015*. p. 57.

pessoa ou também à coisa, conclui-se que os dois destinatários são admitidos. Vejamos o conceito desses meios de execução: 1) **violência:** a violência à pessoa, também denominada de *vis corporalis* ou *vis absoluta*, significa a violência física empregada pela força contra o corpo do ofendido. A violência à coisa, por sua vez, traduz-se na destruição ou rompimento de obstáculo; 2) **grave ameaça:** também chamada de *vis compulsiva* ou *vis relativa*, é a violência moral capaz de causar temor na vítima, de forma a viciar sua vontade e incapacitar sua resistência. A vítima, neste caso, experimenta um fundado receio de grave e iminente mal, seja físico ou moral, que possa atingir a si próprio ou pessoas que lhe são afetas; 3) **mecanismos cibernéticos:** o *ciberterrorismo* deve ser compreendido como o uso da tecnologia informática para produzir um estado psíquico de terror na população. Desde que evidenciada a idoneidade dessa espécie de terrorismo para afetar os bens jurídicos mais relevantes, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade, etc., é perfeitamente possível a tipificação do crime de terrorismo. A título de exemplo, suponha-se que *hackers* consigam infiltrar em um sistema informático de controle de tráfego aéreo ou ferroviário, causando, na sequência, a colisão de aeronaves comerciais ou o descarrilamento de vagões do metrô ou de um trem.

Tais condutas poderão ter como objeto material: a) **meios de comunicação**; b) **meios de transporte**; c) **portos**; d) **aeroportos**; e) **estações ferroviárias**; f) **estações rodoviárias**; g) **hospitais**; h) **casas de saúde**; i) **escolas**; j) **estádios esportivos**; k) **instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais**; l) **instalações de geração ou transmissão de energia**; m) **instalações militares**; n) **instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás**; o) **instituições bancárias e sua rede de atendimento**.

Art. 2º (...)

§1º São atos de terrorismo:

(...)

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

(...)

20. DOS ATOS DE TERRORISMO DO INCISO V DO §1º DO ART. 2º DA LEI N. 13.260/16.

O último ato terrorista listado pelo §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16 consiste em *atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa*.

O verbo núcleo *atentar* deve ser compreendido como cometer atentado contra, ofender, atacar, empreender ou executar algo contra. Esse atentado poderá ter como objeto material:

a) **Vida**: constitui-se em direito fundamental do ser humano, consagrado no art. 5º da Constituição Federal. A importância da vida justifica a proteção legal mesmo antes da existência do homem, isto é, desde o início do processo da existência do ser humano, com a formação do ovo, e estende-se até seu final, quando ela se extingue. Como o art. 2º, §1º, V, da Lei n. 13.260/16, não faz qualquer distinção, referindo-se tão somente à *vida*, parece-nos possível aí incluir a vida intra-uterina e extra-uterina. Aquela tem início com a concepção e se estende até momentos antes do início do parto. É tutelada pelos crimes de aborto (CP, arts. 124, 125 e 126). A vida extra-uterina, por sua vez, começa com o início do parto, com o rompimento do saco amniótico. É suficiente a vida, sendo indiferente a capacidade de viver. É tutelada pelos crimes de homicídio, participação em suicídio e infanticídio;

b) **Integridade física de pessoa**: o atentado à integridade física de pessoa deve ser compreendido como uma modificação anatômica prejudicial do corpo humano. Depende da produção de algum dano no corpo da vítima, interno ou externo. Referindo-se exclusivamente à *integridade física* de pessoa, é de se concluir que eventual atentado à *integridade psíquica* da vítima não terá o condão de tipificar o presente ato de terrorismo. É prescindível a produção de dores ou a irradiação de sangue do organismo do ofendido. E a dor, por si só, não caracteriza lesão corporal. São exemplos de ofensa à integridade física as fraturas, fissuras, escoriações, queimaduras e luxações. Na medida em que a Lei n. 13.260/16 faz referência à integridade física de pessoa, sem fazer qualquer distinção quanto ao grau de ofensa, parece-nos possível aí incluir qualquer tipo de lesão corporal – leve, grave e gravíssima, e seguida de morte –, porquanto não é dado ao intérprete estabelecer restrições onde a lei não o fez.

(...)

> **§2º** O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

21. MANIFESTAÇÕES SOCIAIS E TERRORISMO.

É da essência de toda e qualquer Democracia a existência de manifestações sociais dirigidas contra o próprio Estado, objetivando a modificação de alguma situação política, como, no exemplo brasileiro, o combate à corrupção, a proteção ao meio-ambiente, etc.

Por mais que algumas manifestações sociais tomem, indevidamente, proporções violentas, a exemplo do que já ocorreu no Brasil (v.g., depredações e incêndios provocados pelos *black blocs* em detrimento de instituições financeiras, concessionárias de veículos, etc.), não se pode querer equipará-las ao crime de terrorismo, porquanto lhes falta a característica do *discurso do terror*. Com efeito, por mais que manifestações esporádicas causem certo temor à população, não é este o objetivo precípuo do grupo manifestante. Pelo contrário. Geralmente, os protestos sociais têm interesse em angariar a simpatia da sociedade como um todo, contribuindo, assim, para conferir ainda mais legitimidade a suas reivindicações políticas.

Com o objetivo de evitar qualquer controvérsia acerca do assunto, a Lei n. 13.260/16 dispõe expressamente que o crime de terrorismo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei (art. 2º, §2º).[68]

68. O dispositivo foi inserido na Lei n. 13.260/16 para evitar maiores polêmicas acerca do assunto, porquanto, na prática, dificilmente se poderia visualizar uma manifestação social que tipificasse o crime do art. 2º, *caput*, da Lei Antiterrorismo. Afinal, o juízo de tipicidade de tais delitos pressupõem não apenas a prática de atos de terrorismo, mas também um especial motivo de agir – *razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião* –, e um especial fim de agir – *provocar terror social ou generalizado* –, elementos acidentais do tipo subjetivo que dificilmente estão presentes nessas manifestações, pelo menos em solo brasileiro.

A inclusão do §2º ao art. 2º foi alvo de intensa controvérsia no Congresso Nacional durante a tramitação do projeto que deu origem à Lei n. 13.260/16. Inicialmente, o Senado havia retirado esse dispositivo, o que provou críticas de diversos partidos, como o PT, o PSOL, e o PC do B, e até mesmo da Organização das Nações Unidas (ONU), que considerou o texto uma "ameaça à liberdade" e um "risco ao exercício dos direitos humanos". De fato, por meio de seu secretário geral, a Organização das Nações Unidas já alertava para o não uso de definições amplas para tratar do terrorismo, pois, além de ferir o princípio da taxatividade, "(...) são muitas vezes utilizadas para criminalizar as ações legítimas de grupos de oposição, organizações da sociedade civil e defensores dos direitos humanos". A inobservância dessa orientação, aliás, vai de encontro ao pilar fundamental do Plano de Ação e da Estratégia Global das Nações Unidas contra o Terrorismo, consistentes na salvaguarda dos direitos humanos e do Estado de Direito.

21.1. Possibilidade de tipificação dos demais crimes previstos na Lei n. 13.260/16.

Consoante disposto no art. 2º, §2º, da Lei n. 13.260/16, "*o disposto neste artigo não se aplica* à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações sociais (...)".

Se o dispositivo for interpretado de maneira isolada, poder-se-ia chegar à conclusão de que eventuais manifestações políticas e sociais não tipificam o crime de terrorismo do art. 2º, *caput*, subsistindo, todavia, eventual punição pelos demais crimes da Lei n. 13.260/16 – organização terrorista (art. 3º), atos preparatórios de terrorismo (art. 5º) e financiamento ao terrorismo (art. 6º) –, já que o dispositivo faz referência apenas *ao disposto neste artigo*, e não *ao disposto nesta Lei*. Dentre os crimes aí citados, talvez o exemplo mais provável pudesse ser aquele atinente à prática de atos preparatórios de terrorismo (Lei n. 13.260/16), haja vista sua redação genérica e indeterminada. Poder-se-ia pensar, por exemplo, que um simples e-mail trocado por integrantes de movimentos sindicais poderia, a depender da subjetividade do intérprete, denotar algum ato preparatório de terrorismo.

Com tal conclusão não podemos concordar. Por mais que o art. 2º, §2º, da Lei n. 13.260/16, faça referência tão somente à não aplicação do *disposto neste artigo* às manifestações políticas, movimentos sociais, etc., é evidente que o seu regramento também é válido para os demais crimes previstos na Lei Antiterrorismo. Ora, a tipificação

de todos os crimes constantes da Lei n. 13.260/16 está ligada ao conceito de terrorismo constante do art. 2º. Por mais que a redação dos tipos penais dos arts. 3º, 5º e 6º da Lei n. 13.260/16 não faça referência explícita ao art. 2º, é evidente que o juízo de tipicidade de tais delitos passa, obrigatoriamente, pelo conceito de terrorismo constante do art. 2º. A propósito, basta atentar para a própria redação do art. 5º: "Realizar atos preparatórios de *terrorismo* com o propósito inequívoco de consumar tal delito". Como espécie de norma penal em branco, o dispositivo faz menção explícita ao *terrorismo*, cujo conceito consta do art. 2º, *caput*. Logo, se o art. 2º, §2º, da Lei n. 13.260/16, dispõe que não se aplica o disposto no art. 2º às manifestações sociais, é forçoso concluir, sob o ponto de vista de uma interpretação sistemática, que seus dizeres também se aplicam aos demais crimes previstos na Lei n. 13.260/16.

21.2. Tipificação de crimes comuns.

O art. 2º, §2º, da Lei n. 13.260/16, afasta a possibilidade de tipificação dessas manifestações sociais como qualquer crime previsto na Lei Antiterrorismo, porém não afasta a possibilidade de tipificação de outros delitos de natureza comum. A propósito, basta atentar para a parte final do referido dispositivo, que diz expressamente *sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.*

Fica evidente, portanto, que eventuais excessos no exercício de contestar, criticar, protestar ou apoiar, mesmo com o objetivo de defender direitos e garantias constitucionais, são passíveis de responsabilização penal a outros tipos penais que não aqueles previstos na Lei n. 13.260/16. O dispositivo deixa claro, portanto, que as liberdades de expressão e de manifestação não têm natureza absoluta e não podem funcionar como escudo protetivo para atividades ilícitas (v.g., crimes de dano, lesões corporais, etc.).

22. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS.

Conquanto o terrorismo seja uma forma inequívoca de violência, não se pode adjetivar de terrorista todas as formas de violência. Mister se faz, portanto, diferenciarmos o terrorismo de outros fenômenos marcados pelo emprego da violência.

22.1. Terrorismo e guerra.

O terrorismo não pode ser equiparado à guerra pelos seguintes motivos:

a) ao praticar atentados terroristas, os agentes não estão preocupados com a observância de nenhum tipo de regra. Pelo contrário, quanto mais grave for o ato terrorista, maior será o terror social por ele provocado. A guerra, por sua vez, está sujeita a certas diretrizes, a exemplo daquelas dispostas na Convenção de Genebra, que regula a tutela de militares feridos, o tratamento a prisioneiros de guerra, a proteção a civis, etc.;

b) a guerra caracteriza-se como um conflito armado de grande intensidade, geralmente entre dois (ou mais) países com poderios militares relativamente semelhantes. O terrorismo, por sua vez, funciona como uma estratégia de resistência de um grupo mais frágil. É dizer, deparando-se com uma determinada situação reputada injusta pelo grupo, como este é incapaz de oferecer resistência direta a um grupo dominador, a estratégia a ser utilizada é a disseminação do medo e do pânico, por meio de ataques reiterados, aleatórios e violentos aos bens jurídicos mais essenciais ao ser humano, objetivando-se, assim, compelir o grupo mais forte a atender à determinada reivindicação política. É nesse sentido a lição de Cancio Meliá: "las organizaciones terroristas precisamente no están en condiciones de hacer uso de instrumentos verdaderamente militares en su confrontación com el Estado; como parece obvio, el terrorismo es un fenómeno de violencia específica completamente distinto de un conflito armado de gran intensidade. En efecto: como es sabido, el terrorismo es siempre el recurso de una organización débil en términos de fuerza militar. Por ello, necessita de un equivalente funcional a esa fuerza militar, y este equivalente está precisamente en el uso de los médios especificamente terroristas: la selección de distintos objetivos a los que agredir com el objetivo de generar una amenaza generalizada, una intimidación massiva que equivalga a la amenaza de uso de la fuerza militar".[69]

22.2. Terrorismo de Estado.

A expressão "terrorismo de Estado" é usada para fazer referência à ação de governos quando recorrem ao uso da força e da violência contra a população. A propósito, é fato que a própria palavra *terrorismo* tem sua origem no *período de terror* jacobino liderado por Robespierre durante a Revolução Francesa. Portanto, pelo menos em suas origens, esse conceito estava ligado a uma

69. Op. cit. p. 70-71.

conduta realizada pelos dirigentes de um país, é dizer, o governo mediante o terror.

Atualmente, todavia, há controvérsias na doutrina estrangeira acerca da possibilidade da prática de atos de terrorismo por um Estado.

Uma primeira corrente sustenta que é perfeitamente possível que um Estado ataque populações de outros Estados ou até mesmo a sua própria população, daí por que não se pode negar a possibilidade de existência do terrorismo de Estado, desde que compreendido o fenômeno de forma mais ampla.

Uma segunda corrente advoga a tese de que o crime de terrorismo está restrito à atuação de grupos contrários a um Estado. Se o terrorismo é tido como um ato violento de oposição a um Estado, revela-se inadmissível, portanto, a possibilidade de se admitir a prática desse ato por órgãos estatais.[70]

Discorrendo sobre o assunto, Mariona Llobet Anglí[71] aponta a existência de três situações diversas:

a) **países totalitários, geralmente ditaduras, que praticam atentados contra a população civil, a fim de preservar sua situação de hegemonia**: nesse caso, a conduta deve ser tipificada como genocídio ou como crimes contra a humanidade,[72] mas não terrorismo. A título de exemplo, podemos citar a *limpeza étnica* realizada em Ruanda nos idos de 1994, um claro exemplo de genocídio, porquanto houve um verdadeiro massacre perpetrado contra a etnia dos *tutsis* e *hutus* moderados. Noutro giro, os crimes executados pelos governantes das ditaduras chilena e argentina podem ser citados como exemplos de crimes contra a humanidade.[73] Sem prejuízo da utilização de métodos terroristas em ambos os exemplos, não se pode falar em crime de terrorismo, porquanto não se mostrou presente, em nenhuma das hipóteses, um constrangimento ao Estado para fins de atender determinadas finalidades políticas;

b) **Estados Democráticos que recorrem a grupos armados para combater terroristas**: a título de exemplo, a autora cita os *Grupos de Antiterroristas de Liberacion (GAL).* Esses grupos eram formados por mercenários e por altos membros do governo e da polícia espanhola, tendo como objetivo precípuo combater o terrorismo do ETA ao arrepio dos limites constitucionais e legais. *In casu,* não há nenhum governo como destinatário da mensagem do terror, nem tampouco a intenção de se produzir alterações políticas. Logo, não se pode falar em terrorismo;

c) **terrorismo de Estado**: ocorre quando um Estado presta assistência a um grupo terrorista, fornecendo, por exemplo, auxílio financeiro, refúgio, campos de treinamento, etc., quer por razões de coincidência ideológica, quer por meras oportunidades geopolíticas, ou quando o próprio Estado constitui o grupo terrorista, coagindo dirigentes de outros países através do ataque a sua população. Ter-se-ia, na primeira hipótese, o **terrorismo patrocinado por um Estado** (v.g., durante o período do talibã, o Afeganistão apoiou a *Al Qaeda* de *Bin Laden),* e, na segunda, um **Estado terrorista** (v.g,. Hamas na Palestina, quando obteve a vitória nas eleições legislativas de 2006).

Em conclusão, Anglí[74] conclui que eventuais atentados violentos contra organizações não governamentais não podem ser tratados como *terrorismo,* ainda que praticados com o objetivo de produzir uma alteração de suas políticas. Destarte, eventuais ataques, por exemplo, à *Cruz Vermelha* ou aos *Médicos sem Fronteira,* não tipificam o crime de terrorismo, posto que essas organizações são entidades privadas, independentes de qualquer Estado. Logo, devem receber o mesmo tratamento dispensado a qualquer atividade desenvolvida por particulares – nesse sentido, os atentados contra empresas petrolíferas também não constituem atos terroristas. Especificamente em relação a eventuais atentados terroristas contra organizações supranacionais como a União Europeia e a Organização das Nações Unidas, a autora observa que, quanto àquela, é possível se cogitar do crime de terrorismo, já que os órgãos executivos da Comunidade Europeia têm sua legitimidade democrática decorrente dos governos dos Estados-Membros. Raciocínio semelhante, todavia, não é válido para a ONU. Primeiro, porque vários países integrantes não são democráticos (v.g., China). Segundo, porque vários Estados-membros têm direito de veto, inclusive uma minoria não democrática.

70. É nesse sentido a orientação de Cancio Meliá: op. cit. p. 62.

71. Op. cit. p. 109-122.

72. Os crimes contra a humanidade estão definidos no art. 7º do Estatuto de Roma.

73. Ao contrário do entendimento doutrinário, os Tribunais da Espanha têm admitido qualquer forma de terrorismo de Estado. Este o motivo pelo qual consideraram que os diversos crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura chilena de Augusto Pinochet poderiam ser considerados crimes de terrorismo.

74. Op. cit. p. 121.

22.3. Terrorismo e genocídio.

Consoante disposto no art. 2º da Lei n. 13.260/16, o terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

De seu turno, o genocídio está definido na Lei n. 2.889/56 nos seguintes termos: "Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo".[75]

Sem embargo de ambos os crimes envolverem questões relacionadas à *nacionalidade, etnia, raça e religião*, terrorismo e genocídio não se confundem, pelos motivos a seguir expostos: a) **bem jurídico tutelado**: a despeito de certa controvérsia acerca do assunto, prevalece o entendimento de que o bem jurídico tutelado pelo terrorismo é a paz pública; no genocídio, o bem jurídico tutelado é a existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso;[76] b) **especial fim de agir:** no crime de terrorismo, é o de provocar terror social ou generalizado; no genocídio, é a intenção de destruir, no todo ou em parte, determinado grupo.

22.4. Organizações terroristas, grupos insurgentes e forças beligerantes.

O uso indiscriminado da violência nem sempre terá o condão de caracterizar determinado grupo como organização terrorista. É importante diferenciar tais organizações de grupos insurgentes e de forças beligerantes.

De acordo com Débora de Souza de Almeida, "grupos insurgentes ou insurretos objetivam modificar o sistema político do Estado onde atuam, bem como reestruturar a ordem constitucional e tomar o poder. Diferentemente da beligerância, não visam formar um novo Estado e, neste caminho, geralmente não obterão personalidade jurídica de direito internacional. Sua luta, que é um conflito armado interno e descentralizado, não chega a caracterizar guerra civil ou zona livre, e tampouco significa que culminará em beligerância. Seu reconhecimento enquanto grupo insurgente, bem como a extensão de seus direitos e deveres, somente pode ser feito pelo Estado contra o qual se revolta. De todo modo, seus direitos e deveres também estão condicionados ao reconhecimento de outros Estados, os quais podem afastá-lo da qualificação de terrorista ou submetê-lo a determinadas normas internacionais atinentes à condução de guerra".[77]

Forças beligerantes, por sua vez, "são movimentos armados, politicamente organizados, da população que se rebela contra o Estado. Visam fins políticos expressos pelo desmembramento do território ou mudança de governo ou de regime vigente, constituindo uma guerra civil. Ao fim e ao cabo, pretendem formar um novo Estado. Ao evidenciarem força suficiente para ter e exercer poderes similares ao do Estado, poderão ser reconhecidos pela sociedade internacional como beligerantes, quando irão beneficiar-se de regras de Direito Internacional Público aplicáveis aos Estados em guerra, permitindo, assim, sua submissão aos tratados sobre condução de guerra. Este reconhecimento será de caráter temporário, pois depende do prolongamento do conflito. Não obstante, cabe mencionar que dito reconhecimento é explicado, na área de Direito Internacional, por duas teorias, quais sejam: teoria declaratória e teoria constitutiva. A teoria constitutiva, admitida até a 2ª Guerra Mundial, vinculava a condição de sujeito de direito internacional com o ato de seu reconhecimento. Neste caminho, somente após o reconhecimento de um Estado é que as normas de direito internacional passariam a ter incidência sobre o grupo beligerante. A teoria declaratória, por sua vez, preconiza que a condição de sujeito de direito internacional é atribuída a todo grupo beligerante que preencha os requisitos para tanto, ainda que não tenha havido reconhecimento formal por parte de algum Estado. Tal teoria, convém apontar, é a que vigora atualmente".[78]

23. DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL DE TERCEIRA VELOCIDADE.

A legislação antiterrorista de cada país geralmente pode ser utilizada como um parâmetro da

75. Para mais detalhes acerca do crime de genocídio, remetemos o leitor aos comentários à Lei n. 2.889/56.

76. No sentido de que o bem jurídico protegido pelo crime de genocídio é a existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso: STF, Pleno, RE 351.487/RR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/08/2006, DJ 10/11/2006.

77. Op. cit. p.

78. ALMEIDA, Débora de Souza. *Et alii*. Op. cit. p.

integridade do ordenamento jurídico e do respeito às garantias individuais em um Estado Democrático de Direito. Isso porque é geralmente nessa matéria que os Estados costumam manifestar sua tendência autoritária, típica do Direito Penal do Inimigo, aproveitando-se sobremaneira do sentimento de pânico e terror disseminado por eventuais atentados terroristas. Com efeito, em virtude da lesividade que o terrorismo representa, a sociedade acaba se mostrando disposta a renunciar a diversas cotas de liberdade, supostamente de modo a reforçar a segurança no combate a tais delitos.

Segundo Jakobs, há indivíduos que devem ser tachados como *inimigos*. Essa distinção seria estabelecida com respeito aos chamados *cidadãos*. Por essa razão, *Jakobs* individualiza e distingue um *Direito Penal do Inimigo*, ao qual se contrapõe o *Direito Penal do Cidadão*.

O *Direito Penal do Cidadão* define e sanciona delitos ou infrações normativas realizados pelos indivíduos de um modo incidental, e normalmente havidos como simples expressão do abuso, por parte de tais indivíduos, das relações sociais em que participam com o seu *status* de *cidadãos*, isto é, na sua condição de sujeitos vinculados pelo Direito.

O mesmo não deve acontecer naqueles casos em que o autor demonstra que seu comportamento já não é mais próprio de um cidadão, é dizer, trata-se de um verdadeiro *inimigo* hostil à sociedade e ao Direito. Tais indivíduos refletem um certo distanciamento em relação ao Direito, presumivelmente duradouro e não apenas incidental. Por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal. Esta conversão de *cidadão* em *inimigo* geralmente ocorre por meio da reincidência, da habitualidade criminosa e, finalmente, da integração em organizações delitivas estruturadas.[79]

Surge, assim, o *Direito Penal do Inimigo* como um Direito de exceção, distanciado dos próprios fins do Direito Penal. Trata-se, na verdade, de uma legislação de luta ou de guerra contra o *inimigo*, cujo único fim seria a exclusão e inocuização deste. Como paira sobre o *inimigo*, leia-se, *terrorista*, uma insegurança cognitiva de que vá se comportar como *pessoa*, o Estado não pode tratá-lo como tal, sob pena de violar a segurança dos verdadeiros *cidadãos*. Sob esta perspectiva, o tratamento penal antiterror deve ser o mais rigoroso possível, suprimindo garantias não só no âmbito penal e processual penal, mas também durante o curso da execução penal.

A doutrina do *Direito Penal do Inimigo* leva em consideração a tomada de decisão reiterada e permanente de rompimento com o ordenamento jurídico, classificando, assim, seu autor, em uma *não pessoa* no sentido normativo, para quem o Direito não se aplica. O *inimigo* é aquele que declarou guerra, de modo duradouro, às regras que ditam o convívio social. É aquele que não oferece a garantia cognitiva de seu comportamento pessoal. Mostra-se refratário ao Direito.

Sem dúvida alguma, o melhor exemplo de manifestação do direito penal do inimigo no tocante às leis antiterroristas é o *USA Patriotic Act*, aprovado pelo Congresso norte-americano em 26 de outubro de 2001, ou seja, cerca de 45 (quarenta e cinco) dias após os atentados terroristas. Com base nele foi autorizada a interceptação de comunicações orais e eletrônicas e outros meios de vigilância eletrônica, independentemente de prévia autorização judicial, além de inúmeras medidas contra o desvio de dinheiro, contra o financiamento do terrorismo e contra a imigração. Assim, os estrangeiros puderam ser detidos, não só os acusados de participação em atos terroristas, mas também aqueles que o Procurador-Geral estimasse que pudessem estar envolvidos em qualquer outra atividade que pudesse pôr em risco a segurança nacional dos EUA. Esses indivíduos foram submetidos a tribunais militares de exceção, em processos sigilosos, nos quais se admitia a utilização de provas secretas. Os indivíduos presos no Afeganistão não foram considerados *prisioneiros de guerra*. Por consequência, a eles não foi aplicado o Convênio de Genebra.[80]

Esse discurso de *guerra ao terrorismo*, protagonizado notadamente pelos Estados Unidos da América, após os atentados em 2001, acaba, paradoxalmente, atendendo aos próprios interesses dos terroristas. Ora, a partir do momento em que os próprios Estados de Direito declaram "guerra" ao terrorismo (*War on Terrorism*), dão a ele um *status* ainda maior, contribuindo, assim, para o incremento da atmosfera de terror social.

Nessa linha, como observa a doutrina, considerando que o objetivo do terrorismo "é a difusão do terror para o alcance de um objetivo político

79. Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 149. No mesmo contexto: MORENO, Juan Carlos Campo. *Comentarios a La Reforma Del Código Penal en Materia de Terrorismo: La L.O 2/2015*. Valência: *Tirant Lo Blanch, 2015*. p. 26.

80. Nos dias de hoje, o *USA Patriotic Act* vem sofrendo diversas alterações por parte do Congresso Nacional norte-americano. O *Freedom Act*, como ficou conhecido, foi aprovado no dia 2 de junho de 2015.

final, o terrorismo tem na ideologia agressiva de seu combate um forte aliado à criação de uma atmosfera de pânico. Ao ser considerado um inimigo do Estado e da sociedade, merecedor de medidas tão drásticas quanto aquelas próprias de uma guerra declarada (perceptível na política de combate ao terrorismo dos Estados Unidos da América), o terrorismo adquire *status* de ente dotado de um poder que na verdade não tem e o sentimento de medo se difunde com maior facilidade nas pessoas, que se veem sujeitas a esse poder".[81]

Cuida-se de um fenômeno eminentemente orientado pelo *direito penal de terceira velocidade*. Segundo Jesús-María Silva Sánchez, o Direito Penal do Inimigo deve ser definido como de *Terceira Velocidade*,[82] ou seja, um Direito Penal sem garantias, sem as mesmas formalidades, com penas mais drásticas, ultrapassando-se os limites do Direito Penal tradicional (considerado de Primeira velocidade). A aproximação entre os dois conceitos é evidente. Para os indivíduos que não conseguem se motivar em conformidade com o ordenamento jurídico, deixando de apresentar uma mínima segurança cognitiva, há uma única solução, qual seja, o não Direito, a Terceira Velocidade, com tudo o que isto representa, é dizer, adiantamento das barreiras punitivas, antecipando-se a intervenção penal para atos preparatórios, regras de imputação extremamente flexíveis, redução ou eliminação de garantias penais e processuais penais.

O maior risco de uma legislação antiterrorista é a crença equivocada de que ela será aplicada apenas e exclusivamente a terroristas e que, portanto, o *Direito Penal do cidadão* possa conviver com o *Direito Penal do Inimigo*. Trata-se de uma premissa equivocada, porquanto o *Direito Penal do Inimigo* inevitavelmente acaba contaminando aquele. Em outras palavras, sempre haverá uma situação de *perene emergência* (*Moccia*)[83] a justificar a aplicação do *Direito Penal do Inimigo*. Deveras, ultrapassada a situação de perigo que deu origem a esse Estado de exceção, tais regras acabam se tornando ordinárias, convertendo-se em exceção perpétua, já que outros inimigos serão escolhidos dentre os cidadãos para que se lhes possa atribuir o *status* de excluídos, despojando-os de direitos e garantias individuais.

É dizer, ainda que se queira argumentar que a danosidade dos crimes de terrorismo demanda uma resposta assimétrica por parte do Direito Penal, corre-se o risco de a legislação antiterrorista de exceção contaminar o restante da legislação ordinária. É ingênuo, portanto, acreditar que as mudanças legislativas produzidas na *guerra ao terrorismo* ficarão restritas a tais crimes. Na prática, o que se constata com o passar dos anos é uma expansão dessa legislação, que, após passar por um período probatório na regulamentação do terrorismo, acaba por ser adotada como medida aplicável para outros crimes. Ou seja, essas *leis de exceção* perdem esse caráter e se transformam em normas comuns, aplicáveis a todo e qualquer delito. Prova disso, aliás, é a constante ampliação do rol de crimes hediondos: o que era pra ser uma exceção, leia-se, o etiquetamento de um ou outro crime mais grave como hediondo, tem se tornado uma regra nos últimos anos, notadamente para atender ao apelo da mídia.

Firmada a premissa de que o Direito Penal do Inimigo viola diversos princípios próprios do Estado de Direito, como o da legalidade, da proporcionalidade, da culpabilidade e, principalmente, de princípios processuais como o da presunção de inocência e do devido processo legal, não se pode admitir sua aplicação, nem mesmo para os crimes de terrorismo.

Como observa a doutrina espanhola,[84] medidas extraordinárias de combate a inimigos apenas são legítimas quando um Estado se encontra em situação de guerra, respeitados, logicamente, os limites do direito de guerra. Contra o terrorismo, no entanto, devem ser aplicadas apenas as medidas do Direito Penal comum, com os limites impostos e típicos de um Estado Democrático de Direito. Se se trata, o terrorismo, de crime contra a paz pública, do qual resulta a lesão (ou perigo concreto de lesão) a bens jurídicos igualmente atingidos por outros crimes, igualmente deve ser aplicado o Direito Penal e o Direito Processual Penal, com todas as garantias constitucionais que lhe são inerentes.

Segundo Luis Gracia Martín,[85] o Direito Penal do inimigo possui 3 (três) características essenciais:

81. CALLEGARI. *Et alii*. Op. cit. p. 68.

82. De acordo com Silva Sánchez (*A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 148), a primeira velocidade compreende aquelas infrações que são sancionadas com penas privativas de liberdade, um direito penal no qual devem ser mantidos os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios do processo penal. A segunda velocidade compreende aquelas infrações às quais são cominadas penas pecuniárias e restritivas de direitos, e onde é possível flexibilizar aqueles princípios e regras proporcionalmente à menor gravidade das sanções.

83. Cf. *La perene emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997, passim. *Apud* SILVA SÁNCHEZ. Op. cit. p. 151.

84. ANGLÍ. Op. cit. p. 140-141.

85. *O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Tradução: Luiz Regis Prado; Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 87-88. Em sentido semelhante: FERNÁNDEZ, Enrique

a) **adiantamento da punibilidade**: o Direito Penal do Inimigo caracteriza-se pela presença de tipos penais que proporcionam uma ampla antecipação da punibilidade para permitir o alcance de momentos nos quais os atos realizados só possuem o caráter de preparatórios de fatos futuros. Mediante esses tipos procede-se a uma criminalização de condutas que ocorrem antes da comissão de qualquer fato delituoso, em razão da falta de segurança cognitiva que produz a atuação de quem age nesse âmbito prévio, ou de condutas que simplesmente favorecem a existência de uma organização criminosa e alimentam sua subsistência e conservação. Assim são criminalizados, por exemplo, no Direito espanhol, comportamentos de mera colaboração com grupos ou organizações terroristas (art. 577) e a apologia das infrações de terrorismo ou de seus autores. No âmbito da Lei n. 13.260/16, podemos visualizar como nítido exemplo desse tipo de crime a figura delituosa do art. 5º, *caput*, que pune a realização de atos preparatórios de terrorismo, sem descrever, com um mínimo de segurança, quais atos estariam abrangidos pelo referido preceito primário, em clara e evidente violação à regra da taxatividade que deriva do princípio da legalidade;

b) **desproporcionalidade das penas em dois sentidos**: primeiro, pelo fato de os atos preparatórios serem puníveis sem qualquer diminuição de pena; segundo, pelo fato de se punir não apenas os diversos crimes praticados pelos agentes, mas também por incidir causas de aumento de pena para as hipóteses em que o agente pertencer a determinada organização criminosa. Analisando-se a Lei n. 13.260/16, não se pode negar que o art. 5º também apresenta esta característica, porquanto meros atos preparatórios de terrorismo são punidos com penas por demais excessivas – reclusão, de doze a trinta anos, diminuída de um quarto até metade –, ou seja, algo que pode variar entre um mínimo de 6 (seis) anos e um máximo de 22 (anos) e meio. Sem dúvida alguma que se trata de uma pena desproporcional, sobretudo se considerarmos que um mero ato preparatório, ainda que de terrorismo, será punido com uma pena mais elevada que aquela cominada ao homicídio;

c) **considerável restrição de garantias e direitos processuais dos imputados**: a presunção de inocência é questionada, por ser contrária à exigência de veracidade no procedimento; são reduzidas consideravelmente as exigências de licitude e admissibilidade da prova; são introduzidas medidas amplas de intervenção nas comunicações, de investigação secreta ou clandestina, de incomunicabilidade, e se prescinde do princípio do *nemo tenetur se detegere;* são ampliados os prazos de detenção policial para auxiliar as investigações; no plano teórico e doutrinário defende-se inclusive a licitude da tortura em situações extremas, como, por exemplo, com base na Teoria do Cenário da Bomba-Relógio (*Ticking Bomb Scenario Theory).*[86] Especificamente em relação à legislação antiterrorismo brasileira, não visualizamos nenhuma hipótese inequívoca de relativização de garantias processuais. É bem verdade que as disposições da nova Lei das Organizações Criminosas são aplicáveis aos crimes previstos na Lei Antiterrorismo por força do art. 16 da Lei n. 13.260/16. Mas não há, *n casu,* nenhuma restrição às garantias constitucionais e convencionais. Para além disso, a legislação antiterrorismo não cria nenhum juízo de exceção para o processo e julgamento dos crimes políticos, respeitando-se, assim, o princípio do juiz natural.

Art. 3º Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista:

Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa.

§1º (VETADO).

§2º (VETADO).

24. ORGANIZAÇÃO TERRORISTA.

Em que pese o art. 3º da Lei n. 13.260/16 não ter fornecido o *nomen iuris* do crime, podemos denominá-lo de *organização terrorista.*

Como se trata de *novatio legis* incriminadora, sua aplicação está restrita aos crimes praticados a partir da vigência da Lei n. 13.260, que se deu em

Agudo; VALLEJO, Manuel Jaén; PÉREZ, Ángel Luis Perrino. *Terrorismo en el siglo XXI: la respuesta penal en el escenario mundial.* Madrid: Editorial Dykinson, 2016. p. 20.

86. A chamada *Ticking Bomb Scenario Theory* (Teoria do Cenário da Bomba-Relógio) é uma formulação que visa, por meio da tortura de suspeitos, conhecer ou integrar planos de ataques terroristas, a obtenção pelo Estado de informações específicas e essenciais em prol da resolução de uma situação extrema que põe em perigo a vida de um grande número de pessoas. Trata-se, portanto, de uma técnica em caráter de emergência que objetiva prevenir e/ou combater atos terroristas iminentes, desativando o "cenário da bomba-relógio". Para a aplicação dessa formulação é necessária a observância de 10 pressupostos: 1) sabe-se que há um plano de ataque específico; 2) o ataque acontecerá em um prazo muito curto (é iminente); 3) o ataque matará um grande número de pessoas; 4) a pessoa sob custódia está envolvida no ataque; 5) a pessoa tem informações que impedirão o ataque; 6) torturando a pessoa se obterá a tempo informações para evitar o ataque; 7) não há outro meio de conseguir as informações a tempo; 8) nenhuma outra ação poderia ser tomada para impedir o ataque; 9) a motivação do torturador é apenas conseguir informações, com a genuína intenção de salvar vidas, e nada mais; 10) esta é uma situação isolada, que não se repetirá com frequência. Nesse sentido: ALMEIDA, Débora de Souza. *Et. Alii.* Op. cit. p.

data de 17 de março de 2016, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL). Isso, todavia, não significa dizer que tal conduta era atípica até então. Ora, dificilmente esta *organização terrorista* constituída antes da vigência da Lei n. 13.260/16 não traria, em si, os elementos necessários para um perfeito juízo de subsunção a outros crimes de associação já previstos no nosso ordenamento pátrio, como, por exemplo, o crime de organização criminosa (Lei n. 12.850/13, art. 2º, *caput*, c/c art. 1º, §1º), ou até mesmo o delito de associação criminosa (CP, art. 288, com redação dada pela Lei n. 12.850/13).

De todo modo, como se trata de crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento, na hipótese de tal crime ter início antes do dia 17 de março de 2016, mas se prolongar na vigência da Lei n. 13.260/16, é perfeitamente possível a responsabilização criminal pelo novo tipo penal, nos termos da súmula n. 711 do STF ("A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência").

24.1. Bem jurídico tutelado.

Nos mesmos moldes que os demais crimes de associação previstos no Código Penal e na legislação especial, como, por exemplo, o crime de associação criminosa (CP, art. 288, com redação dada pela Lei n. 12.850/13), e o delito de organização criminosa (Lei n. 12.850/13, art. 2º, *caput*, c/c art. 1º, §1º), cuida-se, o crime de organização terrorista, de infração penal contra a paz pública, ou seja, o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica, que, pelo menos em tese, se veem atingidos pela *societas criminis*.

24.2. Análise do tipo penal.

São 04 (quatro) as condutas incriminadas pelo art. 3º da Lei n. 13.260/16, a saber:

a) **promover:** consiste em gerar, dar origem a algo, fomentar;

b) **constituir:** formar, organizar, compor;

c) **integrar:** significa tomar parte, juntar-se, completar;

d) **prestar auxílio:** o agente exterioriza a sua contribuição através de um comportamento, de um auxílio. Pode efetivar-se, por exemplo, através do empréstimo de um lugar para a reunião da organização terrorista. Nada impede que o auxílio seja prestado sob a forma de omissão, quando o agente tem o dever genérico de agir, mas, a despeito da possibilidade de agir, se abstém de fazê-lo.

Cuida-se de tipo misto alternativo. Logo, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena. Pouco importa que o autor tenha promovido, constituído, integrado e prestado auxílio à determinada organização terrorista. Terá praticado um único de organização terrorista, por força da incidência do princípio da alternatividade. Entretanto, se tais condutas recaírem sobre organizações terroristas distintas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

Para a tipificação do crime do art. 3º da Lei n. 13.260/16, o agente deverá promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista. Diversamente da Lei n. 12.850/13, que definiu expressamente o conceito de organização criminosa em seu art. 1º, §1º, a Lei n. 13.260/16 não fornece a definição legal de *organização terrorista*. Ante o silêncio do legislador, parece-nos que o conceito de *organização* pode ser extraído da Lei n. 12.850/13.

Grosso modo, são 3 (três) os requisitos fixados pelo art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/13, para o reconhecimento da organização criminosa:

a) **Associação de 4 (quatro) ou mais pessoas**: esta associação de 4 (quatro) ou mais pessoas deve apresentar estabilidade ou permanência, características relevantes para sua configuração, que diferenciam esta figura delituosa do concurso eventual de agentes a que se refere o art. 29 do CP, dotado de natureza efêmera e passageira. Com efeito, apesar de não haver menção expressa no art. 2º da Lei n. 12.850/13, o ideal é concluir que a **estabilidade** e a **permanência** funcionam como elementares implícitas do crime de organização criminosa, porquanto não se pode admitir que uma simples coparticipação criminosa ou um eventual e efêmero acordo de vontades para a prática de determinado crime tenha o condão de tipificar tal delito. Eventual agente infiltrado não pode ser levado em consideração como integrante do grupo para complementar o número legal mínimo de 4 (quatro) integrantes necessários para a tipificação do crime de organização criminosa;

b) **Estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas, ainda que informalmente**:

geralmente, as organizações criminosas se caracterizam pela hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, alta capacitação para a prática de fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações. Essa compartimentalização das atividades, expressada na elementar "divisão de tarefas", reforça o sentido de estruturação empresarial que norteia o crime organizado. A divisão direcionada de tarefas costuma ser estabelecida pela gerência segundo as especialidades de cada um dos integrantes do grupo, a exemplo do que ocorre com o roubo de veículos, em que um agente fica responsável pela subtração, e outros pelo "esquentamento" ou desmanche, falsificação de documentos e revenda;

c) **Finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes de terrorismo cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional**: para a caracterização de uma organização criminosa, a associação deve ter por objetivo a obtenção de qualquer vantagem, seja ela patrimonial ou não, mediante a prática de infrações penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou que tenham caráter transnacional[87] – neste caso, pouco importa o *quantum* de pena cominado ao delito –, sendo indiferente que as infrações penais sejam (ou não) da mesma espécie. Se estamos a tratar do conceito de *organização terrorista*, é intuitivo que tais infrações penais estejam relacionadas ao terrorismo, não apenas ao crime do art. 2º, mas também aos demais delitos previstos na Lei n. 13.260/16, a exemplo da realização de atos preparatórios de terrorismo (art. 5º) e financiamento ao terrorismo (art. 6º). A propósito, basta lembrar que a Lei n. 13.260/16 conferiu nova redação ao art. 1º, §2º, inciso II, da Lei das Organizações Criminosas, nos seguintes termos: "§2º Esta Lei se aplica também: (...) II – às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas *para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos*". Reside nesse ponto, portanto, a única diferença entre *organização criminosa* e *organização terrorista*. Enquanto aquela poderá ter como finalidade a prática de *qualquer infração penal*, as organizações terroristas só poderão ter como finalidade a prática dos crimes de terrorismo previstos na Lei n. 13.260/16, desde que, em ambas as hipóteses, as penas máximas cominadas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que os delitos sejam de caráter transnacional.

Cuida-se de crime permanente, ou seja, aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento. Como se vê, uma das principais características do crime permanente consiste em o agente poder fazer cessar a perturbação do bem jurídico a qualquer momento. Ele possui o domínio do fato, da conduta e do resultado.[88] Por isso, enquanto não cessar a permanência, é perfeitamente possível a prisão em flagrante (CPP, art. 303), inclusive com violação de domicílio sem prévia autorização judicial, já que a própria Constituição Federal aponta o flagrante delito como uma das exceções à cláusula de reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XI). A prescrição, por sua vez, começa a fluir apenas com o fim da permanência (CP, art. 111, III). Ademais, ainda que determinado indivíduo tenha se associado ao grupo quando ainda era menor, deverá ser responsabilizado normalmente pelo crime do art. 3º da Lei n. 13.260/16 se atingir a idade de 18 (dezoito) anos enquanto o delito se encontrar em plena consumação, tal qual disposto na súmula n. 711 do Supremo.

24.3. Sujeitos do crime.

Trata-se de crime comum, ou seja, o tipo penal não exige qualidade ou condição especial do agente.

Para a tipificação do crime do art. 3º da Lei n. 13.260/16, sancionado com a pena de reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, e multa, é necessária a reunião de pelo menos 4 (quatro) pessoas.

Evidenciada a presença de pelo menos 4 (quatro) pessoas, é de todo irrelevante que um deles seja inimputável – qualquer que seja a causa da inimputabilidade penal (v.g., menoridade, doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado) –, que nem todos os integrantes tenham sido identificados, ou mesmo que algum deles não seja punível em razão de alguma causa pessoal de isenção de pena.

87. Por ilícito transnacional se compreende aquele que transcende o território brasileiro, ou seja, que envolve águas ou solo ou espaço aéreo que vão além do território nacional, que abrange o solo, as águas internas, doze milhas de mar e o espaço aéreo respectivo. Na hipótese de o crime ultrapassar os limites do território brasileiro, será considerado transnacional, ainda que não envolva diretamente qualquer outro país soberano.

88. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 146-147.

O sujeito passivo é a coletividade (crime vago).

24.4. Consumação e tentativa.

Em se tratando de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, consuma-se o crime de organização terrorista com a simples associação de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes de terrorismo com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional, pondo em risco, presumidamente, a paz pública. Sua consumação independe, portanto, da prática de qualquer ilícito pelos agentes reunidos na *societas delinquentium*. Trata-se, portanto, de crime de perigo abstrato cometido contra a coletividade (crime vago), punindo-se o simples fato de se figurar como integrante do grupo.

Aí reside mais uma diferença da organização terrorista em relação ao concurso de pessoas, que é punido apenas se houver a concretização do delito (consumado ou tentado), nos termos do art. 31 do CP ("O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado"), ou seja, é indispensável ao menos a prática de atos executórios em relação ao crime para os quais os agentes momentaneamente se associaram.

O crime de organização terrorista é incompatível com o *conatus*. Considerando-se que o art. 3º da Lei n. 13.260/16 exige a existência de uma organização, conclui-se que, presentes a estabilidade e a permanência do agrupamento, o delito estará consumado; caso contrário, o fato será atípico. Em síntese, os atos praticados com o objetivo de formar a associação (anteriores à execução de qualquer dos núcleos) são meramente preparatórios. *In casu*, não se pode falar em tipificação do crime do art. 5º da Lei n. 13.260/16, porquanto tal delito está consubstanciado na realização de *atos preparatórios de terrorismo*, e não de *atos preparatórios de organização terrorista*.

24.5. Concurso de crimes.

Se os membros da organização terrorista praticarem os crimes de terrorismo para os quais se associaram, deverão responder pelo crime do art. 3º da Lei n. 13.260/16 em concurso material (CP, art. 69) com os demais ilícitos por eles perpetrados.

À evidência, para que os integrantes da *societas criminis* respondam pelos delitos praticados pela organização terrorista, é indispensável que tais infrações penais tenham ingressado na esfera de conhecimento de cada um deles, sob pena de verdadeira responsabilidade penal objetiva. Logo, o agente não poderá ser responsabilizado por um atentado terrorista praticado pelos demais integrantes da organização à qual se associou caso não soubesse, de antemão, que tal delito seria executado pelo grupo.

24.6. Dispositivos vetados do art. 3º da Lei n. 13.260/16.

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o projeto que deu origem à Lei n. 13.260/16, contemplava dois parágrafos no art. 3º, com a seguinte redação: "§1º Nas mesmas penas incorre aquele que dá abrigo ou guarida a pessoa de quem saiba que tenha praticado ou esteja por praticar crime de terrorismo. §2º Na hipótese do §1º, não haverá pena se o agente for ascendente ou descendente em primeiro grau, cônjuge, companheiro estável ou irmão da pessoa abrigada ou recebida; essa escusa não alcança os partícipes que não ostentem idêntica condição".

A então Presidente da República deliberou por vetar os dois parágrafos, apontando, para tanto, a seguinte fundamentação: "Os dispositivos ampliam o conceito de auxílio, já criminalizado no *caput* do artigo, tratando de forma imprecisa a situação na qual o tipo penal se aplicaria e não determinando com clareza quais atos seriam subsumidos à norma, gerando insegurança jurídica incompatível com os princípios norteadores do Direito Penal. Além disso, as condutas descritas já estão previstas no Código Penal".

Parece-nos ter sido oportuno o veto, porquanto, de fato, tais condutas já estão tipificadas no nosso Código Penal como favorecimento pessoal, nos seguintes termos: "Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: (...) §2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena".

24.7. Classificação doutrinária.

O crime de organização terrorista constante do art. 3º da Lei n. 13.260/16 pode ser classificado da seguinte forma:

a) **crime comum:** pode ser praticado por qualquer pessoa;

b) **crime formal:** em se tratando de crime de consumação antecipada ou de resultado cortado, consuma-se com a simples associação de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes de terrorismo

com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional;

c) **crime plurissubjetivo de conduta paralela:** para a tipificação do crime do art. 3º da Lei n. 13.260/16, é necessária a reunião de pelo menos 4 (quatro) pessoas. Logo, estamos diante de delito plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário, figurando como espécie de **crime de conduta paralela**, já que os diversos agentes (pelo menos quatro) auxiliam-se mutuamente com o objetivo de produzir um mesmo resultado, a saber, a união estável e permanente para a prática de atos de terrorismo cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional. Pouco importa que os componentes da organização terrorista não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. Na verdade, basta que o fim almejado pelo grupo seja o cometimento de crimes de terrorismo com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional;

d) **crime permanente:** trata-se de crime permanente, ou seja, aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento.

Art. 4º (VETADO).

25. APOLOGIA AO TERRORISMO.

O art. 4º foi vetado quando da sanção da Lei n. 13.260/16. O dispositivo tipificava a conduta de apologia ao terrorismo nos seguintes termos: "Art. 4º Fazer, publicamente, apologia de fato tipificado como crime nesta Lei ou de seu autor: Pena – reclusão, de quatro a oito anos, e multa. §1º Nas mesmas penas incorre quem incitar a prática de fato tipificado como crime nesta Lei. §2º Aumenta-se a pena de um sexto a dois terços se o crime é praticado pela rede mundial de computadores ou por qualquer meio de comunicação social".

Esse dispositivo se inseria na tênue separação entre o exercício constitucional da liberdade de expressão e a violação de diversos outros direitos por atos não acobertados pela referida garantia, como manifestações discriminatórias, incitação ao crime, etc.

O veto presidencial foi fundamentado nos seguintes termos: "O dispositivo busca penalizar o ato a partir de um conceito muito amplo e com pena alta, ferindo o princípio da proporcionalidade e gerando insegurança jurídica. Além disso, da forma como previsto, não ficam estabelecidos parâmetros precisos capazes de garantir o exercício do direito à liberdade de expressão".

Mais uma vez somos obrigados a concordar com o veto presidencial. Primeiro, por conta da manifesta violação ao princípio da proporcionalidade no tocante à pena cominada ao delito – reclusão, de quatro a oito anos, e multa. Em segundo lugar, pelo fato de o nosso Código Penal já tipificar condutas semelhantes, como o fazem, por exemplo, os crimes de *incitação ao crime* ("Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena – detenção, de 3 [três] a 6 [seis] meses, ou multa"), e *apologia de crime ou criminoso* (Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena – detenção, de 3 [três] a 6 [seis] meses, ou multa)".

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

(...)

26. PREPARAÇÃO DE TERRORISMO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Levando-se em consideração os efeitos devastadores de todo e qualquer atentado terrorista, o legislador optou por antecipar a intervenção do Direito Penal de modo a abranger a realização de meros atos preparatórios de terrorismo, *desde que evidenciado o propósito inequívoco do agente de consumar tal delito.*

Perceba-se então que, a depender do caso concreto, ter-se-á a punição de atos preparatórios de atos preparatórios de um crime. Isso porque alguns atos de terrorismo previstos nos incisos do §1º do art. 2º da Lei n. 13.260/16 funcionam como verdadeiros atos preparatórios. Vejamos um exemplo: suponha-se que o agente seja flagrado trazendo consigo determinado explosivo. Pelo menos em tese, cuida-se de um ato preparatório, porquanto a execução do atentado terrorista dar-se-á, na convicção do agente, quando o explosivo for efetivamente detonado pelo agente, causando a ofensa à vida e à integridade física de inúmeras pessoas. O legislador optou, todavia, por alçar esse verdadeiro ato preparatório à natureza de execução

do crime de terrorismo no art. 2º, §1º, inciso I, da Lei n. 13.260/16, desde que praticado, logicamente, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, e cometido com a finalidade de provocar terror social ou generalizado. Ocorre que, em face do novo crime do art. 5º, é perfeitamente possível que, na prática, reste caracterizada a preparação dessa preparação. Basta supor, mais uma vez exemplificativamente, que aquele mesmo terrorista que trazia consigo explosivo seja flagrado num momento anterior, quando estava no interior de sua residência fabricando tal substância, hipótese em que poderíamos dizer que ele teria dado início à prática de atos preparatórios de terrorismo.

O art. 5º, *caput*, da Lei n. 13.260/16, funciona, portanto, como nítido *soldado de reserva*[89] em relação ao crime de terrorismo, que restará caracterizado quando, a despeito do *inequívoco propósito do agente de cometer o crime do art. 2º*, não houver sequer o ingresso em atos de execução deste delito, ficando o agente circunscrito a meros atos preparatórios de terrorismo.

Destarte, uma vez atingido o objetivo visado pelo agente – *terrorismo* –, o tipo principal do art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16, terá o condão de absorver o delito do art. 5º do mesmo diploma legal, pois aquele funciona como verdadeira espécie de crime progressivo[90] em relação a este. Em outras palavras, da mesma forma que o autor de um homicídio não responde pelas lesões corporais perpetradas contra a mesma vítima, não se pode admitir que o autor do crime do art. 2º, *caput*, da Lei Antiterrorismo, seja concomitantemente responsabilizado pelo delito subsidiário do art. 5º, pois este, em relação àquele, funciona como verdadeiro *crime de passagem*, sendo por ele absorvido em virtude do princípio da consunção.

89. À luz do princípio da subsidiariedade, a norma primária (mais abrangente) prevalece sobre a subsidiária (menos abrangente), que funciona como *soldado de reserva*, ou seja, o tipo subsidiário só terá incidência quando o principal não estiver presente. Na lição de Hungria (*Comentários ao Código Penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, p. 147), "a diferença que existe entre especialidade e subsidiariedade é que, nesta, ao contrário do que ocorre naquela, os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de espécie e gênero, e se a pena do tipo principal (sempre mais grave que a do tipo subsidiário) é excluída por qualquer causa a pena do tipo subsidiário pode se apresentar como 'soldado de reserva' e aplicar-se pelo *residuum*".

90. Crime progressivo não é a mesma coisa que progressão criminosa. Dá-se o crime progressivo quando o agente, de modo a alcançar um resultado mais gravoso, passa necessariamente por um de menor entidade. Este crime é cometido num só tempo, num só momento. Nesse caso, não há substituição de dolo, pois desde o primeiro momento o agente já tinha a intenção de praticar a ofensa de maior entidade. A progressão criminosa necessariamente desdobra-se em dois atos, ou seja, primeiro o agente quer praticar o crime menor e pratica; depois resolve consumar a afetação jurídica mais gravosa e a consuma. Nessa hipótese há substituição do dolo, é dizer, primeiro o agente deseja praticar um crime menos grave (v.g., lesão corporal, mas posteriormente resolve praticar um delito de maior gravidade (v.g., homicídio).

26.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança dos demais crimes previstos na Lei n. 13.260/16, o bem jurídico tutelado é a paz pública.

26.2. *Iter criminis*.

O crime percorre um caminho, desde o momento em que a ideia de praticá-lo surge no espírito do agente, até aquele em se consuma no ato final. Esse itinerário percorrido pelo delito é denominado de *iter criminis* e compõe-se de uma fase interna (cogitação) e de uma fase externa (atos preparatórios, executórios e consumação), ficando de fora dele o exaurimento, quando se apresenta destacado da consumação.

Nem todas as fases desse caminho interessam ao Direito Penal, como é o caso, por exemplo, da cogitação. A questão é determinar exatamente o ponto em que o agente penetra propriamente no campo da ilicitude, porque é a partir daí que o seu *agir* constitui um perigo de violação ou violação efetiva de um bem jurídico e que começa a realizar-se a figura típica do crime. Vejamos, então, as diversas etapas percorridas pelo agente para a prática de um fato delituoso:

a) **cogitação**: como todo ato humano voluntário, a ideia antecede a ação. É na mente do ser humano que surge a ideia de praticar o fato delituoso. Por se tratar de mera ideia, sem qualquer possibilidade de ofensa ao bem jurídico, a cogitação não é alcançada pelo Direito Penal. Não há crime, nem mesmo na modalidade tentada, porquanto não se admite a punição de alguém pelos seus pensamentos (*cogitationis poenam nemo patitur*);

b) **preparação**: consiste na criação das condições necessárias para a execução do delito. Nessa fase, o agente irá se municiar dos instrumentos necessários à prática da infração penal, procurar o local mais adequado ou o momento mais favorável à execução do delito, etc.. Pelo menos em regra, os atos preparatórios não são puníveis, nem mesmo na forma tentada. Prova disso, aliás, é a redação do art. 14, inciso II, do Código Penal ("Art. 14. Diz-se o crime: [...] II – tentado, quando, *iniciada a execução*, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente"), que exige ao menos o *início da execução* para que o agente seja punido pelo crime tentado. No entanto, em algumas situações, o legislador transforma meros atos preparatórios em crimes autônomos, quer devido à relevância do bem jurídico ameaçado, quer devido à periculosidade da conduta ou do

agente. São os chamados crimes-obstáculo. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime de petrechos para falsificação de moeda (CP, art. 291), que nada mais é do que um ato preparatório do crime de moeda falsa (CP, art. 289). Os crimes do art. 5º - não apenas o do *caput*, mas também os dos incisos I e II do §1º - da Lei n. 13.260/16 também surgem como verdadeiros atos preparatórios alçados à categoria de tipos penais especiais. Ante o grau de lesividade dos atentados terroristas, o legislador optou por tratar atos preparatórios de terrorismo como figura delituosa autônoma, com a cominação de uma pena de doze a trinta anos de reclusão, diminuída, porém, de um quarto até a metade;

c) **execução:** atos de execução são aqueles que se dirigem diretamente à prática do crime, ou seja, à realização concreta dos elementos constitutivos do tipo penal. Há incidência do Direito Penal, configurando no mínimo um crime tentado. Aqui reside o maior problema relativo ao crime tentado, qual seja, a utilização de um critério seguro para diferenciar atos preparatórios de atos executórios. São inúmeras as teorias sugeridas pela doutrina para tal distinção (v.g., teoria subjetiva, objetiva, etc.). Prevalece, todavia, o entendimento de que o nosso Código Penal teria adotado a teoria objetivo-formal ou lógico-formal, em virtude da qual ato executório é aquele em que se inicia a realização do verbo núcleo contido na conduta criminosa;

d) **consumação:** consuma-se o delito quando o tipo penal está integralmente realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato da lei penal, enfim, quando são preenchidos todos os elementos do tipo objetivo (CP, art. 14, inciso I).

26.3. Tipo objetivo.

Diversamente do que ocorre nos incisos I e II do §1º do art. 5º, onde o legislador descreve, explicitamente, os atos preparatórios que são objeto de criminalização – "I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade" –, o *caput* do art. 5º não descreve absolutamente nada. Faz referência tão somente à realização de *atos preparatórios de terrorismo.*

Mas o que seria um *ato preparatório de terrorismo* para os fins do art. 5º, *caput,* da Lei n. 13.260/16? O ato é considerado preparatório quando fornece ao indivíduo as condições necessárias para a execução do delito planejado, *in casu,* o delito de terrorismo. De modo a não se confundir um ato preparatório com a mera cogitação, é necessário que tal ato ultrapasse a mera planificação interna do fato. Por outro lado, como limite máximo desse ato preparatório, não se pode dar início à imediata execução típica da vontade criminal, o que já constituiria, *de per si,* a tentativa do crime de terrorismo do art. 2º, *caput,* da Lei n. 13.260/16.

O grande problema do art. 5º, *caput,* da Lei n. 13.260/16 é que o legislador não conseguiu traduzir em dados concretos o que seria esse ato preparatório de terrorismo, como o fez, por exemplo, nos incisos I e II do §1º do art. 5º. Logo, diante dessa redação absolutamente aberta e indeterminada do tipo penal incriminador, é possível nele incluir uma infinidade de condutas, sejam elas ilícitas, sejam elas lícitas, já que o tipo penal não faz qualquer distinção. Vejamos alguns exemplos: ida de uma pessoa ao Paraguai para comprar explosivos para praticar um atentado terrorista, vigilância exercida habitualmente sobre um possível "alvo" de um ato de terrorismo, aprender a pilotar um avião para cometer um futuro atentado terrorista, etc.

Precisamente por conta dessa redação lacônica é que haverá grandes dificuldades na interpretação do tipo objetivo do art. 5º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, exatamente para se admitir apenas a tipificação de condutas que sejam realmente idôneas para funcionar como atos preparatórios de terrorismo. É dizer, à luz da teoria da imputação objetiva, há de se analisar se a conduta perpetrada pelo agente realmente criou uma situação de risco não permitida pelo ordenamento jurídico, pois, somente assim, seremos capazes de afastar do tipo penal do art. 5º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, condutas absolutamente neutras, que não têm nenhuma relevância objetiva para a consecução de um ulterior crime de terrorismo.[91]

A nosso juízo, não há nenhum óbice à criminalização de atos preparatórios. Tanto é verdade que o Código Penal e a legislação penal especial contemplam inúmeros exemplos de atos preparatórios que foram alçados à categoria de tipos penais especiais, como, por exemplo, o crime de petrechos para falsificação de moeda (CP, art. 291), o delito de tráfico de maquinário para fabricação de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 34), etc.. O grande problema do art. 5º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, não é, portanto, o fato de criminalizar atos preparatórios. O cerne da controvérsia do referido tipo penal

91. Nesse contexto: CANCIO MELIÁ. Op. cit. p. 243-244.

incriminador é a redação indeterminada *realizar atos preparatórios de terrorismo.*

O legislador brasileiro teria andado melhor se tivesse seguido o exemplo da Espanha. Ao tipificar o crime de colaboração com organizações, grupos ou elementos terroristas – o que, para a nossa legislação, seria algo como a criminalização de atos preparatórios do crime de organização terrorista (Lei n. 13.260/16, art. 3º) –, o art. 577 do Código Penal Espanhol[92] criminaliza nítidos atos preparatórios, porém o faz com explícita descrição das condutas incriminadas. Vejamos a redação do citado dispositivo, introduzido no referido diploma normativo pela Lei Orgânica n. 2/2015, de 30 de março:[93]

"Artículo 577.

1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.

En particular son actos de colaboración la información o vigilância de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamento, cesión o utilización de alojamentos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga em pleigro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimônio de las mismas se impondrá la pena prevista en este apartado em su mitad superior. Si se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que este dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos compreendidos en este Capítulo.

Asimismo se impondrán estas penas a los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustâncias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del art. 573, com la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello.

Las penas se impondrán em su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando los actos previstos en este apartado se hubieran dirigido a menores de edad o personas com discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata com el fin de convertirlas em cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos.

3. Si la colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, o em la comisión de cualquiera de los delitos compreendidos en este Capítulo, se hubiera producido por imprudencia grave se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses".

Tomando por empréstimo a redação do art. 577 do Código Penal Espanhol e a própria jurisprudência espanhola,[94] parece-nos possível, então, considerar como inequívocos atos preparatórios de terrorismo, para fins de tipificação do crime do art. 5º, *caput*, da Lei n. 13.260/16, as seguintes condutas:

a) realizar atividades próprias de infraestrutura material para práticas terroristas, tais como a locação de imóveis para serem utilizados pelos integrantes da organização terrorista, ou a locação de veículos que serão utilizados em um atentado terrorista futuro;

b) realizar atividades próprias da infraestrutura informativa da organização terrorista, como ocorre quando são feitas observações e vigilâncias sobre possíveis alvos de atentados terroristas, como pessoas, edifícios ou instalações;

c) pôr à disposição da organização terrorista meios materiais ou conhecimentos técnicos, como, por exemplo, o fornecimento de documentos falsos, ou prestar assessoramento de modo a otimizar as telecomunicações do grupo;

d) desenvolver atividades que fortaleçam a estrutura delitiva da organização terrorista, buscando

92. De acordo com a doutrina espanhola, o crime de colaboração com organizações, grupos ou elementos terroristas tipificado pelo art. 577 do Código Penal Espanhol funciona como um delito autônomo que nitidamente antecipa as barreiras de proteção por razões de política criminal, diferenciando-se do crime de organização terrorista pelo fato de o agente não se associar ao referido grupo de maneira estável e permanente. É dizer, por meio de uma ajuda externa, instável e efêmera, o agente presta algum tipo de colaboração à organização terrorista, fornecendo, por exemplo, informações, meios econômicos, transporte, etc.. Nesse sentido: FERNANDÉZ, Enrique Agudo; VALLEJO, Manuel Jaén; PÉREZ, Ángel Luis Perrino. *Terrorismo en el siglo XXI (La respuesta penal en el escenario mundial).* Madrid: Editorial Dykinson, 2016. p. 156.

93. Para mais detalhes acerca do referido dispositivo legal: MORENO, Juan Carlos Campo. *Comentarios a La Reforma Del Código Penal en Materia de Terrorismo: La L.O 2/2015.* Valência: *Tirant Lo Blanch, 2015.* p. 68-75.

94. Nesse sentido, referindo-se ao crime de colaboração com organização terrorista: CANCIO MELIÁ. Op. cit. p. 245.

ou recrutando pessoas que passem a integrar o referido grupo;

e) desenvolver atividades que favoreçam as finalidades perseguidas pela organização terrorista, como, por exemplo, distribuir propaganda política do grupo;

f) prestar auxílio pessoal ou material aos integrantes da organização terrorista, facilitando sua entrada ou saída de determinado país, fornecendo dinheiro para a sua subsistência, avisando quanto à determinada investigação policial, etc.

Noutro giro, a mesma doutrina[95] sugere que certos atos não podem ser considerados como colaboração com organização terrorista – no nosso caso, como preparatórios de terrorismo –, porquanto fazem parte de um risco permitido pelo ordenamento jurídico: a) o simples fato de o agente conhecer pessoas integrantes da organização terrorista; b) a realização de atos de assistência executados em cumprimento a um dever profissional; c) o ato de se visitar um terrorista enfermo em um hospital, por exemplo, levando comida e alimentos.

26.4. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título doloso. Não admite a modalidade culposa. Referindo-se o *caput* do art. 5º da Lei n. 13.260/16 a atos preparatórios de *terrorismo*, é de rigor a conclusão no sentido de que estamos diante de verdadeira espécie de **norma penal em branco homogênea homovitelina**: a uma - norma penal em branco homogênea - porque o complemento emana do legislador; a duas - homovitelina - porque o complemento está no mesmo diploma normativo. Por consequência, o especial motivo de agir – razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião – e o especial fim de agir – finalidade de provocar terror social ou generalizado –, constantes do art. 2º, *caput*, também integram o juízo de tipicidade do delito do art. 5º da Lei n. 13.260/16.[96]

Não por outro motivo, a 6ª Turma do STJ[97] concedeu *habeas corpus* a um menor para determinar o rejulgamento do seu caso, afastando a capitulação da sua conduta como ato infracional análogo ao crime previsto no art. 5º da Lei n. 13.260/16. Prevaleceu o entendimento de que não estariam presentes os elementos necessários para a configuração da conduta punida pela Lei Antiterrorismo: motivação por xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. Na visão do Relator, Min. Sebastião Reis Júnior, o reconhecimento de ato infracional análogo ao crime do art. 5º da Lei n. 13.260/16 demanda interpretação conjunta com o *caput* do artigo 2º, o qual define legalmente o terrorismo, o que significa dizer que a tipicidade do crime de atos preparatórios de terrorismo exige a motivação por xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. O ministro afirmou que, diferentemente do entendimento das instâncias ordinárias, a motivação constitui elemento fundamental nos contornos da conduta penal do terrorismo, conforme a definição legal. Não se mostra admissível, portanto, do ponto de vista hermenêutico, que o delito subsidiário tenha âmbito de aplicação diferente do delito principal. No caso concreto, não teria restado evidenciada a pretensão de subversão da ordem, elemento político-ideológico, pretensão reivindicatória ou outros elementos comuns a um ato de terrorismo por parte do agente. Por tais motivos, a ordem foi concedida para que o feito retornasse à instância de origem, que poderia concluir, então, pela configuração de outro ato infracional.

Em conclusão, é de todo relevante destacar que o tipo subjetivo também contempla um especial fim de agir, consubstanciado no *propósito inequívoco de consumar tal delito*, o qual deve ser comprovado para além de qualquer dúvida razoável.

26.5. Consumação e tentativa.

Consuma-se o crime do art. 5º, *caput*, da Lei n. 13.260/16, quando o ato preparatório de terrorismo praticado pelo agente estiver integralmente realizado. Não se faz necessária a concretização do ato terrorista que foi objeto da preparação para que o crime seja punido.

A depender da conduta preparatória de terrorismo praticada pelo agente, poder-se-ia cogitar da caracterização da tentativa do crime do art. 5º da Lei n. 13.260/16. Com efeito, se tal conduta puder ser fracionada em vários atos (plurissubsistente), ter-se-ia como viável, portanto, a tentativa. Sem embargo, não podemos perder de vista que o tipo penal do art. 5º da Lei n. 13.260/16, por si só, já representa uma antecipação da punibilidade de condutas que não vão além de simples atos

95. CANCIO MELIÁ. Op. cit. p. 246.

96. No sentido de que a tipificação da conduta descrita no art. 5º da Lei Antiterrorismo (atos preparatórios de terrorismo) exige a motivação por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, expostas no art. 2º do mesmo diploma legal: STJ, 6ª Turma, HC 537.118/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 05/12/2019, DJe 11/12/2019.

97. O número deste processo não foi divulgado em razão de segredo judicial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Afastada-condenacao-de-menor-por-ato-infracional-analogo-a-terrorismo.aspx> Acesso em: 10/12/2019.

preparatórios, os quais, via de regra, não são puníveis (CP, art. 14, II). Logo, como estamos diante de um verdadeiro crime obstáculo, parece-nos mais razoável não admitir o *conatus* em nenhum dos crimes do art. 5º da Lei n. 13.260/16. Enfim, a excepcionalidade da punição de atos que, em tese, não passariam de meros atos preparatórios afasta naturalmente qualquer possibilidade de se punir a tentativa daquilo que seria mera preparação, a não ser que se queira admitir a possibilidade de alguém ser punido pela *tentativa de preparação de tentativa de terrorismo.*

26.6. Classificação doutrinária.

O crime do art. 5º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, pode ser classificado da seguinte forma:

a) **crime comum:** pode ser praticado por qualquer pessoa, pois não se exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo;

b) **crime unissubjetivo:** à semelhança do crime de terrorismo do art. 2º, *caput,* o delito de preparação de terrorismo também pode ser praticado por um único indivíduo, sem prejuízo de eventual concurso de agentes;

c) **crime formal:** existe um resultado – consumação do crime de terrorismo –, que, no entanto, não precisa ocorrer para que se verifique a consumação do delito, porquanto funciona como um especial fim de agir;

d) **crime de intenção**: a intenção especial *propósito inequívoco de consumar tal delito* integra a estrutura subjetiva do tipo penal do art. 5º, *caput,* exigindo do autor a persecução desse objetivo, que, no entanto, não precisa ser alcançado efetivamente;

e) **delito de obstáculo:** são aqueles que cumprem uma função de "prevenção" ou de "impedimento" da realização de outro delito. São incriminações que antecipam a intervenção e a tutela penal a momentos anteriores à realização do perigo imediato. São conhecidos como *crimes de perigo de perigo,* porquanto, antecipando a tutela penal, o tipo já pune o perigo prévio, leia-se, o perigo de gerar um efetivo perigo para o bem jurídico. Enfim, crime obstáculo é aquele delito que retrata atos preparatórios tipificados como crime autônomo pelo legislador.

26.7. Constitucionalidade da punição de atos preparatórios de terrorismo.

O art. 5º da Lei n. 13.260/16 representa um inequívoco e questionável adiantamento da intervenção do Direito Penal, permitindo a punição de meros *atos preparatórios de terrorismo*, desde que evidenciado o propósito inequívoco do agente de consumar tal delito. Cuida-se de evidente tentativa de implementação de um Direito Penal voltado ao futuro, é dizer, de caráter preventivo ao fato punível.

Por força disso, não temos dúvidas em afirmar que o art. 5º da Lei n. 13.260/16 certamente será o maior alvo de controvérsias do novel diploma normativo, não apenas por antecipar por demais a intervenção do Direito Penal, o que pode gerar críticas à luz do princípio da ofensividade e da proporcionalidade, mas também devido a sua redação aberta e indeterminada, o que, em tese, pode vir de encontro ao princípio da legalidade. Vejamos as discussões que certamente surgirão em relação ao referido tipo penal:

a) **princípio da legalidade (*lex certa*):** na garantia da *lex certa* está contemplado o "princípio da precisão" ou da "certeza" ou da "taxatividade", isto é, o tipo penal deve ser rigorosamente delimitado pelo legislador, sob pena de se desconhecer o limite entre o lícito e o ilícito. Lei incerta não pode, portanto, criar obrigação certa. A descrição do preceito incriminador da norma primária, assim como da sanção, deve ser de tal modo patente e evidente que evite qualquer atividade criativa por parte do juiz. Não há dúvidas de que o tipo penal do art. 5º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, será objeto de inúmeros questionamentos à luz da regra da taxatividade. Isso porque, diversamente dos atos de preparação dos incisos I e II do §1º do próprio art. 5º, que claramente descrevem as condutas incriminadas ("I – recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou II –fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade") – o *caput* do art. 5º é de uma abstração poucas vezes vista no nosso ordenamento jurídico. De fato, como exposto anteriormente nos comentários ao tipo objetivo, o que se pode compreender por *atos preparatórios de terrorismo*? Se não há dúvidas quanto à preparação de terrorismo em certas condutas – tome-se o exemplo anteriormente citado de um agente flagrado em casa fabricando um explosivo –, também não se pode negar que a construção genérica e abstrata do crime do art. 5º também pode comportar verdadeiras condutas neutras e lícitas,[98] como, por exemplo, conversar

98. A participação em atividades lícitas e neutras, como, por exemplo, frequentar um curso de química na universidade ou receber formação militar, também pode ser considerada como espécie de *ato preparatório de terrorismo*, desde que seja possível demonstrar que a pessoa que

com alguém sobre a intenção de praticar um atentado terrorista, ou prestar juramento a uma organização terrorista internacional. Confere-se, assim, perigosa discricionariedade ao magistrado para atestar o que seria e o que não seria um ato preparatório de terrorismo, o que certamente poderá gerar questionamentos à luz do princípio da legalidade;

b) **princípio da ofensividade (*nulla lex sine iniuria*):**[99] é sabido que, por força do referido postulado, não há crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Ora, quando o legislador delibera pela incriminação de atos preparatórios, o que se percebe é um nítido adiantamento da linha de defesa do Direito Penal a momentos anteriores aos da tentativa – *in casu*, anteriores ao início da execução dos crimes de terrorismo. Isso certamente poderá gerar questionamentos à luz do princípio da ofensividade, porquanto há um sério risco de responsabilização criminal de condutas que não representam nenhum tipo de perigo para o bem jurídico tutelado. Como exposto anteriormente, e com a devida vênia àqueles que entendem que o referido preceito se revela incompatível com o princípio da ofensividade, partilhamos do entendimento de que é perfeitamente possível a criminalização de atos preparatórios, notadamente devido à relevância do bem jurídico tutelado e da lesividade de todo e qualquer atentado terrorista;

c) **princípio da proporcionalidade:** certamente haverá questionamentos acerca da proporcionalidade da pena cominada aos crimes do art. 5º da Lei n. 13.260/16. Se ninguém é capaz de contestar a proporcionalidade da pena do crime de terrorismo do art. 2º, *caput*, da Lei n. 13.260/16 – reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência –, haja vista a lesividade de tal delito, dificilmente haverá consenso quanto à razoabilidade do preceito secundário do art. 5º, que fixa para tal delito a pena correspondente ao delito consumado, *diminuída de um quarto até metade*. Ou seja, se levarmos em consideração o máximo de diminuição (1/2) da pena mínima (12 anos) e o mínimo de diminuição (1/4) da pena máxima (30 anos) para atingirmos, respectivamente, a menor e a maior pena possível para o crime de preparação de terrorismo, ter-se-á como preceito secundário do art. 5º uma pena de reclusão, de 6 (seis) a 22 anos e meio. Ora, ainda que se queira admitir a punição de atos preparatórios, o que, a nosso juízo, se revela legítimo, quer devido à relevância do bem jurídico ameaçado, quer devido à periculosidade de todo e qualquer ato de terrorismo, daí não se pode concluir que um mero ato preparatório possa ser punido com uma pena em abstrato maior, por exemplo, que aquela cominada ao crime de homicídio simples – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos –, sob pena de admitirmos uma gritante desproporcionalidade do sistema penal. Impõe-se ao legislador o dever de observância do princípio da proporcionalidade não apenas como proibição de proteção insuficiente, mas também como proibição de excesso. Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal. Sendo assim, em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar tal preceito secundário. Isso porque, se esse delito for comparado, como exposto anteriormente, com um crime de homicídio simples, notoriamente mais grave que um simples ato preparatório e cujo bem jurídico é a vida humana, e não a paz pública, fica patente a total falta de razoabilidade do preceito secundário do art. 5º da Lei n. 13.260/16. A menor relevância penal de atos preparatórios, ainda que de um crime tão grave como o terrorismo, a desproporção da pena em ponderação com o perigo abstrato à paz pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista no art. 5º da Lei n. 13.260/16, tendo em vista que a restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.

Art. 5º (...)

§1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§2º Nas hipóteses do §1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

recebeu o treinamento tinha a necessária intenção criminosa de utilizar os conhecimentos assim adquiridos para cometer uma infração terrorista.

99. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

27. COMBATENTES TERRORISTAS ESTRANGEIROS: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

A ameaça terrorista cresceu e evoluiu nos últimos anos. Diversos países – não apenas os da União Europeia, mas também os Estados Unidos da América, o Canadá e a Austrália – são cada vez mais confrontados com um número crescente de pessoas que se deslocam ao estrangeiro para fins de terrorismo e com a ameaça que estas representam após o seu regresso.

Tais pessoas são frequentemente designadas *combatentes terroristas estrangeiros*. Em consonância com a Resolução n. 2.178 do Conselho de Segurança das Nações Unidas,[100] podem ser definidos como aqueles indivíduos que viajam para um Estado distinto daqueles de sua residência ou nacionalidade, com o propósito de perpetrar, planejar, preparar ou participar de atos terroristas, ou fornecer ou receber treinamento para o terrorismo, inclusive em conexão com conflitos armados.

Embora o problema em si não seja tão novo assim, a escala e o alcance do fenômeno das pessoas que se deslocam para zonas em conflito, em particular para a Síria e para o Iraque, para combaterem ou treinarem com grupos terroristas não tem precedentes. A título de exemplo, de acordo com o último relatório da *Europol* sobre a situação e as tendências do terrorismo na União Europeia, a escala do fenômeno é preocupante: calcula-se que, no final de 2014, o número total de pessoas que tinham saído da União Europeia para zonas de conflito excedia a 3.000, e que tenha agora atingido 5.000, enquanto no mesmo período o número de pessoas que tinham regressado aumentara em alguns países.[101]

Como destacado pela *Europol*, "embora apenas um pequeno número de combatentes que regressam possa estar determinado a cometer atentados na UE, as pessoas que viajaram para zonas de conflito continuarão a constituir uma ameaça cada vez maior para todos os Estados-membros. Para além dos contatos, os combatentes que regressam poderão ter adquirido experiência de combate e operacional – e, por conseguinte, estarem em condições de perpetrar ataques com maior impacto ou ataques múltiplos –, e são suscetíveis de servir de modelo para os jovens que compartilham das mesmas ideias. Além disso, aqueles que não participam no planejamento de atentados podem, em vez disso, ter um papel ativo na radicalização e no recrutamento de outros, bem como nas atividades de facilitação e de recolhimento de fundos".[102]

Os ataques perpetrados na Europa em 2014 e 2015, que culminaram nos ataques de Paris, na noite de 13 de novembro de 2015, ilustraram de forma trágica como esse risco pode se materializar. De acordo com as investigações, em pelo menos seis ataques terroristas cometidos ou planejados em solo europeu no ano de 2015, estiveram envolvidos combatentes terroristas estrangeiros: estes tinham viajado diretamente para zonas de conflito (por exemplo, o Iémen e a Síria) ou tinham sido inspirados ou recebido instruções para cometerem atos de terrorismo por parte de pessoas que se encontram atualmente na Síria.[103]

Os grupos terroristas demonstraram ter competências avançadas na utilização da *Internet* e das novas tecnologias de comunicação para divulgar propaganda, interagir com potenciais recrutas, partilhar conhecimentos, bem como planificar e coordenar as operações. A *Internet* e as redes sociais oferecem novas oportunidades aos grupos radicais e terroristas para chegarem a públicos vulneráveis e, desse modo, facilitam o recrutamento e/ou a autoradicalização.

A utilização de material de comunicação de elevada qualidade (revistas, vídeos) e uma abordagem descentralizada, facilitada por uma rede de contas numa grande variedade de plataformas de redes sociais, permitem a rápida divulgação dos materiais terroristas e radicais através de uma adaptação constante da utilização das tecnologias da informação. A Internet[104] tornou-se o principal canal utilizado pelos terroristas para divulgarem propaganda, fazerem ameaças públicas, glorificarem atos terroristas hediondos, como as decapitações, ou reivindicarem a responsabilidade pelos ataques cometidos.

100. O Decreto n. 8.530, de 28 de setembro de 2015, dispõe sobre a execução, no território nacional, da Resolução n. 2.178, de 24 de setembro de 2014, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que trata de combatentes terroristas estrangeiros.

101. Nesse contexto: MORENO, Juan Carlos Campo. *Comentarios a La Reforma Del Código Penal en Materia de Terrorismo: La L.O 2/2015*. Valência: *Tirant Lo Blanch, 2015*. p. 12.

102. https://www.europol.europa.eu/content/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2015.

103. Como observa Débora de Souza de Almeida, "é inegável que o recrutamento tem avançado sobre jovens na Europa ocidental, principalmente homens, em busca de emoção, *status*, vingança e, sobretudo identidade. A vulnerabilidade pela crise de identidade é um fator proeminente e que atinge muçulmanos de segunda geração, que não conseguem se adaptar à vivência entre duas culturas diferentes (a de sua família e a do país onde mora), e que se sentem tratados como estrangeiro tanto pelos europeus de sua nacionalidade quanto pelos cidadãos de nações muçulmanas". (op. cit. p.).

104. Há rumores de que o Estado Islâmico, por exemplo, criou inclusive uma versão própria e fechada do *Facebook*, o *Muslimbook*, além de diversos aplicativos para celular que atualizam o usuário sobre as novidades da organização, além de disseminar informação de modo a obter potenciais financiadores.

Como observa a doutrina espanhola, "no cabe duda que una de las principales intenciones que siempre persuiguen los terroristas es sembrar el miedo en la sociedade, algo que hoy les resulta fácil gracias a los medios de comunicación social, tal y como se ha podido ver en los últimos años a través de los videos difundidos por el Estado Islámico, cuyos integrantes, em su radical fanatismo, torturan y asesinan rehenes, lanzando sus mensajes atemorizadores de la población e intenando aproximar a su causa criminal a todas aquellas personas que de alguna manera puedan compartir su ideario extremista y violento, a través de la captación, adiestramiento o adoctrinamiento para la ejecución de atentados, todo ello com la ayuda de Internet y de las redes sociales, pudiendo culminar incluso el llamamiento a estos fines criminales com outro fenómeno extraordinariamente grave como es el de los combatientes terroristas desplazados que deciden unirse a las organizaciones terroristas internacionales, especialmente las yihadistas, com frentes bélicos abiertos em países como Siria e Irak".[105]

De modo a combater de maneira mais eficaz a ameaça terrorista em mutação, notadamente o crescente fluxo de combatentes terroristas estrangeiros, diversos países passaram a tipificar não apenas o *recrutamento para o terrorismo,* mas também o simples fato de viajar para outro país de modo a receber treinamento com o propósito de praticar atos de terrorismo.

É exatamente nesse sentido o teor do art. 575.3 do Código Penal da Espanha, com redação dada pela Lei Orgânica 2/2015, de 30 de março: "3. *La misma pena se impondrá a quien, para esse mismo fin, o para colaborar com uma organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos compreendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista".*

Na mesma linha, a Lei n. 13.260/16 incrimina as seguintes condutas atinentes aos combatentes terroristas estrangeiros (art. 5º, §1º): "I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade". Para a tipificação de ambos os crimes, é imprescindível a comprovação do *propósito de praticar atos de terrorismo.*

105. FERNÁNDEZ, Enrique Agudo; VALLEJO, Manuel Jaén; PÉREZ, Ángel Luis Perrino. *Terrorismo en el siglo XXI: la respuesta penal en el escenario mundial.* Madrid: Editorial Dykinson, 2016. p. 103.

Essas infrações são de natureza muito grave, uma vez que podem conduzir à prática de infrações terroristas e permitir aos terroristas e aos grupos terroristas manterem e continuarem a desenvolver suas atividades criminosas. Embora não pressuponham a prática de uma infração terrorista, incluem um elemento objetivo e outro subjetivo, ou seja, a intenção ou o conhecimento por parte do autor de que o seu comportamento pode conduzir à prática de infrações terroristas ou contribuir para as mesmas.

27.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança dos demais crimes de terrorismo previstos na Lei n. 13.260/16, o bem jurídico tutelado também é a paz pública.

27.2. Sujeitos do crime.

Cuida-se de crime comum. Pode ser praticado por qualquer indivíduo, já que o tipo penal não exige nenhuma qualidade especial do agente.

Como se trata de crime contra a paz pública, o sujeito passivo é a coletividade.

27.3. Tipo objetivo.

O art. 5º, §1º, inciso I, da Lei n. 13.260/16, faz uso dos seguintes verbos nucleares:

a) **recrutar:** consiste em cooptar, aliciar, angariar, reunir, convocar, alistar ou atrair pessoas para um determinado propósito. Nesse caso do art. 5º, §1º, I, da Lei n. 13.260/16, o recrutador pretende que a pessoa ou pessoas por ele recrutadas pratiquem ou contribuam para a prática de uma infração terrorista ou adiram a uma associação ou grupo com esta finalidade, sendo irrelevante se os destinatários da solicitação irão participar ou não de uma infração terrorista ou se aderem a uma associação ou grupo com essa finalidade;[106]

b) **organizar:** significa pôr em ordem, arrumar, dispor para funcionar, acomodar, sistematizar, coordenar, ordenar, estruturar;

c) **transportar**: tem o significado de levar de um lugar para outro, remover, carregar de um ponto a outro;

106. De acordo com o art. 6.1. da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, adotada em Varsóvia, em data de 16 de maio de 2005, entende-se por *recrutamento para o terrorismo* o fato de solicitar a outra pessoa a prática ou a participação na prática de uma infração terrorista, ou a juntar-se a uma associação ou a um grupo de pessoas com o fim de contribuir para a prática de uma ou de várias infrações terroristas por essa associação ou grupo de pessoas.

d) **municiar**: deve ser compreendido como expressão sinônima de abastecer, munir, prover, fornecer os apetrechos necessários para a consecução de determinado objetivo.

As quatro condutas devem recair sobre indivíduos que *viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade* com o propósito de praticar atos de terrorismo. *Viajar para o estrangeiro com fins terroristas* consiste em viajar a um país distinto do Estado de nacionalidade ou residência do viajante com o fim de cometer, colaborar ou participar em um delito de terrorismo, ou de proporcionar ou receber treinamento para o terrorismo.

Qualquer pessoa pode ser recrutada para viajar para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade. Não se exige, quanto a isso, qualquer qualidade especial da pessoa, que passa a funcionar como verdadeiro instrumento da organização. Aliás, nem ao menos se exige que ela tenha consciência de que está fazendo parte de uma organização terrorista. O requisito subjetivo especial é exigido do agente do fato, e não do instrumento individual.

Essa pessoa deve viajar para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade. Exige-se, pois, o efetivo deslocamento de um país para outro. Não basta a mera intenção de viajar. Se acaso a pessoa não viajar para outro país, aplica-se o art. 5º, §2º, da Lei n. 13.260/16 ("Nas hipóteses do §1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços").

Por sua vez, o art. 5º, §1º, inciso II, da Lei n. 13.260/16, faz uso dos seguintes verbos nucleares:

a) **fornecer**: consiste em prover, ministrar, entregar, guarnecer, abastecer, proporcionar, dar, produzir, gerar, colocar à disposição, equipar;

b) **receber**: significa aceitar o que é oferecido, ministrado, dado, produzido.

Os dois verbos devem ter como objeto material o *treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.*[107]

Treinamento para terrorismo deve ser compreendido como o fato de dar instruções para o fabrico ou para a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas ou substâncias nocivas ou perigosas, ou para outros métodos e técnicas específicos tendo em vista a prática de uma infração terrorista ou contribuir para a sua prática, sabendo que os conhecimentos específicos fornecidos visam à realização de tal objetivo.[108]

O ato de receber treinamento para o terrorismo pode ter lugar presencialmente, por exemplo, num campo de treinamento gerido por uma associação ou grupo terrorista.

De acordo com a redação do tipo penal do inciso II do §1º do art. 5º da Lei n. 13.260/16, o fornecimento ou recebimento de treinamento só terá o condão de tipificar o referido delito se ocorrer em *país distinto daquele da residência ou nacionalidade* do agente. Por consequência, o simples fato de visitar sítios Web que contenham informações ou de receber comunicações que poderão ser utilizadas para o treinamento para o terrorismo – campo de treinamento virtual – não é suficiente para configurar tal delito. No entanto, daí não se pode concluir que tais formas de "autoditatismo" pela internet em relação a práticas terroristas sejam consideradas atípicas. Isso porque, de acordo com o art. 5º, §2º, da Lei n. 13.260/16, "nas hipóteses do §1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade até dois terços". De mais a mais, a figura delituosa do *caput* do art. 5º também subsiste como soldado de reserva para a tipificação desses atos preparatórios de terrorismo.

27.4. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título doloso. Não admite a modalidade culposa.

Para além do dolo, o tipo subjetivo também contempla um especial fim de agir, consubstanciado no *propósito de praticar atos de terrorismo,* o

107. O que mais chama a atenção nesses treinamentos são os processos de desumanização aos quais os candidatos são submetidos. Esses processos visam evitar que o futuro integrante da organização terrorista venha a sentir qualquer compaixão com suas futuras vítimas. Também se investe na prática de uma dessensibilização sistemática e paulatina até que tais atos sejam considerados rotineiros e necessários, conduzindo suas vítimas ao status de "não pessoas". Segundo a doutrina, também se trabalha com o emprego de "estratégias para dificultar o pensamento lógico e racional, promovendo-se, inclusive, estados psicológicos como raiva, ira, frustação, os quais serão descontados como 'válvulas de escape' sobre o indivíduo vitimizado, sem qualquer espaço para culpabilização, remorso ou empatia". (CALLEGARI. *Et alii.* Op. cit. p. 53). Caminha no mesmo sentido a lição de Michael Weiss: "Um número considerável de membros do EI que foi entrevistado para este livro, ecoou sentimentos similares – e elogios exagerados – a respeito do exército do terror, que dominou a técnica de descontruir o psiquismo daqueles que ele quer recrutar, e então reconstruí-lo de novo à sua própria imagem" (*Estado Islâmico: desvendando o exército do terror.* Tradução Jorge Ritter. São Paulo: Seoman, 2015. p. 145).

108. Art. 7.1. da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo.

qual deve ser comprovado para além de qualquer dúvida razoável.

27.5. Consumação e tentativa.

O crime do art. 5º, §1º, inciso I, da Lei n. 13.260/16 está definido nos seguintes termos: "recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos *que viajem* para país distinto daquele de sua residência".

À primeira vista, poder-se-ia pensar que a consumação de tal delito ocorreria no exato momento em que estivesse aperfeiçoado o recrutamento, a organização, o transporte ou o municiamento dos indivíduos. Ocorre que o dispositivo deixa claro que tais indivíduos cooptados com o propósito de praticar atos de terrorismo *viajem para país distinto daquele de sua residência*. Portanto, a nosso juízo, esta figura delituosa somente estará consumada quando houver a efetiva transposição dos limites territoriais brasileiros, demonstrando que o agente viajou para país distinto daquele de sua residência.

Por consequência, se o recrutamento for descoberto pelas autoridades em momento anterior à viagem para o exterior dos indivíduos cooptados, restaria caracterizada, em tese, tão somente a modalidade tentada do crime do art. 5º, §1º, inciso I. Porém, como exposto nos comentários ao *caput* do art. 5º, partilhamos do entendimento no sentido de que não se admite a punição da tentativa de crime obstáculo, o que, todavia, não afasta a possibilidade de aplicação do art. 5º, §2º.

À semelhança do inciso I, o crime do inciso II do §1º do art. 5º da Lei n. 13.260/16 somente restará consumado quando o treinamento fornecido (ou recebido) se der em país distinto daquele da residência ou nacionalidade do agente. Como espécie de crime obstáculo que é, também não se admite a punição da forma tentada, o que, todavia, não afasta a possibilidade de aplicação do art. 5º, §2º.

Em ambas as hipóteses – incisos I e II –, a consumação independe da do crime de terrorismo. Com efeito, a redação do art. 5º, §1º, *in fine*, da Lei n. 13.260/16 – *com o propósito de praticar atos de terrorismo* –, torna claro que, para fins de consumação dos crimes aí tipificados, não é necessário que seja efetivamente cometida uma infração terrorista.

27.6. Classificação doutrinária.

Os crimes dos incisos I e II do §1º do art. 5º podem ser classificados de maneira semelhante ao delito do *caput* do art. 5º. Logo, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários acima formulados.

27.7. Liberdade de locomoção.

A nova infração penal de se deslocar para o estrangeiro a fim de receber treinamento com o propósito de praticar atos de terrorismo não se revela incompatível com a liberdade de locomoção.

As liberdades públicas não podem ser interpretadas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades. É dizer, não se permite que sejam exercidas de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. Não podem, portanto, funcionar como mecanismo de salvaguarda para atividades ilícitas. Se o indivíduo está se deslocando para outro país de modo a obter treinamento para a prática de atos de terrorismo, reputa-se legítima a intervenção do Direito Penal de modo a coibir esse ato preparatório, haja vista o grau de lesividade inerente a todo e qualquer atentado terrorista.

27.8. Causa de diminuição de pena do §2º do art. 5º.

Da leitura dos dois incisos do §1º do art. 5º fica evidente que a tipificação de tais delitos depende do deslocamento do agente para *país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade*. Em tais casos, a pena cominada é aquela correspondente ao delito de terrorismo consumado – reclusão, de 12 a 30 anos –, diminuída de um quarto até a metade.

Se não ocorrer o deslocamento do agente para país distinto, não há falar em atipicidade das condutas. Isso porque, consoante disposto no art. 5º, §2º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços. Por consequência, na eventualidade de o recrutamento (inciso I) e o treinamento (inciso II) serem perpetrados no território brasileiro, porém sem o objetivo de levar os potenciais terroristas para outro país, deve ser aplicado o dispositivo sob comento.

Art. 6º Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei:

Pena - reclusão, de quinze a trinta anos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, mantiver em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei.

28. FINANCIAMENTO AO TERRORISMO (ART. 6º, *CAPUT*) E ÀS ORGANIZAÇÕES TERRORISTAS (ART. 6º, PARÁGRAFO ÚNICO): NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Em data de 28 de setembro de 2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovou a Resolução n. 1.373. Para além de condenar os atentados terroristas de 11 de setembro, a referida Resolução fez um chamamento à comunidade internacional para que esta tomasse as medidas necessárias de prevenção e repressão ao fenômeno terrorista. A Resolução também faz referência expressa à necessidade de os diversos Estados-membros adotarem medidas para *prevenir o financiamento de atos de terrorismo.*

Ao prever como delito autônomo a atividade de financiar ou custear o terrorismo (art. 6º, *caput)* e as organizações terroristas (art. 6º, parágrafo único), a Lei n. 13.260/16 objetivou – em exceção à teoria monista – punir o agente que não tem participação direta na execução no terrorismo ou em organizações terroristas, limitando-se a fornecer dinheiro ou bens para subsidiar o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos na Lei Antiterrorismo.

28.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança dos demais crimes previstos na Lei n. 13.260/16, também se tutela a paz pública. Indiretamente, o crime do art. 6º da Lei Antiterrorismo também visa proteger a ordem econômico-financeira.

28.2. Sujeitos do crime.

Cuida-se de crime comum. Pode ser praticado por qualquer pessoa, desde que o agente não tenha concorrido para a prática do crime de terrorismo.[109]

Como se trata de crime contra a paz pública, o ideal é concluir que o sujeito passivo é a coletividade (crime vago).

28.2.1. Autofinanciamento.

Como o legislador da Lei n. 13.260/16 optou por introduzir mais uma exceção pluralística à teoria monista, tipificando o crime de terrorismo no art. 2º e o delito de financiamento ao terrorismo no art. 6º, à semelhança do que o faz a Lei de Drogas (Lei . 11.343/06, arts. 33 e 36), é certo dizer que aquele que financia o terrorismo praticado por terceiro responde apenas pelo crime do art. 6º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, mesmo que o delito por ele financiado não venha a se consumar.

A controvérsia gira em torno das hipóteses de **autofinanciamento**, isto é, quando o mesmo agente, além de financiar o terrorismo, também pratica condutas típicas inerentes ao terrorismo por ele financiado. A título de exemplo, suponha-se que, dentro de um mesmo contexto fático, determinado indivíduo custeie a aquisição de explosivos para a execução de um atentado terrorista, incorrendo, em tese, no crime do art. 6º, *caput,* da Lei n. 13.260/16, e, na sequência, participe ativamente do transporte desses explosivos, o que, novamente em tese, teria o condão de caracterizar o crime de terrorismo cujo ato terrorista está previsto no I do §1º do art. 2º da Lei Antiterrorismo.

Sobre o assunto, certamente surgirão diversas posições doutrinárias: 1) haverá crime de financiamento ao terrorismo (art. 6º) em concurso material com o delito de terrorismo praticado pelo agente (art. 2, *caput,* e §1º, inciso I); 2) O agente responde apenas pelo crime de financiamento ao terrorismo (art. 6º).

Parece-nos inviável a punição do autofinanciador pelos crimes de financiamento e pelo terrorismo por ele praticado. Afinal, se estamos diante de crimes que atentam contra o mesmo bem jurídico – paz pública –, não se pode admitir uma dupla punição pela mesma conduta delituosa. Também não se pode admitir a punição do autofinanciador apenas pelo crime de terrorismo, sob pena de se conferir a ele tratamento mais benigno do aquele dado ao agente que atuou apenas como financiador – a propósito, atente-se que a pena cominada ao art. 2º, *caput,* da Lei n. 13.260/16 é de reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência, ao passo que o preceito secundário do crime do art. 6º contempla uma pena de reclusão, de quinze a trinta anos.

109. Vide abaixo comentários acerca da possibilidade de *autofinanciamento.*

Por isso, o ideal é concluir que o autofinanciador deve responder apenas pelo crime de financiamento, funcionando eventual terrorismo por ele praticado como mero *post factum* impunível. Ora, se o agente já expôs a perigo o bem jurídico tutelado pelo crime do art. 6º da Lei n. 13.260/16 por meio do financiamento ao terrorismo, e depois resolve incrementar essa lesão precedente contra o mesmo bem jurídico já posto em perigo, concorrendo para o terrorismo por ele mesmo financiado, há de ser aplicado o princípio da consunção, com a consequente absorção do crime do art. 2º da Lei n. 13.260/16. Quem concorre para o terrorismo por ele mesmo financiado não responde por dois crimes (terrorismo e financiamento ao terrorismo). Com a prática do terrorismo pelo próprio financiador não se causa uma nova lesão ao bem jurídico tutelado pela Lei n. 13.260/16 (paz pública), senão tão-somente o seu incremento. Não se trata de uma nova ofensa, sim de um *continuum* que agrava a ofensa precedente. Evidentemente, o fato de o agente responder apenas pelo crime de financiamento ao terrorismo não o exime de responsabilização criminal pelos diversos atos de terrorismo por ele praticados (v.g., homicídios, lesões corporais, etc.).

28.3. Tipo objetivo.

O art. 6º, caput, da Lei n. 13.260/16, que cuida do crime de *financiamento ao terrorismo*, faz uso dos seguintes verbos nucleares:

a) **receber**: consiste em aceitar ou adquirir a posse de algo a qualquer título, consumando-se com a posse ou detenção do bem;

b) **prover**: significa abastecer do que for necessário, munir-se, providenciar, dispor, atender, remediar, socorrer;

c) **oferecer**: significa ofertar como presente, sem a intenção de venda, geralmente de forma gratuita;

d) **obter**: tem o significado de alcançar, atingir, receber;

e) **guardar:** significa tomar conta de algo, tendo-o sob vigilância para fins de proteção, geralmente por meio de ocultação, tendo a clandestinidade como sua característica marcante. Trata-se de crime permanente;

f) **manter em depósito**: consiste em manter em reservatório ou armazém, conservando algo. Caracteriza-se pela mobilidade e transitoriedade, no sentido de ser possível um rápido deslocamento de um lugar para outro. Trata-se de crime permanente;

g) **solicitar**: equivale a pedir algo. Nesse caso, o agente limita-se a manifestar perante outrem seu desejo de receber alguma vantagem;

h) **investir**: consiste em empregar ou aplicar um capital com o objetivo de obter vantagem financeira.

Os vários núcleos verbais constantes do art. 6º, *caput*, da Lei n. 13.260/16, fazem dele um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Assim, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz por ocasião da fixação da pena (art. 59, caput, do CP). Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

O art. 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 13.260/16, criminalizam qualquer forma de apoio financeiro ao terrorismo, incriminando a obtenção, ocultação e o fornecimento de fundos para o planejamento, preparação ou execução de tais atividades, podendo acontecer de diversas formas, seja valendo-se de fontes lícitas – tais como doações pessoais e lucros de empresas e organizações de caridade –, seja a partir de fontes criminosas – como o tráfico de drogas, o contrabando de armas, bens e serviços tomados indevidamente à base da força, fraude, sequestro e extorsão.

O objeto material dessas condutas pode ser:

a) **recursos**: quaisquer bens, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, independentemente da forma como sejam adquiridos, e documentos ou instrumentos jurídicos sob qualquer forma, incluindo eletrônica ou digital, que comprovem o direito de propriedade ou um interesse nesses bens, incluindo, sem que a enumeração seja exaustiva, cheques de viagem, cheques bancários, ordens de pagamento, ações, valores mobiliários, obrigações, saques e cartas de crédito;

b) **ativos**: consiste no conjunto de valores representado pelas aplicações de patrimônio e de capital de uma empresa ou pessoa;

c) **bens**: podem ser definidos como qualquer elemento material ou imaterial, representando uma utilidade ou uma riqueza, integrada no patrimônio de alguém e passível de apreciação monetária;

d) **direitos**: por *direitos* compreende-se a fruição e o gozo de tudo o que nos pertence;

e) **valores**: a expressão *valores* exprime o grau de utilidade das coisas, ou bens, ou a importância que possuem para a satisfação das nossas necessidades;

f) **serviços de qualquer natureza**: consiste no exercício e desempenho de qualquer atividade. De acordo com o CDC, "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (art. 3º, §2º).

De seu turno, o crime de financiamento de organização terrorista previsto no art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 13.260/16, faz uso dos mesmos verbos nucleares que constam do *caput*, quais sejam, oferecer, receber, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir. O objeto material também é semelhante: ativo, bem ou recurso financeiro.

28.4. Tipo subjetivo.

Ambas as condutas – art. 6º, *caput*, e parágrafo único – são punidas exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual). Diversamente do que ocorre em outros países (v.g., Espanha), não se pune a forma culposa do crime de financiamento ao terrorismo.

Conquanto seja comum o financiamento ao terrorismo com a finalidade de obtenção de lucro, o art. 6º não faz qualquer referência a esse *especial fim de agir*. Logo, responde pelo crime sob análise tanto aquele que financia o terrorismo ou organizações terroristas com a intenção de obter determinada vantagem patrimonial, quanto aquele que o faz sem a intenção de auferir lucro.

Para além do dolo, as figuras delituosas também possuem um especial fim de agir:

a) financiamento ao terrorismo (art. 6º, *caput*): as condutas devem ser praticadas pelo agente *para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei;*

b) financiamento às organizações terroristas (art. 6º, parágrafo único): as condutas devem ser praticadas pelo agente *com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei.*

28.5. Consumação e tentativa.

A consumação dos crimes de financiamento previstos na Lei n. 13.260/16 independe da prática de qualquer crime de terrorismo. A uma porque os diversos verbos nucleares utilizados no *caput* e no parágrafo único do art. 6º trazem consigo a ideia de mera disponibilização do numerário, sendo irrelevante o fato de ser atingida (ou não) a finalidade desse custeio. Logo, tais crimes estarão consumados no exato momento em que houver a entrega do numerário aos terroristas ou à organização terrorista, pouco importando a efetiva execução do crime previsto no art. 2º da Lei n. 13.260/16, que, se for cometido, deve ser tido como mero exaurimento do delito. Enfim, se os recursos foram disponibilizados pelo financiador, não há como se afastar a consumação dos crimes do art. 6º. A duas porque os tipos penais deixam claro que a produção desse resultado almejado pelo autor do crime do art. 6º funciona como um mero especial fim de agir, o que significa dizer que a consecução desse resultado não é condição *sine qua non* para a consumação dos crimes de financiamento.

Cuidando-se de crime plurissubsistente, é perfeitamente possível a tentativa dos crimes do art. 6º, *caput*, e parágrafo único, da Lei Antiterrorismo.

28.6. Classificação doutrinária.

Os crimes do art. 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 13.260/16, podem ser classificados da seguinte forma:

a) **crime comum**: podem ser praticados por qualquer pessoa;

b) **crime formal**: existe um resultado almejado pelo financiamento, qual seja, a execução dos crimes de terrorismo, que, no entanto, não precisa ocorrer para que se verifique a consumação do delito;

c) **crime unissubjetivo:** o financiamento ao terrorismo pode ser praticado por um único indivíduo, sem prejuízo, todavia, de eventual concurso de agentes;

d) **crime instantâneo:** consumam-se os crimes do art. 6º, *caput* ou parágrafo único, da Lei n. 13.260/16, em um momento determinado, sem a necessidade de permanência ou habitualidade da conduta delituosa. Por isso, um único ato de financiamento ou de custeio já é suficiente para a caracterização de tais delitos. Não se trata de crime de natureza permanente. A uma porque a consumação desse delito não se prolonga no tempo, já que os verbos utilizados no art. 6º, *caput* ou parágrafo único, não denotam uma situação duradoura, cujo momento inicial não coincida com o de sua cessação. De mais a mais, no crime de financiamento ao terrorismo, o autor

do delito não tem a possibilidade de fazer cessar a situação de permanência a qualquer momento, característica inerente a tais crimes. Deveras, por mais que o terrorista por ele financiado possa usar o numerário por um período de tempo que se prolonga no tempo (v.g., um ou dois meses), é fato que, a partir do momento em que o dinheiro é entregue, o financiador deixa de ter qualquer disponibilidade sobre ele, do que se conclui que o retorno à situação anterior foge a sua alçada. Também não se trata de crime de natureza habitual, porquanto a tipificação do crime de financiamento ao terrorismo independe de um comportamento reiterado. Ora, os verbos típicos constantes do art. 6º, *caput* ou parágrafo único, da Lei Antiterrorismo não induzem habitualidade, bastando um único ato para a configuração do delito. Portanto, se o agente patrocinar por 3 (três) vezes a compra de determinados explosivos para que terceiros cometam um atentado terrorista, deverá responder por 3 (três) crimes de financiamento ao terrorismo, em concurso material ou continuidade delitiva, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Art. 7º Salvo quando for elementar da prática de qualquer crime previsto nesta Lei, se de algum deles resultar lesão corporal grave, aumenta-se a pena de um terço, se resultar morte, aumenta-se a pena da metade.

29. CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM RELAÇÃO AOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 13.260/16.

De acordo com a parte inicial do art. 7º, esta causa de aumento de pena não será aplicável quando o resultado lesão corporal grave e morte forem elementares da prática de qualquer crime previsto na Lei n. 13.260/16. Como se percebe, se a lesão corporal grave e a morte funcionarem como elementares dos atos de terrorismo praticados como condutas-meio para o crime-fim de terrorismo, não se admite a aplicação da presente majorante, sob pena de verdadeiro *bis in idem* e consequente violação ao princípio da legalidade. Logo, na eventualidade de o terrorismo ser praticado, por exemplo, por meio de atentados contra a vida (Lei n. 13.260/16, art. 2º, §1º, inciso V), é de todo evidente que tal majorante não poderá ser aplicada ao crime de terrorismo, já que o fato de ter havido a morte de uma pessoa já será sopesado pelo magistrado por ocasião do julgamento do acusado, que será julgado não apenas pelo crime de terrorismo (Lei n. 13.260/16, art. 2º), mas também pelos crimes de homicídio por ele praticados em concurso formal impróprio.

Consoante disposto no art. 7º, esta majorante seria aplicável a qualquer crime previsto na Lei Antiterrorismo, é dizer, ao crime de terrorismo propriamente dito (art. 2º), ao crime de organização terrorista (art. 3º), ao crime de preparação de terrorismo (art. 5º) e ao crime de financiamento ao terrorismo (art. 6º). Ocorre que a lesão corporal grave e a morte não são resultados que podem decorrer dos crimes de organização terrorista ou financiamento ao terrorismo. Logo, sem embargo da redação do art. 7º, é de se concluir que referida majorante é aplicável apenas aos crimes dos arts. 2º e 5º da Lei Antiterrorismo, e desde que tais resultados não sejam elementares de tais delitos.

A causa de aumento de pena sob comento deverá incidir nas seguintes hipóteses:

a) **lesão corporal grave**: a expressão abrange não apenas a lesão corporal grave, mas também a lesão corporal gravíssima e a lesão corporal seguida de morte, previstas, respectivamente, no art. 129, §§1º, 2º e 3º, do Código Penal. Nesse caso, o *quantum* de aumento de pena será de 1/3 (um terço);

b) **morte:** é a eliminação da vida intra e extra-uterina. Nesse caso, a pena deve ser aumentada de ½ (metade).

Art. 8º (VETADO).

Art. 9º (VETADO).

Art. 10. Mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

30. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ.

De acordo com o art. 15 do Código Penal, o agente que, voluntariamente, *desiste de prosseguir na execução* ou *impede que o resultado se produza*, só responde pelos atos já praticados.

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz funcionam como um estímulo ao agente para evitar a produção do resultado de um crime cuja execução já teve início, em relação ao qual lhe é perfeitamente possível alcançar a consumação. Por isso, são conhecidos como "ponte de

ouro". É a possibilidade de retornar da esfera da ilicitude em que penetrara para o mundo lícito. Os dois institutos têm origem no *direito premial*. Por meio deles, o Estado concede ao criminoso um tratamento penal mais brando em virtude da voluntária não produção do resultado.

Funcionam como espécie de *tentativa abandonada*. Isso porque, diversamente da tentativa, onde a consumação não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente, na desistência voluntária e no arrependimento eficaz a consumação do delito deixa de ocorrer em virtude da vontade do agente, quer pela interrupção do processo executório do delito, quer pelo emprego de diligências eficazes para impedir a superveniência do resultado.

Sem embargo de certa controvérsia acerca do assunto, prevalece o entendimento de que funcionam como causas de exclusão da tipicidade, subsistindo apenas a tipicidade dos atos já praticados. Afinal, tanto na desistência voluntária quanto no arrependimento eficaz não se atinge o momento consumativo do crime por vontade do agente. Isso torna evidente a falta de adequação típica pela inocorrência do segundo elemento da tentativa, que é a não consumação do delito *por circunstâncias alheias à vontade do agente*. Logo, se a consumação não foi atingida devido à própria vontade do infrator, não haverá um juízo de tipicidade em relação ao crime tentado.

Apesar de os dois institutos estarem previstos no mesmo dispositivo legal, desistência voluntária e arrependimento eficaz não se confundem.

Na desistência voluntária, o agente, por ato voluntário – não necessariamente espontâneo –, interrompe o processo executório do delito, abandonando a prática dos demais atos necessários que estavam à sua disposição para a consumação. Frank sintetizou com grande eloquência a distinção entre desistência voluntária e tentativa na seguinte frase: "(...) posso, mas não quero (desistência voluntária); quero, mas não posso (tentativa)".

No arrependimento eficaz, após o esgotamento dos atos executórios necessários à consumação do delito, o agente voluntariamente adota providências de modo a impedir a superveniência do resultado. Como já se pronunciou o STF, "(...) diversamente do que pode suceder na 'desistência voluntária' - quando seja ela mesma o fator impeditivo do delito projetado ou consentido -, o 'arrependimento eficaz' é fato posterior ao aperfeiçoamento do crime tentado, ao qual, no entanto, se, em concreto, impediu se produzisse o resultado típico, a lei dá o efeito de elidir a punibilidade da tentativa e limitá-la à consequente aos atos já praticados. (...)".[110]

Em ambas as hipóteses – desistência voluntária e arrependimento eficaz –, há de se analisar se a conduta do agente foi efetivamente eficaz. Portanto, se, a despeito da atuação do agente, sobrevier o resultado lesivo, não há falar em aplicação do art. 15 do Código Penal.

Em conclusão, convém destacar que o efeito de ambos os institutos é semelhante: o agente não responderá pela forma tentada do crime inicialmente desejado, mas somente pelos atos típicos já praticados. Destarte, no exemplo do indivíduo que efetuou um disparo contra seu inimigo e desiste de efetuar outros tiros, quando podia fazê-lo para consumar o crime de homicídio, já que tinha mais cartuchos no tambor de seu revólver, o agente deverá ser responsabilizado pelo crime de lesão corporal, e não pelo delito de tentativa de homicídio.

30.1. Antecipação da desistência voluntária e do arrependimento eficaz para atos preparatórios.

A simples leitura do art. 15 do Código Penal demonstra que a desistência voluntária e o arrependimento eficaz pressupõem que o agente tenha ingressado na fase de execução do delito. O dispositivo faz referência expressa ao agente que *desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza*. Logo, sob a ótica do *iter criminis*, não se pode cogitar da aplicação dessas causas de exclusão da adequação típica se o agente ainda se encontra na fase de preparação de um delito.

É exatamente nesse ponto a grande novidade introduzida pelo art. 10 da Lei n. 13.260/16. Tamanho o interesse do Estado em evitar a prática de atos de terrorismo que o legislador passa a admitir que a desistência voluntária e o arrependimento eficaz sejam aplicados ao crime do art. 5º da Lei Antiterrorista brasileira, que versa sobre o delito de *praticar atos preparatórios de terrorismo*. Trata-se, pois, de uma antecipação da desistência voluntária e do arrependimento eficaz para a fase de preparação do delito.

Logo, se o agente tiver, por exemplo, adquirido armas de fogo como atos preparatórios de terrorismo, não deverá ser responsabilizado pelo crime do art. 5º da Lei n. 13.260/16, nem mesmo

110. STF, 1ª Turma, HC 84.653/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02/08/2005, DJ 14/10/2005.

na modalidade tentada, o que, no entanto, não o exime da imputação pelos crimes previstos na Lei n. 10.826/03. Afinal, como exposto anteriormente, o efeito do art. 15 do Código Penal é afastar a punição do agente pela forma tentada do crime inicialmente desejado, subsistindo, todavia, a punição pelos atos típicos já praticados.

Art. 11. Para todos os efeitos legais, considera-se que os crimes previstos nesta Lei são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

Parágrafo único. (VETADO).

31. JUIZ NATURAL PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 13.260/16.

A competência da Justiça Federal consta do rol taxativo dos incisos do art. 109 da Constituição Federal. As questões criminais estão especialmente previstas nos incisos IV, V, VI, VII, IX e X do art. 109. Por sua vez, os incisos VIII e XI referem-se tanto à matéria criminal quanto à cível. Explica-se: quando a Constituição Federal utiliza a expressão "causas", refere-se à matéria cível (incisos I, II e III do art. 109); quando se vale da expressão "crimes", obviamente, refere-se à matéria criminal (incisos IV, V, VI, IX e X do art. 109); quando a Magna Carta não faz qualquer referência a "causas", "crimes" ou "matéria criminal", significa estar se referindo tanto à matéria cível quanto à matéria criminal, tal qual ocorre no inciso VII (o mandado de segurança pode versar sobre matéria cível ou criminal) e no inciso IX (disputa sobre direitos indígenas). A exceção à regra fica por conta do inciso V-A, do art. 109, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04, que, apesar de ter utilizado a expressão "causas", abrange tanto as cíveis quanto as criminais.

De acordo com o art. 109, IV, da Carta Magna, compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou *interesse da União* ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Com o objetivo de fixar a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei n. 13.260/16, seu art. 11 dispõe expressamente que as infrações penais aí previstas são praticadas contra o interesse da União, o que, em tese, teria o condão de fixar a competência da Justiça Federal com base no art. 109, inciso IV, da Constituição Federal. Resta saber, todavia, se uma simples lei ordinária poderia livremente fixar interesses da União de modo a ampliar a competência da Justiça Federal.

Com a devida vênia, se a própria Constituição delimitou a competência da Justiça Federal nos incisos do art. 109, não nos parece cabível que o legislador infraconstitucional a ampliasse por meio de simples leis ordinárias, salvo nas hipóteses em que o próprio constituinte outorga ao legislador ordinário tal atribuição. É o que ocorre, por exemplo, com os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, em relação aos quais a Constituição Federal outorga a competência à Justiça Federal *nos casos determinados por lei* (CF, art. 109, VI, *in fine*). É dizer, a própria Constituição Federal autoriza que a lei determine a competência em relação a tais delitos. No entanto, tal autorização não consta do inciso IV do art. 109 da Constituição, o que significa dizer que, nesse caso, somente uma alteração constitucional teria o condão de ampliar a competência da Justiça Federal.

Por tais motivos, somos levados a acreditar que o art. 11 da Lei n. 11.340/16 é manifestamente inconstitucional, pelo menos no tocante à fixação da competência da Justiça Federal. São diversos os argumentos para fundamentar tal conclusão:

a) o bem jurídico tutelado pelo crime de terrorismo – paz pública – não é um interesse exclusivo da União. Pertence a todos os entes da Federação – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – e à sociedade como um todo;

b) ainda que se queira objetar que há um interesse da União em relação à prática dos crimes previstos na Lei n. 13.260/16, é de todo evidente que tal interesse não é direto, imediato, mas sim indireto, mediato, o que, por si só, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, não tem o condão de atrair a competência da Justiça Federal;

c) mesmo que se queira argumentar que a *República Federativa do Brasil* rege-se nas suas relações internacionais por diversos princípios, dentre eles o repúdio ao terrorismo (CF, art. 4º, VIII), daí não se pode extrair um permissivo constitucional para a fixação da competência da Justiça Federal, porque tais princípios são mandamentos dirigidos à *República Federativa do Brasil*, que abrange não apenas a União, mas também os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

d) o simples fato de o crime de terrorismo estar previsto em tratado ou convenção internacional não tem o condão de fixar a competência da Justiça Federal com base no art. 109, V, da Constituição Federal. Isso porque, para além de tal pressuposto, o referido dispositivo constitucional também exige, para fins de fixação da competência da Justiça Federal, que o início da execução de tal delito tenha se dado no País, e o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Logo, ausente essa internacionalidade territorial do resultado relativamente à conduta delituosa, revela-se indevida a fixação da competência da Justiça Federal com base no inciso V do art. 109 da Constituição Federal, pouco importando o fato de se tratar de crime previsto em tratado ou convenção internacional;

e) se a competência da Justiça Federal é fixada pela própria Constituição Federal (art. 109), e se os interesses da União também estão previstos expressamente na Carta Magna (v.g., arts. 20 e 21), somente uma Emenda Constitucional teria o condão de ampliar tal competência e/ou tais interesses. É o que ocorreu, por exemplo, com o incidente de deslocamento de competência, que foi expressamente acrescentado ao rol do art. 109 (V-A e §5º) pela Emenda Constitucional n. 45/04. Logo, não se pode admitir que uma simples lei ordinária outorgue novos interesses à União de modo a ampliar a competência da Justiça Federal, sob pena de evidente burla à necessidade de Emenda Constitucional.

32. ATRIBUIÇÕES INVESTIGATÓRIAS DA POLÍCIA FEDERAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 13.260/16.

Se, de um lado, sustentamos a inconstitucionalidade do art. 11 em relação à fixação da competência da Justiça Federal, parece-nos não haver nenhum óbice à outorga de atribuições investigatórias à Polícia Federal em relação aos crimes de terrorismo.

De acordo com a Constituição Federal, para além de apurar infrações penais da competência da Justiça Federal (art. 144, §1º, I, primeira parte), a Polícia Federal também detém atribuições investigatórias em relação a outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, *segundo se dispuser em lei* (art. 144, §1º, I, *in fine*).

Portanto, desde que a infração penal seja dotada de repercussão interestadual ou internacional, exigindo repressão uniforme, é possível que uma simples lei ordinária outorgue à Polícia Federal atribuições investigatórias em relação a tal delito. Sabemos que o referido diploma normativo é a Lei n. 10.446/02. Era de se esperar, portanto, que a atribuição de novas atribuições investigatórias à Polícia Federal tivesse sido inserida no referido diploma normativo. Não o foi. Mas daí não podemos concluir pela inconstitucionalidade do referido dispositivo. Isso porque a Constituição Federal exige tão somente disposição legal nesse sentido. Não exige que todas as atribuições investigatórias da Polícia Federal sejam feitas no mesmo diploma normativo.

Por tais motivos, sem embargo da falta de técnica legislativa por parte do legislador da Lei n. 13.260/16 – o ideal seria acrescentar um novo inciso ao art. 1º da Lei n. 10.446/02 –, como os crimes previstos na Lei Antiterrorismo são dotados de repercussão interestadual ou internacional, exigindo repressão uniforme, e como há lei ordinária expressa, reputa-se constitucional a outorga de atribuições investigatórias à Polícia Federal com fundamento no art. 11 da Lei n. 13.260/16.

> **Art. 12.** O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de crime previsto nesta Lei, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei.
>
> **§1º** Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.
>
> **§2º** O juiz determinará a liberação, total ou parcial, dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem e destinação, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.
>
> **§3º** Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o caput deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no §1º.

§4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

33. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS.

O art. 12 da Lei Antiterrorismo reproduz integralmente os dizeres do art. 4º da Lei n. 9.613/98 (Lavagem de Capitais). Aliás, tamanha a falta de técnica legislativa por parte dos autores do Projeto de Lei que deu origem à Lei n. 13.260/16 ao literalmente copiar o regramento legal dos crimes previstos na Lei n. 9.613/98 que nem se deram ao trabalho de retirar do §4º do art. 12 a menção à *infração penal antecedente*, o que, logicamente, não existe nos crimes de terrorismo, mas tão somente quando se trata de lavagem de capitais.[111]

Art. 13. Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso.

Art. 14. A pessoa responsável pela administração dos bens:

I - fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita preferencialmente com o produto dos bens objeto da administração;

II - prestará, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados.

Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível.

34. ADMINISTRAÇÃO DE BENS.

À semelhança do art. 12, os arts. 13 e 14 da Lei n. 13.260/16 também reproduzem dispositivos da Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98), desta feita os arts. 5º e 6º. Por tais motivos, pedimos vênia novamente ao leitor para remeter o estudo da matéria aos referidos dispositivos da Lei n. 9.613/98, com redação dada pela Lei n. 12.683/12.

111. De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao art. 4º da Lei n. 9.613/98, com redação determinada pela Lei n. 12.683/12.

Art. 15. O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos nesta Lei praticados no estrangeiro.

§1º Aplica-se o disposto neste artigo, independentemente de tratado ou convenção internacional, quando houver reciprocidade do governo do país da autoridade solicitante.

§2º Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

35. COOPERAÇÃO JURISDICIONAL INTERNACIONAL.

A jurisdição brasileira se estende por todo o território nacional. Porém, em princípio, não pode ir além dele, porque encontra obstáculo na soberania de outros Estados. A recíproca é verdadeira: as decisões proferidas em outros países produzem efeitos em seus respectivos territórios, mas, em regra, não devem extrapolar seus limites, em razão do respeito à soberania dos demais Estados, inclusive do Brasil.

Para que uma decisão brasileira produza efeitos no exterior, ou vice-versa, é preciso contar com a colaboração do Estado receptor para a realização dos atos necessários ao seu cumprimento. Esse fenômeno é denominado pelo Código de Processo Penal brasileiro de "relações jurisdicionais com autoridade estrangeira" (arts. 780 a 790), mas também costuma ser denominado como assistência judiciária internacional ou, como preferimos, *cooperação jurisdicional internacional.*

A cooperação internacional é ativa quando solicitada pela autoridade brasileira para que seja efetivada em outro país. Será passiva nos casos em que a autoridade estrangeira solicitar a prática de determinado ato no território nacional.

35.1. Regras fundamentais da cooperação internacional.

A cooperação jurisdicional internacional está sujeita à observância de diversas regras fundamentais:

a) **devido processo legal**: se o Estado requerente não respeitar o devido processo legal, com todas as

garantias dele decorrentes, sua decisão não poderá ser aqui reconhecida por atentar contra a ordem pública. Exemplificativamente, não se pode admitir a homologação de sentença estrangeira no Brasil se ao acusado não foi assegurada a oportunidade de se defender no processo que tramitou no exterior;

b) **igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados**: brasileiros ou estrangeiros não podem ser beneficiados ou prejudicados simplesmente em virtude da sua nacionalidade. Ademais, diante da imposição constitucional do art. 5º, LXXIV, também se impõe assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados no âmbito da cooperação internacional;

c) **publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente**: também em decorrência de determinação constitucional (CF, art. 93, IX), a publicidade ampla funciona como regra para fins de cooperação jurisdicional internacional, salvo quando a própria lei nacional (ou estrangeira) contemplar hipótese de publicidade restrita (v.g., segredo de justiça nos crimes contra a dignidade sexual – CP, art. 234-B);

d) **existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação**: seja nas hipóteses de cooperação internacional ativa, seja nas hipóteses de cooperação internacional passiva, deve existir uma autoridade central no Brasil, que será responsável por processar a transmissão e a recepção dos pedidos de cooperação junto às autoridades centrais estrangeiras;

e) **espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras**: aplicável precipuamente à cooperação ativa, esta quinta regra estabelece que a autoridade brasileira poderá encaminhar informações a autoridades situadas no exterior de ofício, ou seja, sem que haja prévia solicitação do Estado estrangeiro.

35.2. Autoridade central.

Autoridade central é o órgão administrativo responsável por processar as atribuições relativas à cooperação internacional ativa ou passiva. De acordo com o Código de Processo Civil (art. 26, §4º), a autoridade central no Brasil será o Ministério da Justiça, ressalvada previsão em sentido contrário constante de tratados internacionais ou acordos bilaterais.

De forma mais específica, essa atribuição fica a cargo de um órgão inserido na estrutura do Ministério da Justiça, qual seja, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, consoante disposto no Decreto n. 6.061/2007. Alguns atos internacionais estabelecem outras autoridades centrais. A título de exemplo, o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Brasil e Portugal e o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal Brasil-Canadá conferem a atribuição de autoridade central à Procuradoria Geral da República.

35.3. Tratados internacionais ou acordos bilaterais como normas especiais.

De acordo com o art. 780 do CPP, "sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal".

Como se percebe a partir de simples leitura do referido dispositivo legal, fica ressalvada da disciplina constante do Código de Processo Penal a eventual existência de convenções ou tratados firmados pelo Brasil. Neste ponto, o dispositivo vem ao encontro do quanto previsto nos arts. 1º, I, do CPP, e 5º, caput, do CP, os quais determinam a prevalência das normas incorporadas àqueles pactos nas hipóteses em que a aplicação da lei brasileira a crimes ocorridos no exterior ou a infrações praticadas no território nacional dependa da cooperação de autoridades estrangeiras. Isso porque os tratados e acordos bilaterais firmados pelo Brasil são considerados normas especiais em relação à lei penal ou processual penal. À evidência, esta sobreposição das normas inseridas nesses pactos internacionais deixa de existir quando, após sua subscrição, sobrevém nova lei federal disciplinando a mesma matéria neles regulamentada.

Enfim, se o tratado internacional não se referir a direitos humanos – hipótese em que pode ser dotado de status normativo supralegal, desde que aprovado, em dois turnos, por três quintos dos membros de ambas as casas do Congresso Nacional (CF, art. 5º, §3º) –, sua normatização equivalerá à legislação federal, aplicando-se, portanto, o princípio da cronologia em hipótese de conflito de leis no tempo. Exemplo de norma especial em relação à lei penal ou processual penal é a previsão feita pelo tratado entre o Brasil e a Itália em matéria penal (Decreto n. 862/93), que estabelece que, no cumprimento de carta rogatória, aplicar-se-á a lei

da Parte requerida, ou seja, do país que irá cumprir a rogatória (art. 8.1). Por outro lado, havendo lacuna na lei processual penal sobre o tema, diz o tratado que este passa a regular o tema, o que efetivamente ocorre no tocante ao não cumprimento de rogatória que tenha por fim, por exemplo, a produção de qualquer ato em processo que a parte requerida considere crime exclusivamente militar ou político.

35.4. Instrumentos de cooperação internacional.

No âmbito cível, o Código de Processo Civil prevê três instrumentos de cooperação jurídica internacional, a saber, o auxílio direto (arts. 28 a 34), a carta rogatória (art. 36) e a homologação de decisão estrangeira (arts. 960 a 965). Na esfera penal, o Código de Processo Penal cuida expressamente da carta rogatória (arts. 783 a 786) e da homologação das sentenças estrangeiras (arts. 787 a 790). Há, todavia, outro importante e tradicional instrumento de cooperação internacional, que é a extradição.

Apesar de o Código de Processo Penal fazer referência apenas à carta rogatória e à homologação das sentenças estrangeiras – o que se justifica pela própria data em que o CPP entrou em vigor (1º de janeiro de 1942) –, parece-nos perfeitamente possível a utilização do auxílio direto em sede processual penal, aplicando-se, subsidiariamente, o quanto disposto no Código de Processo Civil, sobretudo se levarmos em consideração que este instrumento de cooperação internacional teve origem no âmbito criminal. Deveras, o auxílio direto tem sua origem ligada à figura do auxílio judiciário mútuo, previsto no art. 3º, inciso I, da Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal da União Europeia.

Nos termos do art. 28 do CPC, o auxílio direto será cabível quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira sujeita a juízo de delibação da competência do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "i"). Logo, se o atendimento ao pedido de cooperação jurídica da autoridade estrangeira não exigir, de acordo com a lei brasileira, a intervenção jurisdicional local, caberá o auxílio direto. Nesse sentido, providências de caráter administrativo, mesmo quando solicitadas pela autoridade judicial estrangeira, como obtenção de informações sobre o ordenamento jurídico brasileiro ou acerca do andamento de processos judiciais ou administrativos no país (art. 30, I, do CPC), podem ser encaminhadas pela via do auxílio direto. Além de dispensar o juízo de delibação, o auxílio direto também não exige o trâmite pela via diplomática, o que, no caso do Brasil, pressupõe a intervenção do Ministério das Relações Exteriores e do órgão de representação diplomática do país no exterior. Nessa modalidade de cooperação jurídica internacional, a comunicação se opera diretamente entre a autoridade central brasileira com sua congênere estrangeira e, eventualmente, com outros órgãos no exterior responsáveis por enviar ou receber os pedidos de cooperação.

A propósito, como se pronunciou recentemente a 1ª Turma do STF, "(...) o pedido de cooperação jurídica internacional, na modalidade de auxílio direto, possui natureza distinta da carta rogatória. Nos moldes do disposto nos arts. 28, 33, caput, e 40, todos do Código de Processo Civil, caberá auxílio direto quando 'a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira', enquanto necessitará de carta rogatória quando for o caso de cumprir decisão jurisdicional estrangeira. Formulado pedido de assistência direta pelo Ministério Público português ao Parquet brasileiro, com base em tratado internacional de mútua cooperação em matéria penal, firmado entre Brasil e Portugal – Decreto 1.320/1994 –, o cumprimento em território pátrio depende de mero juízo de delibação, sendo desnecessária a atuação homologatória em exequatur pelo Superior Tribunal de Justiça. Encontrando-se o preso sob a custódia do Supremo Tribunal Federal, para fins de extradição, a esta Corte deve ser dirigida a comunicação de que o custodiado será ouvido em razão de pedido de cooperação formulado pela autoridade central portuguesa e encaminhado ao Ministério Público brasileiro. Agravo regimental provido".[112]

35.5. Colaboração internacional e reciprocidade.

Existindo tratado ou convenção internacional, a autoridade jurisdicional brasileira pode colaborar com autoridade estrangeira competente, no sentido de determinar medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos na Lei n. 13.260/16 praticados no estrangeiro. Para tanto, impõe-se carta rogatória, a ser cumprida pela Seção Judiciária da Justiça Federal onde estiver o bem, após a concessão de *exequatur* pelo Superior

112. STF, 1ª Turma, Pet 5.946/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 16/08/2016, DJe 237 07/11/2016.

Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "i", com redação determinada pela EC 45/2004).

O § 1º do art. 15 da Lei n. 13.260/16 consagra a regra da reciprocidade, no sentido de que, mesmo que não haja tratado ou convenção internacional, será possível a colaboração com autoridade estrangeira quando o governo do país prometer reciprocidade ao Brasil.[113]

Por fim, se acaso não houver tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores indisponibilizados por meio das medidas cautelares previstas no art. 12 da Lei 13.260/16 ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. Nesse caso, em se tratando de efeito da sentença condenatória, afigura-se indispensável a homologação da sentença condenatória estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, confirmando a origem ilícita dos bens anteriormente apreendidos.

Art. 16. Aplicam-se as disposições da Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei.

36. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS PARA A INVESTIGAÇÃO, PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI ANTITERRORISMO.

Referindo-se o dispositivo sob comento à aplicação da Lei n. 12.850/13 para a *investigação* dos crimes previstos na Lei n. 13.260/16, fica expressamente admitida, então, a utilização dos diversos meios de obtenção de prova listados no art. 3º da nova Lei das Organizações Criminosas: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; infiltração, por policiais, em atividade de investigação; cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Por sua vez, quando o art. 16 da Lei n. 13.260/16 faz referência à aplicação das disposições da Lei n. 12.850/13 para o *processo* – o correto seria *procedimento* – dos crimes previstos na Lei Antiterrorismo, parece-nos que o legislador refere-se não apenas à adoção do procedimento comum ordinário e encerramento da instrução processual de acusado preso em no máximo 240 (duzentos e quarenta) dias, consoante disposto no art. 22, *caput*, e parágrafo único, da Lei n. 12.850/13, mas também à possibilidade de decretação de sigilo pela autoridade judicial (art. 23 da Lei n. 12.850/13).

Resta saber, então, qual era o objetivo do art. 16 da Lei n. 13.260/16 ao fazer referência à aplicação da Lei n. 12.850/13 para o *julgamento* dos crimes previstos na Lei Antiterrorismo. E isso por uma razão muito simples: a Lei n. 12.850/13 não contempla nenhuma regra específica quanto ao *julgamento* dos crimes praticados por organizações criminosas. Prova disso, aliás, é o teor do próprio art. 1º da Lei n. 12.850/13 ("Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a *investigação criminal, os meios de obtenção da prova*, infrações penais correlatas e o *procedimento criminal* a ser aplicado").

Na verdade, o diploma normativo que cuida do *julgamento* dos crimes praticados por organizações criminosas não é a Lei n. 12.850/13, mas sim a Lei n. 12.694/12, que introduziu a possibilidade de formação de um juízo colegiado em primeiro grau para o *julgamento* de crimes praticados por organizações criminosas. Por isso, parece ter havido uma omissão involuntária no art. 16 da Lei n. 13.260/16 ao fazer referência apenas à aplicação da Lei n. 12.850/13 para o *julgamento* dos crimes previstos na Lei Antiterrorismo. Olvidou-se o legislador, involuntariamente, do fato de que o

113. Como observa Mendroni, "o Brasil firmou acordo com alguns países, denominado *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT). Pelas suas disposições, o representante do Ministério Público pode, por exemplo, enviar uma solicitação de `quebra de sigilo bancário´ diretamente ao Promotor de Justiça dos EUA, instruindo o pedido com documentos pertinentes, e o Promotor estrangeiro poderá peticionar diretamente ao Juiz para que determine a quebra requerida. O sistema é mais eficiente do que através do sistema tradicional de envio de Cartas Rogatórias, as quais devem necessariamente vencer mais etapas, gerando maior gasto de tempo. A tendência é que os países firmem mais acordos de forma a viabilizar a celeridade do atendimento dos pedidos, sempre de mútuo interesse. O país que atende agilmente ao outro, pode ser o que lhe solicitará em outra oportunidade. Os acordos de cooperação jurídica vigentes que prevêem pedido de assistência jurídica são: Colômbia: Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal; Estados Unidos: Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal; França: Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal; Itália: Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal; Mercosul: Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (MERCOSUL) (Protocolo de San Luis); Peru: Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal; Portugal: Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal. Fonte: Ministério da Justiça". (Mendroni, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 28.)

julgamento de tais crimes é regulado pela Lei n. 12.694/12.

Impõe-se, portanto, o emprego da analogia para se concluir que a formação do juízo colegiado em primeiro grau também é possível em relação aos crimes de terrorismo praticados por organizações terroristas. Ora, onde impera a mesma razão, há de imperar o mesmo direito. Se a formação desse colegiado é possível quando se trata de crime praticado por organizações criminosas, não há por que não se aplicar o mesmo raciocínio em relação aos crimes de terrorismo praticados por organizações terroristas, até mesmo porque esta – organização terrorista – nada mais é do que espécie daquela – organização criminosa. Como não se trata de norma de Direito Penal, mas sim genuinamente processual penal, não há qualquer óbice ao emprego da analogia, nos termos do art. 3º do CPP.

Art. 17. Aplicam-se as disposições da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, aos crimes previstos nesta Lei.

37. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS AOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 13.260/16.

Reforçando o argumento no sentido de que nem todos os crimes previstos na Lei n. 13.260/16 podem ser rotulados como *terrorismo*, logo, equiparados a hediondos – se se assim o fosse, não haveria razão para o art. 17 da Lei n. 13.260/16, já que o art. 2º da Lei n. 8.072/90 já sujeita os crimes hediondos e equiparados a uma série de restrições –, o art. 17 da Lei Antiterrorismo prevê que aos crimes previstos nesta Lei – terrorismo propriamente dito (art. 2º), organização terrorista (art. 3º), preparação de terrorismo (art. 5º) e financiamento ao terrorismo (art. 6º), são aplicáveis as disposições da Lei dos Crimes Hediondos.[114]

Art. 18. O inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea p:

"**Art. 1º** .....

.....

III - .....

.....

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo." (NR)

38. CABIMENTO DE PRISÃO TEMPORÁRIA EM RELAÇÃO AOS CRIMES PREVISTOS NA LEI DE TERRORISMO.

Prevista na Lei n. 7.960/89, a prisão temporária pode ser conceituada como uma espécie de prisão cautelar, decretada pela autoridade judiciária competente exclusivamente durante as investigações preliminares, com prazo certo de duração, e cabível exclusivamente em relação a um rol taxativo de delitos.

Dentre os delitos que admitem a prisão temporária passarão a constar os *crimes previstos na Lei de Terrorismo* – terrorismo, organização terrorista, preparação de terrorismo e financiamento ao terrorismo. Isso por conta da novel alínea "p" acrescentada ao inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960/89 pelo art. 18 da Lei n. 13.260/16.[115]

Como se trata, o delito de terrorismo propriamente dito previsto do art. 2º da Lei n. 13.260/16, de crime equiparado a hediondo, é de se concluir que o prazo da prisão temporária será de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade, nos termos do art. 2º, §4º, da Lei n. 8.072/90. Em relação aos demais crimes previstos na Lei Antiterrorismo – organização terrorista (art. 3º), preparação de terrorismo (art. 5º) e financiamento ao terrorismo (art. 6º) –, que não podem ser considerados como espécie de *terrorismo*, logo, equiparados a hediondo, o prazo será de 5 (cinco) dias, também prorrogáveis por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei n. 7.960/89, art. 2º, *caput*).

Art. 19. O art. 1º da Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, passa a vigorar com a seguinte alteração:

"**Art. 1º** .....

.....

§2º .....

.....

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos." (NR)

114. Com o objetivo de evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários à Lei n. 8.072/90.

115. Para mais detalhes acerca da prisão temporária, remetemos o leitor aos comentários à Lei n. 7.960/89.

39. (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS ÀS ORGANIZAÇÕES TERRORISTAS.

Por ocasião da entrada em vigor da nova Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), ainda não havia um conceito legal de organizações terroristas no ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso, em sua redação original, o art. 1º, §2º, II, da Lei n. 12.850/13, dispunha que o referido diploma normativo seria aplicável às *organizações terroristas internacionais*, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.260/16, já não faz mais sentido remeter o conceito de organizações terroristas às normas de direito internacional, porquanto tal conceito passou a constar como crime autônomo do art. 3º da Lei Antiterrorismo. Partindo-se dessa premissa, o art. 19 da Lei n. 13.260/16 alterou a redação do inciso II do §2º do art. 1º da Lei n. 12.850/13 para fins de afirmar que a nova Lei das Organizações Criminosas também se aplica às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

Art. 20. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de março de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

DILMA ROUSSEFF
Wellington César Lima e Silva
Nelson Barbosa
Nilma Lino Gomes

Este texto não substitui o publicado no DOU de 17.3.2016 - Edição extra e retificada em 18.3.2016

40. VIGÊNCIA DA LEI N. 13.260.

A Lei n. 13.260 entrou em vigor na data de sua publicação, que se deu no dia 17 de março de 2016, sendo, posteriormente, retificada em data de 18 de março de 2016.

TORTURA

LEI 9.455/1997

Define os crimes de tortura e dá outras providências.

1. NOÇÕES HISTÓRICAS.

A tortura acompanha a história da humanidade há séculos. Seja como forma de punição utilizada por ditadores para que pudessem se impor perante a sociedade, seja como instrumento eventualmente utilizado pelos próprios órgãos persecutórios para a obtenção de confissões de suspeitos do cometimento de ilícitos, o emprego da tortura sempre foi – e continua sendo, infelizmente – uma prática recorrente. Representa uma das mais aviltantes violações dos direitos humanos, porquanto tem como objetivo precípuo aniquilar as vítimas, no sentido de destruí-las no mais profundo e íntimo de seus aspectos de identidade e dignidade.

Os primeiros registros sobre a aplicação de métodos de tortura já eram mencionados no Código de Hamurabi, e, assim, sucessivamente, entre os egípcios, gregos, romanos, e, a seguir, pelos povos do Ocidente e do Oriente. No Egito, por exemplo, o crime era visto como uma ofensa aos deuses, sendo a sanção imposta como uma pena de talião simbólica: o espião tinha sua língua cortada; o estuprador tinha seus órgãos genitais mutilados; a mulher adúltera tinha seu nariz mutilado. Entre os germanos, por sua vez, havia os "ordálios", ou "Juízos de Deus". Havia a crença de que um poder sobrenatural poderia se manifestar sobre a culpa ou inocência do acusado, mediante duelos judiciários e na obtenção de "provas", tais como: a) cortava-se o corpo do cadáver na frente do suspeito para se checar se o sangue jorraria; b) jogava-se o suspeito na água fria, impossibilitado de nadar, para se verificar se afundava; c) o acusado era obrigado a pegar um objeto imerso em uma caldeira com óleo fervente; d) o acusado era exposto a animais ferozes; e) o acusado era deixado em estado mórbido, com drogas ou em jejum por dias, para ver se tinha alucinações, etc.[1] De seu turno, o processo penal no Direito Romano era fundamentado na autoacusação e na confissão. Por conta disso, a tortura era admitida como forma de obter confissões quando o acusado se negava a admitir, espontaneamente, a ilicitude dos atos por ele praticados. Enfim, em sistemas inquisitoriais inspirados pela falácia da verdade real, a busca contínua da confissão, então considerada a "rainha das provas", e capaz de "purificar a alma" do autor do delito, sempre justificou a institucionalização da tortura como verdadeiro meio de obtenção de prova, tranquilizando-se, assim, a consciência do julgador para que pudesse proferir um decreto condenatório.

2. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

Em data de 10 de dezembro de 1984, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A referida Convenção foi aprovada pelo Congresso nacional por meio do Decreto Legislativo n. 4, de 23 de maio de 1989, e ratificada no dia 28 de setembro de 1989. No dia 15 de fevereiro de 1991, finalmente foi aprovado o Decreto n. 40, dando efetividade à implementação da Convenção.

Em seu art. 1º, a Convenção define a tortura nos seguintes termos: "Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por

1. Nesse sentido: VANRELL, Jorge Paulete. *Torturas: sua identificação e valoração médico-legal*. J. H. Mizuno: São Paulo, 2016. p. 37. E ainda: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 412.

ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo".

Para além dessa Convenção da ONU de 1984, também merecem especial referência o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque*, de 1966, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 266, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Presidente por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, cujo art. 7º dispõe que "ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis ou degradantes". Na mesma linha, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada e aberta à assinatura em 22 de novembro de 1969, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 678, de 6 de novembro de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, também passou a dispor que "ninguém será submetido a torturas nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade inerente ao ser humano" (art. 5º, II). A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada e aberta à assinatura na OEA em 9 de dezembro de 1985, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 5, de 31 de maio de 1989, e promulgada pelo Decreto n. 98.386, de 9 de dezembro de 1989, também obriga os Estados-Partes a prevenir e punir a tortura, que é conceituada em seu art. 2º. Por fim, o Estatuto de Roma conceitua a tortura como "o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; esse termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas" (art. 7º, item 2, "e").

Em data de 19 de abril de 2007 foi aprovado o Decreto n. 6.085, promulgando o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. Ante o reconhecimento da necessidade de criação de instrumentos que viabilizem a execução da Convenção, o referido Protocolo tem como objetivo precípuo estabelecer um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares em que pessoas são privadas de sua liberdade, com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

3. PREVISÃO NORMATIVA.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 após um longo período de ditadura militar, durante o qual inúmeras pessoas foram torturadas, era de se esperar uma nítida preocupação do constituinte em coibir tal prática. Essa expectativa restou consolidada em alguns dispositivos constitucionais, quais sejam: a) o art. 5º, inciso III, dispõe que ninguém será submetido à *tortura* nem a tratamento desumano ou degradante; b) o mandado de criminalização do inciso XLIII do art. 5º determina que a lei deverá considerar inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da *tortura*, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Sem embargo de toda essa a dispensada pela Constituição Federal à vedação à tortura, e conquanto o Código Penal de 1940 preveja o homicídio qualificado cometido com o emprego de "tortura" (CP, art. 121, §2º, III) e uma circunstância agravante para o fato de o agente praticar o crime com o emprego de "tortura" (CP, art. 61, II, alínea "d"), o legislador infraconstitucional não demonstrou muito interesse e pressa em editar uma lei específica quanto à matéria.

Na verdade, o primeiro dispositivo legal a tipificar o crime de tortura no ordenamento pátrio constou de diploma normativo referente à tutela da criança e do adolescente, com aplicação restrita à vítima criança ou adolescente. Ou seja, fosse a vítima do delito um adulto, não restaria tipificado o delito de tortura. Com efeito, eis a redação do revogado art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): "Submeter *criança ou adolescente* sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura".

Como o tipo penal em questão consagrava um tipo penal por demais aberto, sem definir

expressamente o que seria tortura, nem tampouco indicar os diversos meios de execução do delito, houve questionamentos acerca de uma possível violação ao princípio da legalidade, em sua garantia da taxatividade. A controvérsia foi levada à Suprema Corte, que considerou válido o tipo penal do art. 233 da Lei nº 8.069/90. Aos olhos do Supremo, os instrumentos internacionais de direitos humanos – em particular, a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura, adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA (1969) – permitiriam a integração do tipo penal em questão, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo 'tortura'.[2]

A elaboração de um diploma normativo específico quanto à tortura ocorreu tão somente no início do ano de 1997. E não pelo fato de os parlamentares se conscientizarem da importância de se coibir todo e qualquer ato de tortura. Mas sim pela enorme pressão exercida pela mídia e, consequentemente, pela sociedade, a partir da exibição de diversas arbitrariedades cometidas por policiais militares na Favela Naval, em Diadema/SP.

Como observa Alberto Silva Franco, "o que, em verdade, não era um fato isolado, mas, sim, uma postura que se repetia com frequência na ação de policiais, militares ou civis, e que, em medida bem alargada, era tolerada, nos diversos escalões hierárquicos das corporações a que tais policiais pertenciam, passou, subitamente, pelos meios de comunicação de massa, por razões que não ficaram ainda devidamente esclarecidas, a constituir um fato merecedor de reprovação geral. Esses meios de comunicação social que tinham ignorado, por completo, as reiteradas denúncias do emprego de métodos violentos por parte da Polícia Militar e da Polícia Civil, nas atividades de prevenção e de repressão aos delitos, e que tinham desprezado insistentes relatórios internacionais sobre a utilização de tais métodos, puseram-se em movimento e, através das emissoras de televisão e de rádio e, também da imprensa escrita, despertaram a opinião pública que se mobilizou, de modo incisivo, no sentido de pôr paradeiro aos atos de tortura, que foram executados, há muito tempo, sem nenhum tipo de reação. Essa tardia e densa manifestação da sociedade permitiu – embora não se saiba durante quanto tempo os meios de comunicação de massa serão direcionados para tal objetivo – um processo de revaloração dos direitos fundamentais da pessoa humana e serviu de poderosa alavanca para a movimentação do Congresso Nacional. Com isso, apressou-se, sem maiores discussões, um dos projetos de lei sobre tortura que dormia, a sono alto, no Senado da República (há notícia de vários projetos de iniciativa de congressistas e de um projeto de iniciativa do Poder Executivo, datado do ano de 1994) e, com rapidíssimas votações, foi transformado na Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, publicada no Diário Oficial da União de 8 de abril de 1997. O Brasil foi, sem dúvida, um dos últimos países do mundo ocidental a incluir, em sua tipologia oficial, o delito de tortura. É inquestionável que a lei configuradora desse crime poderia ter sido melhor formulada – sob essa ótica, as deficiências do texto legal são notórias, gritantes mesmo –, mas será sempre preferível, em matéria de tortura, uma figura típica que possa ser melhorada, do que a carência tipológica. A simples existência do tipo de tortura já constitui, em si mesma, um progresso enorme na área de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana e representa um fator psicológico capaz de reduzir, ou mesmo, de inerciar a atividade delitiva dos torturadores que agiam até bem pouco tempo sob o manto protetor e seguro da impunidade".[3]

Mais recentemente, o Congresso Nacional aprovou pelo Decreto Legislativo n. 483, de 21 de dezembro de 2006, e promulgado pelo Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007, o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, cujo documento de ratificação foi depositado nas Nações Unidas em janeiro de 2007 e entrou em vigor um mês depois.

Por fim, no dia 5 de agosto de 2013, entrou em vigor a Lei n. 12.847, responsável pela instituição do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, regido pelos princípios da proteção da dignidade da pessoa humana, da universalidade, da objetividade, da igualdade, da imparcialidade, da não seletividade e da não discriminação (art. 4º). Composto pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT (arts. 8º a 11) –, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP –, pelo órgão do Ministério da Justiça e por outros órgãos e entidades – como

2. STF, Pleno, HC 70.389/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/06/1994, DJ 10/08/2001. No mesmo contexto: Piovesan, Flávia. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro, in* Piovesan, Flávia, E Gomes, Luiz flávio (org.), *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.* São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 176.

3. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos.* 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 194-195.

o Ministério Público e a Defensoria Pública –, este sistema de proteção tem o objetivo de fortalecer a prevenção e combate à tortura por meio de articulação e atuação cooperativa de seus integrantes permitindo a troca de informações e o intercâmbio de boas práticas.

4. COMPETÊNCIA DE JUSTIÇA.

Pelo menos em regra, a competência para o processo e julgamento dos crimes de tortura previstos na Lei n. 9.455/97 recai sobre a Justiça Comum Estadual. O simples fato de se tratar de crime previsto em Tratado ou Convenção Internacional não tem o condão de atrair a competência da Justiça Federal. Deveras, consoante disposto no art. 109, inciso V, da Constituição Federal, aos juízes federais compete processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, *quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.* Por consequência, ausente essa internacionalidade territorial do resultado relativamente à conduta delituosa, não há fundamento para a fixação da competência da Justiça Federal. Se a competência para o processo e julgamento dos crimes de tortura recai, em regra, sobre a Justiça Comum Estadual, não se pode negar que os crimes previstos na Lei n. 9.455/97 também podem ser julgados pela Justiça Comum Federal e pela Justiça Militar da União ou dos Estados. Neste ponto, a análise da competência para o julgamento dos crimes de abuso de autoridade é absolutamente semelhante àquela que foi feita por ocasião do estudo da nova Lei de Abuso de Autoridade, para onde remetemos o leitor.

5. ATRIBUIÇÕES INVESTIGATÓRIAS.

Quando o crime de tortura for de competência da Justiça Federal, a atribuição para a realização das investigações será da Polícia Federal. Afinal, de acordo com o art. 144, § 1º, I, primeira parte, da Constituição Federal, à Polícia Federal incumbe a apuração de infrações penais contra a ordem política e social ou *em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas.* Ademais, de acordo com o art. 144, § 1º, IV, da Carta Magna, cabe à Polícia Federal exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Lado outro, quando o crime de tortura for da competência da Justiça Estadual, as investigações deverão ser presididas, em regra, pela Polícia Civil. No entanto, por força da própria Constituição Federal, também é possível a atuação da Polícia Federal. Deveras, de acordo com o art. 144, § 1º, I, in fine, da Constituição Federal, à Polícia Federal também incumbe a apuração de infrações penais cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei. A lei a que se refere o dispositivo é a Lei nº 10.446/02, cujo art. 1º preceitua que, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Civis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, de infrações penais relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte (inciso III).

Por fim, pelo menos enquanto não for declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 13.491/17, eventual *crime militar* de tortura deverá ser objeto de investigação em um inquérito policial militar, recaindo as atribuições investigatórias, portanto, sobre a polícia judiciária militar.

6. BEM JURÍDICO TUTELADO.

Ao tipificar o crime de tortura, o legislador visa à proteção não apenas da integridade física e psíquica da vítima, mas também da própria **dignidade da pessoa humana**,[4] atendendo, assim, ao quanto disposto na nossa Constituição Federal, que proíbe a tortura, o tratamento desumano ou degradante, e as penas cruéis (art. 5º, III e XLVII, *e*).

Realmente, não há crime mais repugnante e hediondo do que a tortura. A vítima é colocada em uma situação de total submissão por seu algoz, que a sujeita, lentamente, a perversões inimagináveis, humilhando-a na sua própria condição humana. Enfim, destrói-se a própria personalidade da vítima, que perde a sua condição de ser humano para se transformar em uma verdadeira coisa.

6.1. Tortura e o cenário da bomba-relógio (Tortura para salvamento ou *Ticking Time Bomb Scenario Theory*).

A chamada *Ticking Bomb Scenario Theory* (Teoria do Cenário da Bomba-Relógio) é uma

4. No sentido de que os bens jurídicos tutelados pela Lei de Tortura são a dignidade humana e a integridade física ou psíquica da vítima: BIRRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. Op. cit. p. 44.

formulação que visa, por meio da tortura de suspeitos, conhecer ou integrar planos de ataques terroristas, a obtenção pelo Estado de informações específicas e essenciais em prol da resolução de uma situação extrema que põe em perigo a vida de um grande número de pessoas. Trata-se, portanto, de uma técnica em caráter de emergência que objetiva prevenir e/ou combater atos terroristas iminentes, desativando o "cenário da bomba-relógio". Para a aplicação dessa formulação é necessária a observância de 10 pressupostos: 1) sabe-se que há um plano de ataque específico; 2) o ataque acontecerá em um prazo muito curto (é iminente); 3) o ataque matará um grande número de pessoas; 4) a pessoa sob custódia está envolvida no ataque; 5) a pessoa tem informações que impedirão o ataque; 6) torturando a pessoa se obterá a tempo informações para evitar o ataque; 7) não há outro meio de conseguir as informações a tempo; 8) nenhuma outra ação poderia ser tomada para impedir o ataque; 9) a motivação do torturador é apenas conseguir informações, com a genuína intenção de salvar vidas, e nada mais; 10) esta é uma situação isolada, que não se repetirá com frequência.[5]

Como se percebe, trata-se de uma situação de tortura forçada pelo dilema moral com o qual se depara a autoridade pública que, para evitar um mal muito maior, como, por exemplo, a morte de inúmeras pessoas, recorre à prática da tortura com a estrita finalidade de salvar diversas vidas humanas, em um contexto no qual a tortura se apresenta como a única e derradeira possibilidade de se obter informações acerca da localização ou a desativação de uma bomba-relógio.

Sob o argumento de que não existem direitos absolutos,[6] discussões acerca da possibilidade de aplicação da referida teoria para fins de justificar o uso oficial da tortura como mais um instrumento de defesa contra o terrorismo têm sido cada vez mais comuns, principalmente em países que já sofreram as consequências de atentados terroristas, notadamente nos Estados Unidos e na Europa. A título de exemplo, imediatamente após os atentados de 11 de setembro às Torres Gêmeas, em Nova Iorque, e ao Pentágono, em Washington D.C, o Congresso dos Estados Unidos aprovou o chamado *USA Patriotic Acts*, um conjunto de normas cujo objetivo é combater o terrorismo em todas as suas formas. Como resultado dessa política de *guerra ao terror*, a CIA (*Central Intelligence Agency*) passou a adotar técnicas de interrogatório persuasivos, que incluíam a privação do sono, tapas no rosto, simulação de afogamento, isolamento em celas escuras, etc.

Sem embargo dos argumentos suscitados pela teoria do cenário da bomba-relógio, é dominante o entendimento no sentido de que a proibição da tortura funciona como um direito absoluto, não comportando relativizações de qualquer natureza. É nesse sentido, aliás, o disposto no art. 2.2 da Convenção Contra a Tortura (Dec. 40/81): "Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para tortura".

É exatamente nesse sentido a lição de Norberto Bobbio: "(...) há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais".[7]

Enfim, sob pena de verdadeira decadência da dignidade da pessoa humana, bem jurídico tutelado pelos crimes constantes da Lei n. 9.455/97, não se pode admitir que a vedação à tortura seja objeto de relativização. Nessa esteira, como observa Luís Greco, a admissão da tortura em certos casos de forma sustentável significaria a proposição implícita de que "a dignidade é algo que se pode perder em razão de um comportamento prévio", o que se pode denominar de "regra da decadência" da dignidade humana. Ou seja, um ser humano poderia vir a "decair" de seu "*status dignitatis*" devido ao seu comportamento pretérito. A dignidade da

5. Nesse sentido: ALMEIDA, Débora de Souza; ARAÚJO, Fábio Roque; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Lei antiterrorismo: Lei 13.260/16 comentada artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2017.

6. Como já se pronunciou o STF, "(...) não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (...)". (STF, Pleno, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, DJ 12/05/2000).

7. *A era dos Direitos*. 9ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 20.

pessoa humana se transformaria, assim, em algo "disponível", inexistindo uma "dignidade *per se*", sustentada no "mero fato de ser um ser humano". Essa *dignidade humana precária* seria, então, nas palavras do referido autor, "uma qualidade externa que se agrega aos seres humanos que a merecem, e que, por isso, também podem ser deles retirada ou sujeita a uma condição resolutiva cuja verificação transformaria o afetado num indivíduo de segunda categoria".[8]

Há precedentes de Tribunais de 2ª instância nesse sentido. A propósito, confira-se: "(...) Constata-se a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais que não permite ser atingido por qualquer tipo de interpretação, e o princípio orientador desse núcleo será justamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, somente será possível limitar um direito fundamental até o ponto de o princípio da dignidade da pessoa humana não for agredido, porquanto existem direitos fundamentais considerados absolutos. A vedação à tortura deve ser considerada um direito fundamental absoluto, pois a mínima prática de sevícias já é capaz de atingir frontalmente a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é o proclamado no art. 2º da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura, que dispõe que todo ato de tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante constitui uma ofensa à dignidade humana e será condenado como violação dos propósitos da Carta das Nações Unidas e dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos. (...)".[9]

7. IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE TORTURA.

A Constituição Federal prevê tão somente duas hipóteses de imprescritibilidade: a) a prática do racismo constitui crime inafiançável e *imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLII); b) constitui crime inafiançável e *imprescritível* a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). Não há, pois, qualquer referência à imprescritibilidade dos crimes de tortura, nem tampouco dos demais crimes hediondos ou equiparados.

Ocorre que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil é Estado-Parte, considerou a tortura um crime contra a humanidade e *imprescritível*. A tortura é elencada como crime dessa natureza "quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque" (art. 7º, 1, "f", do Decreto n. 4.388/02). O mesmo Estatuto dispõe, agora em seu art. 29, que "os crimes da competência do Tribunal não prescrevem".

Surge daí, portanto, a discussão quanto à (im) prescritibilidade do crime de tortura. Vejamos as duas correntes acerca do assunto:

a) **prescritibilidade do crime de tortura:** considerando que a Constituição Federal elencou como crimes imprescritíveis apenas o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (incisos XLII e XLIV do art. 5º), revela-se indevida a criação de novas hipóteses de imprescritibilidade, ainda que por meio de Convenções Internacionais. Afinal, os tratados internacionais de direitos humanos são ratificados com status de norma infraconstitucional, ainda que supralegal. Ora, ao tratar dos crimes hediondos e equiparados, sujeitos pela Constituição Federal a uma série de ditames gravosos, como, por exemplo, inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça e anistia, o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, inserido exatamente entre os dois incisos que versam sobre crimes imprescritíveis (XLII e XLIV), silenciou acerca da imprescritibilidade. Não se trata, portanto, de um mero lapso do constituinte originário. Cuida-se, sim, de um silêncio eloquente, a demonstrar a intenção deliberada de restringir a imprescritibilidade apenas àquelas duas hipóteses.[10] Em reforço a esse entendimento, é oportuno lembrar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Lei da Anistia (Lei n. 6.683/79) é aplicável àqueles que praticaram a tortura na época da Ditadura Militar de 1964;[11]

b) **imprescritibilidade do crime de tortura (nossa posição):** levando-se em consideração o quanto disposto no art. 7º, 1, alínea "f", e no art. 29, ambos do Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388/02), se a tortura for praticada nas referidas condições, leia-se, "no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil,

8. GRECO, Luís. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 78, maio/jun., 2009, p. 10-11.

9. TJ-RS – AC: 70060551827 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de julgamento: 27/08/2014, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/09/2014.

10. Reconhecendo a prescrição em relação ao crime de tortura: STF, 2ª Turma, Ext. 1.278/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/09/2012, DJe 195 03/10/2012. No sentido de que o crime de tortura está sujeito à prescrição, nos termos do art. 109 do Código Penal: CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. *Tratados de Legislação Criminal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 634-635.

11. STF, Pleno, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010.

havendo conhecimento desse ataque", há de se reconhecer sua imprescritibilidade,[12] mormente se considerarmos que, em virtude do princípio pro homine, deve prevalecer a norma mais favorável sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos. Tal raciocínio, todavia, só será válido para os crimes de tortura cometidos entre nós a partir do dia 25 de setembro de 2002. Explica-se: o Estatuto de Roma só foi promulgado no Brasil na referida data, por meio do Decreto n. 4.388. e o próprio art. 24 do Estatuto de Roma, sob a rubrica "não retroatividade *ratione personae*", dispõe explicitamente que "nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto". Enfim, ante a gravidade do crime de tortura cometido nessas condições, não se pode admitir que tais fatos sejam esquecidos pela sociedade. Devem permanecer na memória da nação para que nunca mais voltem a ocorrer. Enfim, não se pode admitir seu esquecimento por meio da prescrição.

Conquanto seja dominante a orientação no sentido de que o *crime de tortura* está sujeito à prescrição, é de todo conveniente destacar que os Tribunais Superiores têm entendido que a reparação civil do dano decorrente da prática da tortura é imprescritível. Há, de fato, diversos precedentes do STF e do STJ reconhecendo que a ação de indenização por danos morais decorrentes dos atos de tortura ocorridos durante o regime militar é imprescritível, pelos seguintes fundamentos: a) a Constituição não previu restrição ao direito de ação correspondente a esta violação da dignidade da pessoa humana; b) o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, o qual exige a proteção judicial para os casos de violação de direitos humanos; c) como as vítimas de tortura estavam impedidas de agir, pois se encontravam sob regime de exceção, devem ser aplicadas regras excepcionais para que possam buscar a reparação de seus danos.

A propósito, confira-se: "(...) INDENIZAÇÃO CONTRA O ESTADO. DANO MORAL. REGIME MILITAR. TORTURA. DEBATE SOBRE A PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1. A prescrição, quando sub judice a controvérsia, não dá ensejo ao cabimento de recurso extraordinário por situar-se no âmbito infraconstitucional. Precedente: AI 781.787-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 3/12/2010. 2. A violação ao princípio da reserva de plenário exige que a norma seja declarada inconstitucional ou tenha sua aplicação negada pelo Tribunal de origem, o que não ocorre no caso sub examine, onde a controvérsia foi solucionada com apoio na interpretação conferida pelo Tribunal a quo à norma infraconstitucional que disciplina a matéria. Precedente: AI 783.609-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 24/6/2011. 3. In casu, o acórdão extraordinariamente recorrido assentou, in verbis: "ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. 1. As ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ. 2. O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas – incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto-Legislativo 226/1991, promulgado pelo Decreto 592/1992 –, que traz a garantia de que ninguém será submetido a tortura, nem a pena ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e prevê a proteção judicial para os casos de violação de direitos humanos. 3. A Constituição da República não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. 4. Agravo Regimental não provido." 4. Agravo regimental DESPROVIDO".[13]

8. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO.

Ao lado do tráfico de drogas e do terrorismo, os crimes de tortura também são equiparados a hediondo, nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e do art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.072/90.[14]

9. FORMAS DE TORTURA.

Ao longo da história da humanidade, a criatividade e a crueldade do homem caminharam juntas para conceber diversas formas de tortura. De maneira ilustrativa, Rogério Greco[15] aponta alguns exemplos de tortura:

12. Com esse entendimento: GRECO, Rogério. *Leis penais especiais comentadas – Crimes Hediondos e Tortura*. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2016. p. 240-241. E ainda: DELMANTO, Roberto. Op. cit. p. 417.

13. STF, 1ª Turma, RE 715.268 AgR/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/05/2014, DJe 98 22/05/2014.

14. Há quem entenda que o crime do §2º do art. 1º (tortura por omissão) não é considerado hediondo. Nesse sentido: GONÇALVES, Matheus Kuhn. Op. cit. p. 7.

15. GRECO, Rogério. *Leis penais especiais comentadas – Crimes Hediondos e Tortura*. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2016. p. 163-166.

a) **esmagadores de cabeça:** durante a Inquisição Espanhola, o queixo da vítima ficava apoiado a um capacete ligado a uma barra. Um parafuso apertava o capacete e, assim, comprimia a cabeça do torturado, quebrando-lhe as mandíbulas e as arcadas dentárias, podendo, ao seu final, resultar no esfacelamento do cérebro;

b) calda da verdade: a cabeça da vítima era mergulhada em um balde com fezes e urina;

c) afogamento simulado: um pano é colocado sobre o rosto da vítima. Despeja-se água continuamente, impedindo, assim, a respiração;

d) privação do sono: a vítima é impedida de dormir através da utilização de ruídos ensurdecedores e outros tipos de perturbações que impossibilitam o descanso;

e) choques elétricos: forma de tortura muito praticada durante a ditadura militar no Brasil, onde se utilizava uma manivela para aplicar choques elétricos, notadamente nas regiões genitais da vítima;

f) pau-de-arara: a vítima fica suspensa, com as pernas e os braços presos em uma barra de ferro. Impossibilitada de oferecer qualquer resistência, os torturadores lhe aplicam sucessivos golpes, geralmente utilizando-se de barras de ferro ou pedaços de pau;

g) pera da angústia: tinha como alvo precípuo as mulheres, os mentirosos e homossexuais. Um aparelho em formato de pera era inserido na vagina ou no ânus das vítimas ou, ainda, na boca dos blasfemadores. Na sequência, o torturador entornava um parafuso e as folhas do aparelho se abriam, como se fosse uma flor desabrochando dentro das vítimas;

h) **tortura do saco:** consiste em asfixiar as vítimas com um saco plástico.

> **Art. 1º.** Constitui crime de tortura:
>
> **I** - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
>
> (...)

10. CRIME DE TORTURA.

10.1. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo (verbo da descrição da conduta na lei penal) é *constranger*, que significa retirar de alguém sua liberdade de autodeterminação. *Constranger* significa, então, *submeter, subjugar, obrigar, compelir, forçar alguém a fazer* ou *deixar de fazer alguma coisa*. Esse constrangimento contra alguém (qualquer pessoa) deve ser praticado com violência ou grave ameaça. Vejamos o conceito desses meios de execução:

a) **violência:** a violência à pessoa, também denominada de *vis corporalis* ou *vis absoluta*, significa a violência física empregada pela força contra o corpo de alguém. É desnecessário que da violência resulte lesão corporal, merecendo consignar que, se esta sobrevier, desde que grave ou gravíssima, incidirá a qualificadora prevista no §3º do art. 1º da Lei n. 9.455/97. A lesão leve é absorvida pelo crime previsto no *caput;*

b) **grave ameaça:** também chamada de *vis compulsiva* ou *vis relativa*, é a violência moral capaz de causar temor na vítima, de forma a viciar sua vontade e incapacitar sua resistência. A vítima, neste caso, experimenta um fundado receio de grave e iminente mal, seja físico ou moral, que possa atingir a si próprio ou pessoas que lhe são afetas.

Pelo menos em tese, é possível que alguém seja objeto de constrangimento com o emprego de violência (ou grave ameaça) para causar sofrimento mental a outra pessoa. Basta pensar na hipótese de um filho ser submetido a sucessivas simulações de afogamento, visando impor sofrimento moral ao pai, para dele se obter eventual informação, declaração ou confissão. Nesse caso, o agente pratica dois crimes de tortura – um contra o pai (tortura psicológica) e outro contra o filho (tortura física) – por meio de uma única conduta, devendo responder por ambos os delitos em concurso formal impróprio, haja vista a existência de desígnios autônomos (CP, art. 70, *in fine).*

10.1.1. Sofrimento físico ou mental.

Este constrangimento com o emprego de violência ou grave ameaça deve ter o condão de provocar *sofrimento físico ou mental.* **Sofrimento físico** é aquele ligado ao conceito de dor, tormento, ao passo que o **sofrimento mental** está relacionado à angústia, ao temor, à violação moral ou psicológica. Como exemplos de *sofrimento físico,* a doutrina[16] cita os choques elétricos, o "pau de arara", o sufocamento com panos encharcados colocados sobre as vias respiratórias, a simulação de afogamento, a submissão a temperaturas extremas, a privação de alimento e água, etc. Como exemplos de sofrimento mental, podemos citar o impedimento do sono, o interrogatório ininterrupto por horas

16. DELMANTO, Roberto. Op. cit. p. 419.

a fio, a ameaça de tortura física fazendo a vítima ouvir gritos de outros, a "roleta russa", dizendo ter uma bala no tambor do revólver e apertando o gatilho a esmo com a arma apontada para a cabeça da vítima, a simulação de estar matando ou torturando outra pessoa, etc.

De se notar que o legislador pátrio faz uso, mais uma vez, de um elemento normativo extremamente poroso, que, por isso, "flutua no ar, sem nenhum ponto de engate na realidade".[17] Com efeito, a locução *sofrimento físico ou mental* figura como uma cláusula típica de caráter tão genérico que acaba por colocar em risco a regra da taxatividade decorrente do princípio da legalidade. Aliás, não por outro motivo que o legislador português procurou delimitar o significado de tortura nos seguintes termos: "Considera-se tortura, tratamento cruel, degradante ou desumano, o acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima" (art. 243, n. 3). Mais adiante, a letra "b" do n. 1º do art. 244, faz referência ao emprego "de meios ou métodos de tortura particularmente graves, designadamente espancamentos, electrochoques, simulacros de execução ou substâncias alucinatórias".[18]

Na eventualidade de alguém ser submetido a constrangimento por meio de violência ou grave ameaça, porém incapaz de lhe causar sofrimento físico ou mental, não se estará diante de um crime de tortura, subsistindo, todavia, como verdadeiro soldado de reserva, o delito de constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do CP ("Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda").

10.2. Tipo subjetivo.

A modalidade típica de tortura ora sob comento está informada de um dado de subjetividade comum: o dolo (direto ou eventual). O agente empreende a ação típica com a consciência e vontade endereçadas à realização da tortura. Não se admite a modalidade culposa.

Todavia, para fins de tipificação de um dos crimes de tortura previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 9.455/97, não basta o constrangimento de alguém com o emprego de violência ou grave ameaça, com a produção de sofrimento físico ou mental. Para além disso, o delito deve ser praticado com um dos *especiais fins de agir* das alíneas "a" ("com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa") e "b" ("para provocar ação ou omissão de natureza criminosa"), ou com o *especial motivo de agir* da alínea "c" ("em razão de discriminação racial ou religiosa"). Verificada a ausência desses dados anímicos, o crime de tortura do art. 1º, inciso I, não se completa, do ponto de vista típico, embora possa dar origem a fato criminoso de qualificação jurídica diversa, como, por exemplo, lesão corporal, constrangimento ilegal, sequestro, etc. É o que ocorre, por exemplo, num trote em faculdade.

10.3. Sujeitos do crime.

A Declaração contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, ao conceituar a "tortura", para além de fazer menção à prática de "qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa", com finalidades determinadas, também dispõe explicitamente que "tais dores e sofrimentos são infligidos por um *funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência*".

Na mesma linha, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985 estabelece em seu art. 3º que "serão responsáveis pelo delito de tortura: a) os *empregados ou funcionários públicos* que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometem-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam; b) as pessoas que, por instigação dos *funcionários ou empregados públicos* a que se refere a alínea *a*, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometem-no diretamente ou nele sejam cúmplices".

Como se pode notar, em ambos os Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, a tortura é tratada como crime próprio, demandando do sujeito ativo uma qualidade especial, qual seja, a de ser funcionário público.

Em sentido diverso, todavia, a Lei n. 9.455/97 não tipificou o crime de tortura como crime próprio de funcionário público. Deveras, o legislador

17. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. p. 204.

18. Para interpretar sofrimento mental, a doutrina tem-se valido de decisões da Comissão Europeia de Direitos Humanos, que, quando do julgamento do chamado "Caso Grego", conceituou tortura mental como "infligir sofrimento mental através da criação de um estado de angústia e stress por outros meios que não a agressão física".

estruturou a tortura como crime comum, isto é, aquele delito que pode ser praticado por qualquer pessoa, funcionário público ou não.[19] Prova disso, aliás, é o fato de a própria Lei dispor que o fato de o delito ser cometido por agente público funciona como causa de aumento de pena (art. 1º, §4º, I), do que se conclui, *a contrario sensu*, que tal circunstância não funciona como elementar integrante da figura típica do crime de tortura.

Ante essa aparente contradição, há questionamentos acerca da (in) convencionalidade da Lei n. 9.455/97. São duas as correntes acerca da controvérsia:

a) Inconvencionalidade da tipificação da tortura como crime comum: de um lado, parte da doutrina sustenta que a tipificação do crime de tortura como comum pela Lei n. 9.455/97 não se revela condizente com as Convenções Internacionais já referidas. Destarte, por serem dotadas de status normativo supralegal, tais convenções teriam o condão de se sobrepor à Lei n. 9.455/97, do que se conclui que o legislador deveria ter tipificado a tortura como crime próprio, sob pena de manifesta inconvencionalidade. É nesse sentido a lição de Alberto Silva Franco, para quem "lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio está eivada de manifesta inconstitucionalidade, tal como ocorreria se o legislador ordinário entendesse que o delito de racismo comportaria a pena detentiva ou de multa ou que a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático constituiria fato criminoso prescritível ou, ainda, que os delitos hediondos e outros a eles assemelhados seriam suscetíveis de graça ou anistia";[20]

b) Convencionalidade da tipificação da tortura como crime comum (nossa posição): por meio do controle de convencionalidade, poder-se-ia concluir, à primeira vista, que a Lei n. 9.455/97 seria inconvencional, por não vir ao encontro da definição da tortura como crime próprio de funcionário público pelas Convenções Internacionais já citadas. No entanto, não se pode perder de vista que se a norma interna – *in casu*, a Lei n. 9.455/97 – for mais benéfica e protetora sob o ponto de vista dos Direitos Humanos, o controle de convencionalidade não poderá fazer prevalecer a norma de direito internacional, por uma questão puramente hierárquica. Logo, por força do princípio *pro homine*,[21] segundo o qual, em matéria de direitos humanos, deve sempre prevalecer a norma mais favorável, é a Lei n. 9.455/97 que deve ter incidência, por se tratar de norma mais benéfica. Afinal de contas, sob o ponto de vista da prevenção da tortura, a tipificação desse delito como crime comum revela-se mais favorável à proteção dos direitos humanos, porque permite que o sujeito ativo do delito seja tanto um particular quanto um funcionário público. De mais a mais, o próprio art. 1º da Convenção da ONU de 1984 dispõe que "o presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo". Enfim, a tortura deve ser castigada em si mesma e por si mesma, independentemente de qualquer qualidade especial de funcionário público ostentada pelo sujeito ativo. Como o monopólio do tipo penal da tortura exclusivamente por funcionários públicos não contribui para o incremento da proteção dos direitos humanos, parece-nos perfeitamente possível tipificar tal conduta como crime comum.[22]

O sujeito passivo pode ser, em regra, qualquer pessoa.

10.4. Consumação e tentativa.

Pelo menos em regra,[23] o crime se consuma no exato momento em que houver a imposição de sofrimento físico ou mental por meio do constrangimento de alguém com o emprego de violência ou grave ameaça. Logo, tratando-se de crime formal

19. Cuida-se do **caráter bifronte** da Lei de Tortura, o que denota a possibilidade de o crime ser cometido tanto por particulares quanto por funcionários públicos. É nesse sentido a lição de Matheus Kuhn Gonçalves (*Legislação penal especial: tráfico de drogas, tortura e crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 3).

20. Op. cit. p. 200-201. Com o entendimento de que a tipificação do crime de tortura como comum traduz inconstitucionalidade manifesta, por ferir norma constitucional integrada automaticamente ao nosso ordenamento jurídico, com embasamento em Tratados Internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário, os quais limitam a conceituação do sujeito ativo do crime: TJMG – 2ª Câm. Crim. – Ap 1.0331.06.002711-6/001 ou 0027716-14.2006.8.13.0331 – Rel. Herculano Rodrigues – j. 27.06.2009 – DJe 07/08/2009).

21. Como destaca Antônio Cançado Trindade, em tema de direitos humanos, deve-se abandonar a antiga polêmica entre monistas e dualistas: "não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno". A primazia é "da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno". (*A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*, p. 317-318, *apud* Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. P. 122, nota 126).

22. No sentido de que a circunstância do tratado internacional recomendar a incriminação de condutas cometidas somente por agentes do próprio Estado não exclui a possibilidade da lei interna de cada país punir outras modalidades de tortura: TJSP – 6ª Câm. Crim. – AP 367.005.3/1-00 – Rel. Debatin Cardoso, j. 05/12/2002. Ainda no sentido da legitimidade do tratamento da tortura como crime comum: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 419; BIRRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. Op. cit. p. 40.

23. Ver adiante observações quanto à natureza do crime da alínea "c" do inciso I do art. 1º da Lei n. 9.455/97.

ou de consumação antecipada, é desnecessária a consecução do resultado almejado pelo agente (v.g., confissão, ação ou omissão de natureza criminosa, etc.). Por se tratar de crime plurissubsistente, é possível, pelo menos em tese, a tentativa.[24]

10.4.1. Natureza instantânea ou permanente.

Levando-se em consideração o momento de sua consumação, os crimes podem ser entendidos como *instantâneos, permanentes ou, ainda, instantâneos de efeitos permanentes. Crimes instantâneos* são aqueles que têm como objeto jurídico bens destrutíveis, daí por que a consumação ocorre em um momento certo, definido. *Crimes permanentes*, por sua vez, são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar o estado antijurídico por ele realizado. Por fim, *crimes instantâneos de efeitos permanentes* são aqueles em que o resultado, e não a conduta do agente, é permanente. É o que ocorre, por exemplo, com o crime de homicídio, cujo resultado morte é irreversível, logo, permanente, porém delimitado quanto ao momento consumativo, que ocorre quando a vítima vem a óbito.

Como exposto anteriormente, é certo dizer que o crime de tortura funciona, pelo menos em regra, como crime instantâneo, consumando-se no exato momento em que houver a imposição de sofrimento físico ou mental por meio de constrangimento com o emprego de violência ou grave ameaça. Todavia, não se pode descartar a possibilidade de o crime de tortura ser praticado de maneira permanente. A título de exemplo, basta imaginar a hipótese de um preso temporário ser privado do sono ao longo de dias com o intuito de constrangê-lo a confessar a autoria do delito. Em tal hipótese, como o sofrimento, notadamente o mental, se protrai no tempo, pelo fato de o sujeito ativo dar prosseguimento ao emprego de violência ou grave ameaça de maneira contínua e ininterrupta, ter-se-á a tortura como crime permanente.

10.5. Conflito aparente de normas.

A figura típica do art. 1º da Lei n. 9.455/97 pode suscitar algumas dúvidas em relação ao conflito aparente de normas. Teria ela o condão de absorver figuras típicas como constrangimento ilegal, ameaça, lesão corporal, ou tais crimes poderiam conviver sem qualquer atrito em concurso material ou formal impróprio? Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos evidente que a simples leitura dos arts. 129, *caput*, 146 e 147 do Código Penal demonstra que o concurso de normas em questão é apenas aparente. Isso porque, por força do princípio da consunção, todos esses delitos foram absorvidos pela tortura, já que funcionam como verdadeiros meios de execução deste delito.[25]

10.6. Materialidade.

Normalmente, o crime de tortura não é praticado na presença de terceiros, mas em locais afastados ou inacessíveis ao público. Quando existentes, são familiares do ofendido, pessoas detidas na mesma oportunidade, ou pessoas que, logo após o suplício, viram os ferimentos ou ouviram o relato do torturado. Assim, o depoimento das testemunhas será de grande relevância, principalmente se compatível com os vestígios encontrados e o relato do ofendido.

Se os vestígios materiais forem encontrados, revela-se indispensável a realização do exame de corpo de delito direto, nos termos do art. 158 do CPP. É o que geralmente ocorre quando a tortura é praticada por meio de violência física (*vis absoluta*). Em tais casos, eventuais vestígios materiais resultantes, por exemplo, de socos, cassetetes, queimaduras, choques elétricos, etc., deverão ser objeto de análise pelo perito oficial.

Todavia, se não for possível a realização do exame direto em virtude do desaparecimento dos vestígios materiais, a prova testemunhal e/ou documental poderá suprir a ausência do exame direto (CPP, art. 167). É o que geralmente ocorre quando se trata de tortura psicológica, praticada por meio de grave ameaça ou outras formas de sevícia, quando a infração, de regra, não costuma deixar vestígios. Nesses casos, o exame de corpo de delito direto não será indispensável para a comprovação do crime de tortura.

Nesse sentido, como já se pronunciou o STJ, "(...) o crime previsto no artigo 1º, inciso I, letra a, da Lei 9.455/1997 pressupõe o suplício físico ou mental da vítima, não se podendo olvidar que a tortura psicológica não deixa vestígios, não podendo, consequentemente, ser comprovada por meio de laudo pericial, motivo pelo qual a materialidade delitiva depende da análise de todo o conjunto

24. Em sentido diverso, Delmanto (op. cit. p. 420) sustenta que a tentativa não é possível. Isso porque, ao se iniciar o *iter criminis* de uma tortura física, a vítima já terá sofrido moralmente, com a angústia, o medo, o pânico.

25. No sentido de que as lesões corporais leves são absorvidas pelo crime de tortura: STF, Pleno, HC 70.389/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/06/1994, DJ 10/08/2001.

fático-probatório constante dos autos, principalmente do depoimento da vítima e de eventuais testemunhas. Precedentes. Considerando-se que o ilícito em tela caracteriza-se pela inflição de dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, em qualquer pessoa, com a finalidade de dela obter informação ou confissão, tendo em conta que na denúncia o órgão acusatório narrou que a vítima teria sido submetida a intenso sofrimento físico e mental, pois agredida com murros, tapas e golpes de cassetete, bem como asfixiada com um saco plástico, e que o aresto objurgado considerou provadas nos autos tais agressões, não se pode falar em atipicidade da conduta imputada ao paciente. (...) Ordem denegada".[26]

Aliás, quando não for possível a realização do exame de corpo de delito direto em virtude do desaparecimento dos vestígios materiais deixados pelo crime de tortura, é de todo recomendável, se possível, que a vítima seja submetida a uma perícia psiquiátrica para fins de detectar eventuais perturbações psíquicas decorrentes do sofrimento físico e mental que lhe foi causado pelo torturador. Dentre essas perturbações psíquicas, merece especial atenção a denominada *síndrome pós-tortura*, conceituada por Genival Veloso de França como "transtornos mentais e de conduta, apresentando desordens psicossomáticas (cefaleia, pesadelos, insônia, tremores, desmaios, sudorese e diarreia), desordens afetivas (depressão, ansiedade, medos e fobias) e desordens comportamentais (isolamento, irritabilidade, impulsividade, disfunções sexuais e tentativas de suicídio). O mais grave desta síndrome é a permanente recordação das torturas, os pesadelos e a recusa fóbica de estímulos que possam trazer a lembrança dos maus tratos praticados".[27]

10.7. Classificação do crime.

Com base no que foi exposto, é possível classificar o crime de tortura constante do art. 1º, I, nos seguintes termos:

a) **crime comum:** pode ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo nenhuma qualidade especial do agente;

b) **crime formal ou material:** na hipótese das alíneas "a" e "b" do inciso I do art. 1º, cuida-se de **crime formal**, pois a consumação do delito independe da obtenção do resultado naturalístico pretendido pelo agente, quais sejam, a obtenção de informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa (alínea "a"), ou a provocação de ação ou omissão de natureza criminosa (alínea "b"). No caso da alínea "c" ("em razão de discriminação racial ou religiosa"), o crime assume a condição de **crime material,** porquanto o resultado é a causação de sofrimento físico ou mental com o emprego de violência ou grave ameaça para fins de constranger alguém;

c) **crime de intenção (delito de tendência interna transcendente)**: são aqueles que requerem um agir com ânimo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal. As intenções especiais integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo, mas que não precisa ser alcançado efetivamente. Faz parte do tipo de injusto uma finalidade transcendente, no caso do crime de tortura das alíneas "a" e "b" do inciso I do art. 1º, a finalidade de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, ou para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c.1) **delito de resultado cortado**: como é sabido, os crimes de intenção subdividem-se em delitos de resultado cortado e delitos mutilados de dois atos. Os primeiros consistem na realização de um ato visando à produção de um resultado, que fica fora do tipo e sem a intervenção do autor. Nesses tipos penais, o legislador corta a ação em determinado momento do processo executório, consumando-se o crime independentemente de o agente haver atingido o propósito pretendido. Ocorrendo a *meta optata*, haverá mero exaurimento. Como exemplo, podemos citar o crime de extorsão mediante sequestro, em que o resultado visado pelo agente – a percepção da vantagem – advirá ou não, independentemente da intervenção direta do sujeito ativo. Por sua vez, os delitos mutilados de dois atos consumam-se quando o autor realiza o primeiro ato com o objetivo de levar a termo o segundo. O autor quer alcançar, após ter realizado o tipo, o resultado que fica fora dele. Os crimes de tortura das alíneas "a" e "b" do inciso I do art. 1º da Lei n. 9.455/97 são exemplos de delitos de

26. STJ, 5ª Turma, HC 214.770/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/12/2011, DJe 19/12/2011. No sentido de que o crime de tortura, previsto no artigo 1º, inciso I, 'a', da Lei 9.445/97, causando à vítima apenas e tão somente sofrimento de ordem mental, e que, portanto, e de regra, não deixa vestígios, pode ser comprovado por meio de prova testemunhal: STJ, 6ª Turma, HC 72.084/PB, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/04/2009, DJe 04/05/2009. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 16.142/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, j. 07/02/2002, DJ 11/03/2002 p. 281; STJ, 5ª Turma, REsp 272.837/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19/05/2005, DJ 20/06/2005 p. 328.

27. *Perícias em casos de Tortura.* Disponível: http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/textos/pericia.htm Acesso em 28/08/2018.

resultado cortado.[28] Consumam-se com a provocação de sofrimento físico ou mental em virtude do constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça, independentemente da obtenção de informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, ou da prática de ação ou omissão de natureza criminosa, desde que a prática de tais atos tenha orientado a conduta do agente;

d) **crime monossubjetivo:** pode ser praticado por um ou mais agentes;

e) **crime plurissubsistente:** a conduta pode ser fracionada em mais de um ato, admitindo, pois, a tentativa;

f) **crime de dano:** para a consumação do crime do art. 1º, I, da Lei n. 9.455/97, é indispensável que haja efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, e não a mera exposição a perigo de lesão;

g) **crime de forma livre:** a redação do tipo penal não demanda uma forma específica de conduta para a prática delituosa;

h) **crime instantâneo ou permanente:** pelo menos em regra, o crime de tortura é instantâneo, consumando-se no exato momento em que houver a produção de sofrimento físico ou mental em virtude do constrangimento de alguém com o emprego de violência ou grave ameaça. Todavia, não se pode descartar a possibilidade de a conduta se protrair no tempo, transformando o delito em crime permamente;

i) **crime comissivo:** o delito pressupõe uma ação, e não uma omissão, como ocorre, por exemplo, com as figuras previstas no §2º do art. 1º, objeto de análise mais adiante.

> **Art. 1º.** (...)
> **I** – (...)
> **a)** com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
> (...)

11. TORTURA-CONFISSÃO.

No caso da alínea "a" do inciso I do art. 1º da Lei n. 9.455/97, o agente constrange alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, *com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa*. Por isso, referido delito é denominado de **tortura-confissão, tortura persecutória, tortura prova, tortura probatória, tortura institucional ou tortura inquisitorial**.

Como a alínea "a" não faz qualquer ressalva, pouco importa a natureza do fato em torno do qual gira a pretendida informação, declaração ou confissão.[29] Abrange, pois, fatos penais (v.g., confissão de um crime), comerciais (v.g., declaração acerca de um segredo industrial) e até mesmo pessoais (v.g., informação de traição amorosa). Portanto, estarão incluídas no crime de tortura tanto a conduta do policial que constrange uma pessoa com o emprego de violência para dela obter uma informação (v.g., localização da droga), como a do particular que se utiliza de grave ameaça para obter de alguém uma declaração de uma dívida.[30]

11.1. Prova obtida por meio ilícito.

Logicamente, se a finalidade do agente for alcançada, é dizer, se eventual informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceiro for fornecida ao torturador como resultado do constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça, produzindo sofrimento físico ou mental, tais dados jamais poderão ser utilizados em eventual processo penal, porquanto se trata de prova obtida por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI, c/c art. 157, *caput*, do CPP).

> **Art. 1º.** (...)
> **I** – (...)
> (...)
> **b)** para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
> **(...)**

12. TORTURA-CRIME.

Tipifica-se a conduta delituosa do art. 1º, inciso I, alínea "b", da Lei n. 9.455/97, quando se constrange alguém com o emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou

28. No mesmo sentido: BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. *Comentários à Lei de Tortura: aspectos penais e processuais penais*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 50.

29. Nesse contexto: GOMES, Luiz Flávio. *Tortura – Lei n. 9.455/97 – Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 121.

30. Na mesma linha: FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. p. 206. Para Nucci (*Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 2. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 683), "a informação configura um dado útil a respeito de algo ou alguém, normalmente transmitido de maneira informal; a declaração constitui um depoimento ou um pronunciamento solene, como regra, reduzido por escrito; a confissão é a admissão de culpa, assumindo-se a prática de fato criminoso, feita de maneira voluntária, expressa e pessoalmente à autoridade competente, reduzida por escrito".

mental, para provocar ação ou omissão de natureza criminosa. Daí ser chamada de **tortura-crime**, porquanto uma pessoa é torturada por outra, que o faz para provocar ação ou omissão de natureza criminosa. A título de exemplo, suponha-se que o integrante de determinada associação criminosa constranja, com violência física e grave ameaça, um gerente de banco a tomar parte num furto qualificado. Também deverá responder pelo mesmo crime o policial que obrigue uma pessoa, mediante grave ameaça, a executar, em seu proveito, um crime patrimonial qualquer.

Referindo-se o dispositivo sob comento à ação ou omissão de natureza *criminosa*, e não *contravencional*, é de se concluir que não haverá crime na hipótese em que a tortura for praticada para compelir alguém a praticar uma contravenção penal. Afinal, não se admite o emprego da analogia *in malam partem* no âmbito do Direito Penal.[31] De todo modo, a conduta do agente poderá tipificar algum soldado de reserva, como, por exemplo, lesões corporais, constrangimento ilegal, etc., porém jamais o delito de tortura.

Por outro lado, se a finalidade do torturador estiver relacionada à prática de *ato infracional*, a figura delituosa do art. 1º, inciso I, alínea "b", da Lei n. 9.455/97 restará tipificada tão somente nas hipóteses em que o ato infracional em questão corresponder a um crime. Afinal, por força do art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção".[32]

Como exposto anteriormente, o tipo penal do art. 1º, I, alínea "b", da Lei n. 9.455/97, consuma-se no exato momento da provocação de sofrimento físico ou mental em virtude do constrangimento com o emprego de violência ou grave ameaça, independentemente de o torturador obter o resultado almejado, *in casu*, a ação ou omissão de natureza criminosa. Se, todavia, a pessoa torturada vier a praticar a ação ou omissão de natureza criminosa por estar submetida à coação moral irresistível,[33] sua culpabilidade deverá ser afastada em virtude da inexigibilidade de conduta diversa, nos exatos termos do art. 22 do Código Penal. Logicamente, o agente responsável pela coação, leia-se, o torturador, deverá responder pelo delito em questão na condição de autor mediato, em concurso material (CP, art. 69) com o delito de tortura por ele praticado anteriormente na condição de autor imediato. Nesse caso, não há falar em *bis in idem*, porquanto estamos diante de condutas diversas que atentam contra bens jurídicos distintos.

Art. 1º. (...)

I – (...)

(...)

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

13. TORTURA-PRECONCEITO.

Na alínea "c" do inciso I do art. 1º da Lei n. 9.455/97 pune-se a tortura em razão de discriminação racial ou religiosa.

Diversamente das alíneas anteriores do inciso I do art. 1º, em que a tortura é praticada com determinada finalidade – com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa (alínea "a") e para provocar ação ou omissão de natureza criminosa (alínea "b") –, a figura delituosa da alínea "c" não tem um *especial fim de agir*, mas sim um *especial motivo de agir*.

Os motivos têm características anímicas e impulsionam as realizações de condutas, como, por exemplo, *motivo torpe, motivo fútil, motivo nobre, relevante valor social*, etc. Constituem, portanto, a fonte motriz da vontade criminosa. Geralmente, os motivos de agir encontram-se completamente fora do tipo penal, sem qualquer vinculação dogmática, que, por tal razão, somente poderão ser valorados por ocasião da dosimetria da pena. Não é isso, todavia, o que ocorre com o crime do art. 1º, I, alínea "c", da Lei n. 9.455/97, que demanda que a tortura seja praticada pelo agente em razão de discriminação racial ou religiosa. Nem sempre é fácil diferenciar os *motivos* das finalidades (ou objetivos) do agente. A motivação do ato é aquela circunstância subjetiva que faz nascer a vontade. Por objetivo ou finalidade, por sua vez, se compreende

31. Para Mauro Faria Lima, a expressão *natureza criminosa* também compreende a contravenção. Na dicção do autor, "a contravenção, apesar de não ser crime (estrito senso), tem natureza criminosa, vez que é aquilo que se chama na doutrina de 'crime anão'. Não havendo, pois, diferença ontológica entre crime e contravenção, ambos têm a mesma natureza". (*Crimes de tortura: comentários à Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997*. Editora Brasília Jurídica: Brasília, 1997. p. 34). No mesmo sentido: GONÇALVES, Matheus Kuhn. Op. cit. p. 14.

32. Com entendimento semelhante: CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. Op. cit. p. 647.

33. Na eventualidade de a coação moral ser resistível, a pessoa torturada deverá responder normalmente pelo crime por ela praticado, sem prejuízo, todavia, da incidência da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, alínea "c", do Código Penal. Por sua vez, o coator (ou torturador) continuará respondendo pelo crime de tortura como autor imediato e pelo outro crime a título de autoria mediata, ambos em concurso material. Noutro giro, no caso de coação física irresistível, não haverá conduta, tornando o fato atípico. Deveras, na coação física a vontade humana é completamente ausente, vez que o coato não possui qualquer alternativa. É o que ocorre, a título de exemplo, se uma pessoa colocar uma arma nas mãos de outra e, imprimindo força física, pressionar o gatilho por ela.

o resultado pretendido. Ou seja, enquanto a motivação impulsiona o agente à prática delituosa ("De onde?"), a finalidade o atrai ("Para onde?").

Portanto, diversamente das alíneas "a" e "b" do inciso I do art. 1º, em que a tortura é praticada com o objetivo de constranger alguém a fazer (ou deixar de fazer) alguma coisa, a figura delituosa da alínea "c", desprovida de um especial fim de agir, tem, na verdade, um especial motivo de agir, qual seja, a discriminação racial ou religiosa.

Por **discriminação** se compreende promover qualquer tipo de distinção, exclusão, restrição ou preferência. A ação discriminatória consiste, assim, na negação dos princípios da igualdade e do pluralismo, mediante imposição de restrições ou exigências desarrazoadas, como também pelo não-reconhecimento ou aniquilação das diferenças. Essa discriminação pode ser de duas espécies:

a) racial: o conceito de *raça* está ligado à identificação de indivíduos segundo caracteres físicos ou biológicos constantes e hereditários. Atualmente, porém, diversos estudos científicos têm contestado essa noção de *raça*. Isso porque as distinções biológicas entre indivíduos que costumam ser identificados como membros da mesma *raça* não são maiores ou menores do que aquelas existentes entre indivíduos de raças diversas. Há precedentes do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: "(...) Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. (...)".[34] Sem embargo desses problemas de delimitação conceitual, é fato que as pessoas ainda insistem em discriminar umas às outras com fundamento na *raça*. Daí a insistência por parte do legislador em fazer uso da referida expressão, à semelhança, aliás, do que ocorre em outros tipos penais, como, por exemplo, na injúria racial (CP, art. 140, §3º), nos crimes de racismo previstos na Lei n. 7.716/89 e nos delitos previstos na Lei Antiterrorista (Lei n. 13.260/16, art. 2º, *caput*));

b) religiosa: não é tarefa fácil definir o conceito de *religião*. Deveras, as práticas e crenças que se apresentam como *religião* são tão diversas que dificilmente é possível apontar um denominador comum entre elas. De todo modo, parece-nos que o termo pode ser analisado sob pelo menos quatro ângulos distintos: 1) como conceito: crença, aspecto intelectual, suporte de ideias acerca da humanidade e do mundo; 2) como cerimônia: aspecto ritualístico, culto, liturgia, regras de contato com o sagrado; 3) como organização: aspecto normativo, regras impostas aos membros eclesiásticos e aos devotos; 4) como experiência: aspecto da emotividade. A discriminação religiosa também pode recair sobre aqueles que não professam nenhum tipo de fé. Para efeitos penais, é legítimo, portanto, falar em discriminação religiosa contra os ímpios ou ateus, isto é, indivíduos discriminados por sua não opção religiosa, por sua incredulidade ou agnosia.

A alínea "c" do inciso I do art. 1º da Lei n. 9.455/97 faz referência exclusivamente à discriminação *racial* ou *religiosa*. Portanto, como não se admite analogia *in malam partem*, se o especial motivo de agir estiver relacionado à discriminação de natureza diversa, como, por exemplo, referente à idade, orientação sexual, homofobia, procedência nacional, cor, etnia, time de futebol, ideologia, etc., o crime sob comento não restará tipificado.

É bem verdade que, por ocasião do julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 26/DF** (Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/06/2019) e do **Mandado de Injunção n. 4.733** (Rel. Min. Edson Fachin, j. 13/06/2019), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedentes os pedidos ali formulados não apenas para reconhecer a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia, mas também para determinar, pelo menos até que seja colmatada essa lacuna legislativa, a aplicação da Lei 7.716/1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) às condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, com efeitos prospectivos e mediante subsunção. No entanto, como deixam entrever as próprias teses fixadas no julgamento da referida ADO,[35] seus efeitos estão restritos ao crime de racismo previstos na Lei n. 7.716/89, daí por que não há como ampliarmos suas conclusões para outros delitos, como, por exemplo, o crime de terrorismo (Lei n. 13.260, art. 2º, *caput*), tortura (Lei n. 9.455/97, art. 1º, I, alínea "c"), etc., sob pena de indevida violação ao princípio da legalidade.

34. STF, Pleno, HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, DJ 19/03/2004.

35. As referidas teses foram objeto de análise nos comentários à Lei n. 13.260/16, para onde remetemos o leitor.

13.1. Consumação e tentativa.

Quanto ao resultado naturalístico, há controvérsias quanto à classificação do crime do art. 1º, III, da Lei n. 9.455/97. De um lado, parte da doutrina sustenta que se trata de **crime formal**, pois o resultado pretendido (discriminação) não precisa ser alcançado. Com a devida vênia, tal qual exposto anteriormente, o crime em questão não é dotado de um especial fim de agir, como ocorre com as alíneas "a" e "b", mas sim de um especial motivo de agir. Ora, se a discriminação racial ou religiosa é a motivação para a prática da tortura, é de todo evidente que o agente não tortura para fins de discriminar, mas sim discrimina e, por isso, tortura. Logo, como não há elemento subjetivo específico, conclui-se que o sofrimento imposto é o resultado almejado pelo agente. Como o delito se consuma com a imposição desse sofrimento, cuida-se, então, de **crime material**.[36]

13.2. Conflito aparente de normas.

Não se pode confundir o crime de tortura previsto no art. 1º, inciso I, alínea "c", da Lei n. 9.455/97, com os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor previstos na Lei n. 7.716/89. Ora, a tortura-preconceito é praticada através de um constrangimento que envolve violência ou grave ameaça, o que não ocorre nas figuras tipificadas na Lei n. 7.716/89. Para além disso, a Lei n. 7.716/89 pune não apenas a discriminação e o preconceito de raça e de religião, como o faz a alínea "c" do inciso I do art. 1º da Lei n. 9.455/97, mas também aqueles atinentes à cor, etnia e procedência nacional (art. 1º da Lei n. 7.716/89).

> **II** - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
>
> Pena - reclusão, de dois a oito anos.

14. TORTURA-CASTIGO, VINDICATIVA, PUNITIVA OU INTIMIDATÓRIA.

14.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança do crime do art. 1º, I, também se protege a dignidade da pessoa humana e, subsidiariamente, a integridade física e psíquica da vítima.

14.2. Sujeitos do crime.

Diversamente das modalidades de tortura previstas no art. 1º, inciso I, da Lei n. 9.455/97, a figura delituosa do inciso II do art. 1º funciona como **crime próprio** em relação ao sujeito ativo, porquanto o tipo penal reclama uma vinculação especial entre o autor e a pessoa torturada.

Há importante precedente do STJ nesse sentido, *in verbis*: "(...) 1. O conceito de tortura, tomado a partir dos instrumentos de direito internacional, tem um viés estatal, implicando que o crime só poderia ser praticado por agente estatal (funcionário público) ou por um particular no exercício de função pública, consubstanciando, assim, crime próprio. 2. O legislador pátrio, ao tratar do tema na Lei n. 9.455/1997, foi além da concepção estabelecida nos instrumentos internacionais, na medida em que, ao menos no art. 1º, I, ampliou o conceito de tortura para além da violência perpetrada por servidor público ou por particular que lhe faça as vezes, dando ao tipo o tratamento de crime comum. 3. A adoção de uma concepção mais ampla do tipo, tal como estabelecida na Lei n. 9.455/1997, encontra guarida na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que ao tratar do conceito de tortura estabeleceu -, em seu art. 1º, II -, que: o presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo; não há, pois, antinomia entre a concepção adotada no art. 1º, I, da Lei n. 9.455/1997 - tortura como crime comum - e aquela estatuída a partir do instrumento internacional referenciado. 4. O crime de tortura, na forma do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997 (tortura-castigo), ao contrário da figura típica do inciso anterior, não pode ser perpetrado por qualquer pessoa, na medida em que exige atributos específicos do agente ativo, somente cometendo essa forma de tortura quem detiver outra pessoa sob sua guarda, poder ou autoridade (crime próprio). 5. A expressão guarda, poder ou autoridade denota um vínculo preexistente, de natureza pública, entre o agente ativo e o agente passivo do crime. Logo, o delito até pode ser perpetrado por um particular, mas ele deve ocupar posição de garante (obrigação de cuidado, proteção ou vigilância) com relação à vitima, seja em virtude da lei ou de outra relação jurídica. 6. Ampliar a abrangência da norma, de forma a admitir que o crime possa ser perpetrado por particular que não ocupe a posição de garante, seja em decorrência da lei ou de prévia relação

36. No sentido de que se trata de crime material: ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação criminal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 454.

jurídica, implicaria uma interpretação desarrazoada e desproporcional, também não consentânea com os instrumentos internacionais que versam sobre o tema. 7. No caso, embora a vítima estivesse subjugada de fato, ou seja, sob poder dos recorridos, inexistia uma prévia relação jurídica apta a firmar a posição de garante dos autores com relação à vítima, circunstância que obsta a tipificação da conduta como crime de tortura, na forma do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997. 8. Recurso especial improvido".[37]

Portanto, é necessário que o ofendido esteja sob a guarda, poder ou autoridade do torturador.[38] Vejamos tais conceitos:

a) **Guarda:** é a assistência a pessoas que não prescindem dela. Enfim, implica proteção, defesa e amparo a pessoas que dela não podem prescindir. De acordo com a doutrina,[39] seu conceito não deve ficar restrito às hipóteses em que o sujeito passivo, em razão de lei ou de ato judicial, tenha sido entregue ao sujeito ativo para efeito de ser protegido ou amparado, abrangendo também as hipóteses em que essa "guarda" decorrer de qualquer situação fática devidamente demonstrada. É dizer, a *guarda* consiste no dever de vigilância atribuído a determinadas pessoas por meio de lei ou convenção particular, ainda que de maneira informal e de maneira provisória.[40] Pais, professores, babás,[41] tutores e curadores são exemplos de pessoas que têm a guarda de seus filhos, alunos, tutelados, curatelados, etc;

b) Poder: consiste em uma relação de sujeição do sujeito passivo em relação ao torturador, pouco importando se tal relação está fundada no direito público ou privado. Nesse caso, há um vínculo de submissão que decorre de um poder circunstancial exercido pelo torturador sobre a vítima (v.g., cuidadora, em relação ao idoso). A título de exemplo, podemos citar o famoso caso em que um adolescente foi detido por um tatuador por ocasião de uma tentativa de furto, e, aproveitando-se dessa situação circunstancial de poder, tatuou em sua testa os dizeres "eu sou ladrão e vacilão". Outro exemplo que pode ser citado diz respeito à morte do jornalista Tim Lopes, assassinado quando tentava apurar denúncias que envolviam os bailes *funk* realizados no chamado Complexo do Alemão no Rio de Janeiro. No decorrer do seu trabalho investigativo, o jornalista desapareceu, sendo, posteriormente, encontrado morto. Havia sido barbaramente torturado e, após os atos de extrema crueldade, fora assassinado, tendo tido o corpo carbonizado e enterrado num cemitério clandestino, situado no cume do Morro da Grota, na favela Cruzeiro;

c) Autoridade: seu conceito pode ser extraído do art. 2º, parágrafo único, da Lei de Abuso de Autoridade ("Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo"). A diferença entre poder e autoridade, aliás, resta demarcada pelo próprio Código Penal, em seu art. 61, II, alíneas "f" e "g". A título de exemplo, podemos citar a situação em que o diretor de um presídio delibere por submeter presos à tortura como forma de punição pela descoberta de um plano de fuga.

Para a configuração do delito, não é necessário que o torturador detenha a guarda, o poder ou a autoridade sobre a vítima de maneira contínua e perene, bastando que os tenha de forma momentânea.[42]

Noutro giro, diversamente do sujeito passivo do crime de tortura do art. 1º, I, da Lei n. 9.455/97, a vítima da figura delituosa ora sob comento não pode ser qualquer pessoa, mas tão somente aquela que se encontrar sob guarda, poder ou autoridade do agente. É dizer, a pessoa torturada deve ser

37. STJ, 6ª Turma, REsp 1.738.264/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/08/2018, DJe 14/09/2018.

38. No sentido de que a figura típica prevista no art. 1º, II, da Lei de Tortura, é crime próprio, por exigir condição especial do sujeito ativo, ou seja, é um delito que somente pode ser praticado por pessoa que tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, como é o caso do Delegado de Polícia: STJ, 5ª Turma, HC 27.290/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/12/2003, DJ 02/02/2004 p. 341.

39. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. p. 203.

40. Reconhecendo a prática de tortura praticada contra criança de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de idade por acusada que detinha a infante sob sua *guarda provisória*, submetendo-a a intolerável e intenso sofrimento psicológico e físico ao praticar, em continuidade delitiva, diversas agressões verbais e violência física, de forma a caracterizar o crime de tortura descrito no art. 1º, inciso II, combinado com o §4º, inciso II da Lei 9.455/97: STJ, 5ª Turma, HC 172.784/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03/02/2011, DJe 21/02/2011.

41. Para o STJ, "(...) a conduta da paciente enquadra-se no tipo penal previsto no art. 1º, II, § 4º, II, da Lei n. 9.455/1997. A paciente possuía os atributos específicos para ser condenada pela prática da conduta descrita no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997. Indubitável que o ato foi praticado por quem detinha as crianças sob guarda, na condição de babá. Ausência de ilegalidade na dosimetria da pena, fixada a pena-base acima do mínimo legal, com a devida fundamentação, consideradas as circunstâncias em que cometido o crime contra as crianças, mediante mordidas e golpe com pedaço de pau. (...)". (STJ, 6ª Turma, HC 169.379/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22/08/2011, DJe 31/08/2011).

42. No sentido de que o policial militar que auxilia a polícia civil na contenção de rebelião em estabelecimento prisional, durante a operação, detém, legitimamente, guarda, poder e autoridade sobre os detentos, podendo, nessa condição, ainda que momentânea, responder, em tese, pelo crime de tortura preconizado no art. 1º, inciso II, da Lei n. 9.455/97: STJ, 5ª Turma, HC 50.095/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06/05/2008, DJe 23/06/2008.

pessoa subordinada ao responsável pela conduta criminosa. Pelo menos em regra, a vítima será, então, o filho sob o poder familiar, alunos, doentes, crianças, tutelados, curatelados, empregados, presos, etc. Cuida-se, portanto, de verdadeiro **crime bipróprio**, já que se exigem qualidades especiais tanto do sujeito ativo quanto do sujeito passivo.

14.3. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo (verbo da descrição da conduta na lei penal) é *submeter*, que tem o significado de dominar, sujeitar, dobrar a resistência. O agente sujeita a pessoa que está sob sua guarda, poder ou autoridade, mediante o uso de violência física ou grave ameaça (séria e idônea), a intenso sofrimento físico ou mental (elemento normativo do tipo), como meio de lhe aplicar castigo pessoal – em virtude de algo que supostamente fez ou deixou de fazer, pouco importando se lícito ou ilícito –, ou como medida de caráter preventivo, para evitar que faça ou deixe de fazer alguma coisa, lícita ou ilícita.[43] No primeiro caso, a tortura ocorre após a conduta da vítima reputada como merecedora de castigo. No segundo, o agente almeja que a vítima omita determinada conduta considerada merecedora de reprimenda.

Mais uma vez, o legislador faz uso de diversos elementos normativos, que acabam demandando da autoridade judiciária repetidos juízos de valor, o que torna a figura delituosa por demais aberta e porosa, colocando em risco a regra da taxatividade inerente ao princípio da legalidade.[44]

No crime em questão, o emprego da violência ou grave ameaça deve sujeitar a vítima a **intenso sofrimento físico ou mental**, cuja ausência pode acarretar uma desclassificação para o crime de maus-tratos. A determinação da intensidade maior ou menor do sofrimento físico ou mental é um ponto de conflito por se tratar de uma classificação eminentemente subjetiva, que depende dos níveis de sensibilidade individual e de construções culturais, sociais e históricas em relação à aplicação de sanções, ao uso de violência e à percepção da dor e dos danos causados. De todo modo, é certo dizer que tais atos devem ter o condão de causar no sujeito passivo padecimento desmesurado, aflição árdua, penosa, verdadeiro suplício. Logicamente, para que se possa dizer que a vítima foi submetida a *intenso sofrimento físico ou mental*, devemos levar em consideração não apenas a duração do emprego da violência ou da grave ameaça, e de seus efeitos físicos ou mentais, mas também o sexo, a idade e o próprio estado de saúde da vítima. Daí ter concluído o TJ/SP pela tipificação do crime de tortura em caso concreto em que a mãe e o padrasto submeteram uma criança, de apenas quatro anos de idade, sob sua guarda, a reiteradas surras e espancamentos, privando-a de alimentação, como forma de castigo em razão da mesma urinar e evacuar na cama, provocando, na vítima, intenso e angustiante sofrimento físico e mental.[45]

14.4. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título doloso (direto ou eventual). O dolo consiste na vontade livre e consciente de impor, por meio de violência ou grave ameaça, intenso sofrimento físico ou mental à vítima.

Para além do elemento subjetivo geral, o tipo subjetivo também demanda um *especial fim de agir*,[46] qual seja, a finalidade última de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo na vítima (*animus corrigendi*). Na primeira hipótese, conhecida como tortura castigo, a tortura é cometida como meio de lhe aplicar castigo pessoal, em virtude de algo que supostamente fez ou deixou de fazer, pouco importando se lícito ou ilícito. No segundo caso, ou seja, na tortura como medida de caráter preventivo, o agente visa evitar que a vítima faça ou deixe de fazer alguma coisa, lícita ou ilícita (tortura intimidatória).[47]

14.5. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito com a sujeição da vítima a intenso sofrimento físico ou mental em virtude do emprego de violência ou grave ameaça. Pelo menos em tese, como se trata de crime plurissubsistente,

43. Nesse contexto: DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 421.

44. Na lição de Luiz Flávio Gomes (*Direito penal: parte geral*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 38), na garantia da *lex certa* está contemplado o "princípio da precisão" ou da "certeza" ou da "taxatividade", isto é, o tipo penal deve ser rigorosamente delimitado pelo legislador, sob pena de se desconhecer o limite entre o permitido e o proibido, entre o lícito e o ilícito. Lei incerta não pode, portanto, criar obrigação certa. A descrição do preceito incriminador da norma primária, assim como da sanção, deve ser de tal modo patente e evidente que evite qualquer atividade criativa por parte do juiz.

45. Apelação Criminal n. 367.005-3/1 – Barueri – 6ª Câmara Criminal – Relator: Debatin Cardoso – 05/12/03 – V.U.

46. Em sentido diverso, Alberto Silva Franco (op. cit. p. 206) entende que nos crimes do inciso II e do §1º do art. 1º da Lei n. 9.455/97 não há nenhuma referência expressa à finalidade ou ao motivo com que agiu o torturador, mas apenas ao modo e ao meio de execução dessas modalidades de tortura.

47. Na dicção da doutrina, "castigo pessoal deve ser compreendido como punição ilegal aplicada a pessoa que tenha praticado conduta tida como violadora de normas administrativas de uma instituição. Ao cometer violência ou grave ameaça como medida de caráter preventivo, o sujeito, prevendo que a vítima vá praticar infração disciplinar, tortura-a, visando impedir o que considera ato de indisciplina". (BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. *Comentários à Lei de Tortura: aspectos penais e processuais penais*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 68).

é possível a tentativa, quando, por circunstâncias alheias à vontade do agente, o emprego de violência ou grave ameaça não chegarem a causar o intenso sofrimento descrito no tipo penal.[48]

14.6. Distinção em relação ao crime de maus-tratos.

O crime de tortura castigo previsto no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97, não se confunde com o delito de maus-tratos previsto no art. 136 do Código Penal ("Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina"), mesmo que haja abuso dos meios utilizados, pelos seguintes motivos:

a) quanto ao tipo objetivo: no delito de maus-tratos, a exposição ao perigo à vida ou à saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, é executada por meio da privação de cuidados necessários ou de alimentos, sujeição a trabalho excessivo ou inadequado, ou por meio do abuso dos meios de correção ou disciplina; no crime de tortura do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97, a ação se resume em submeter alguém (sob sua guarda, poder ou autoridade) a intenso sofrimento físico ou mental com emprego de violência ou grave ameaça. Enfim, um é crime de forma livre; o outro, não;

b) quanto ao dolo de perigo e de dano: o elemento subjetivo do tipo penal do art. 136 do CP é o dolo de perigo, porquanto o resultado se dá com a mera exposição do sujeito passivo ao perigo de dano; no crime de tortura do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97, o resultado ocorre com o efetivo dano, leia-se, com o intenso sofrimento físico ou mental provocado pela violência ou grave ameaça, do que se conclui que o dolo em questão é de dano, e não de perigo;[49]

c) quanto ao especial fim de agir: a figura do inciso II do art. 1º da Lei n.º 9.455/97 implica na existência de vontade livre e consciente do detentor da guarda, do poder ou da autoridade sobre a vítima de causar intenso sofrimento de ordem física ou moral, como forma de castigo ou prevenção. Por sua vez, o tipo do art. 136 do CP se aperfeiçoa com a simples exposição a perigo à vida ou à saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, em razão de excesso nos meios de correção ou disciplina. Enquanto na hipótese de maus-tratos, a finalidade da conduta é a repreensão de uma indisciplina, na tortura o propósito é causar o padecimento da vítima. Para a configuração do crime de tortura sob comento, é indispensável a prova cabal da intenção deliberada de causar o sofrimento físico ou moral, desvinculada do objetivo de educação.[50]

É nesse sentido a jurisprudência: "(...) AGRESSÕES FÍSICAS CONTRA MENORES INTERNADOS NA APAE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSUNÇÃO DA CONDUTA NO DELITO DE MAUS TRATOS (ART. 136 DO CPB) ANTE A NÃO VERIFICAÇÃO, AO MENOS ATÉ ESTA ALTURA, DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO ESPECÍFICO DESTE DELITO (PARA FIM DE EDUCAÇÃO, ENSINO, TRATAMENTO OU CUSTÓDIA), MAS SIM DO PROPÓSITO DE CAUSAR SOFRIMENTO, PRÓPRIO DO CRIME DE TORTURA. (...) Para que se configure o delito de maus tratos é necessária a demonstração de que os castigos infligidos tenham por fim a educação, o ensino, o tratamento ou a custódia do sujeito passivo, circunstâncias que não se evidenciam na hipótese. (...) A conduta verificada nos autos encontra melhor adequação típica na descrição feita pelo art. 1º., II da Lei 9.455/97 - tortura, o que não exclui a possibilidade de outra definição do fato se verificado, depois de realizada mais aprofundada cognição probatória, serem outras as circunstâncias delitivas. (...)".[51]

> **§1º** Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

15. FIGURA EQUIPARADA OU TORTURA IMPRÓPRIA (TORTURA PELA TORTURA).

De acordo com o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". A Carta Magna garante ao preso, portanto, a conservação de todos os direitos fundamentais reconhecidos à pessoa livre, à exceção, é claro, daqueles que são

48. Em sentido diverso, Delmanto (op. cit. p. 423) sustenta que a tentativa não é possível. Isso porque, ao se iniciar o *iter criminis* de uma tortura física, a vítima já terá sofrido moralmente, com a angústia, o medo, o pânico.

49. Nessa linha: MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*.4ª ed. São Paulo: Método, 2016. p. 679.

50. STJ, 5ª Turma, REsp 610.395/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 25/05/2004, DJ 02/08/2004 p. 544.

51. STJ, 3ª Seção, CC 102.833/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 26/08/2009, DJe 10/09/2009.

incompatíveis com a condição peculiar de uma pessoa presa, tais como a liberdade de locomoção (CF, art. 5º, XV), o livre exercício de qualquer profissão (CF, art. 5º, XIII), a inviolabilidade domiciliar em relação à cela (CF, art. 5º, XI) e o exercício dos direitos políticos (CF, art. 15, III). Não obstante, mantém o preso os demais diretos e garantias fundamentais, tais como o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, III, V, X e LXIV), a liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), e, em especial, os direitos à vida e à dignidade humana.[52]

Dispondo a Constituição Federal que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), não se pode afastar a responsabilização criminal das autoridades em caso de atentado à integridade corporal do preso, seja pelo delito de lesão corporal (CP, art. 129), seja pelo próprio delito de tortura, tipificado no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.455/97. Aliás, em caso concreto relativo a cidadão preso que se debatia contra as grades, agredia outros detentos e proferia impropérios contra os policiais, que foi algemado e agredido por policial civil com vários golpes de cassetete, sofrendo lesões corporais graves, concluiu o STJ estar tipificado o delito de tortura previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.455/97.[53]

A fim de se resguardar a integridade física e moral do preso, é indispensável que toda e qualquer pessoa presa seja submetida a exame de corpo de delito, seja no momento da captura, seja no momento da soltura. A sujeição do preso a exame de corpo de delito visa documentar seu estado de saúde durante o período em que ficou sob a custódia do Estado. De mais a mais, como é extremamente comum que presos se insurjam quanto ao comportamento da autoridade policial, alegando que sofreram agressões, tortura ou sevícias físicas durante o período de encarceramento, a realização do exame pericial resguarda a própria autoridade policial contra tais questionamentos. É nessa linha, aliás, o teor do art. 2º, §3º, da Lei da Prisão Temporária (Lei n. 7.960/89). Apesar de o dispositivo deixar transparecer que o juiz poderá determinar que o preso seja submetido a exame de corpo de delito, não se trata de preceito de aplicação facultativa. Na verdade, a autoridade policial, independentemente de prévia autorização judicial, deve submeter o preso a exame de corpo de delito.

15.1. Modalidade de tortura.

Diversamente das hipóteses anteriores – art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 9.455/97 –, a figura equiparada à tortura constante do §1º do art. 1º não demanda o emprego de violência ou grave ameaça. Nesse caso, a pessoa presa ou sujeita à medida de segurança é submetida a sofrimento físico ou mental por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

15.2. Sujeitos do crime.

À semelhança da modalidade anterior (art. 1º, II), também se trata de **crime próprio**,[54] porquanto o sujeito ativo é a pessoa que tem o preso ou alguém submetido a medida de segurança detentiva sob sua custódia. Portanto, o delito poderá ser praticado não apenas pelo carcereiro, policial, agente penitenciário, ou até mesmo pelo diretor do estabelecimento prisional, mas também pelo médico, enfermeiro ou qualquer funcionário de local destinado ao cumprimento de medida de segurança. Aliás, ainda que se trate de presídio cuja administração tenha sido delegada à iniciativa privada por meio de parcerias público-privadas, os particulares que aí trabalham também poderão figurar como sujeito ativo do delito, visto que assumem a condição de funcionário público por equiparação, nos termos do art. 327, §1º, do Código Penal ("Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública").

Noutro giro, o sujeito passivo também não pode ser qualquer pessoa, mas tão somente aquela que estiver *presa ou sujeita à medida de segurança*.

Como o art. 1º, §1º, da Lei n. 9.455/97, não faz qualquer distinção, e levando-se em consideração que a locução "pessoa presa" deve ser interpretada da forma mais abrangente possível, o ideal é concluir que a *prisão* a que se refere o dispositivo pode ser de qualquer espécie, leia-se, civil, disciplinar, penal ou cautelar. Aliás, a locução *pessoa presa* também compreende jovens infratores apreendidos, internados ou em estado de semiliberdade.[55]

52. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil: interpretada e legislação constitucional.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. 338.

53. STJ, 5ª Turma, REsp 856.706/AC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/05/2010, DJe 28/06/2010.

54. Em sentido diverso, parte da doutrina sustenta que se trata de crime comum. Nessa linha: ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit. p. 458; GONÇALVES, Matheus Kuhn. Op. cit. p. 20.

55. Nesse contexto: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Leis penais especiais comentadas artigo por artigo.* Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 1.097.

Pessoa sujeita à medida de segurança, por sua vez, é aquela que está em regime de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, ou submetida a tratamento ambulatorial (CP, art. 96, incisos I e II).

15.3. Ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

O §1º do art. 1º da Lei n. 9.455/97 faz uso, em sua parte final, de mais um elemento normativo, que integra a própria estrutura típica dessa modalidade de tortura, porquanto o sofrimento físico ou mental imposto à pessoa presa ou sujeita à medida de segurança deve se dar por intermédio da *prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.*

O elemento normativo em questão deve ser interpretado à luz da Lei de Execução Penal, *in verbis:* "Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar. §1º. As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. §2º. É vedado o emprego de cela escura. §3º São vedadas as sanções coletivas". Por conseguinte, se determinado preso for submetido a uma medida disciplinar ilegal, como, por exemplo, a cela escura ou castigos coletivos, restará tipificado o delito do art. 1º, §1º, da Lei n. 9.455/97. Na mesma linha, levando-se em consideração que o preso tem direito à alimentação suficiente (LEP, art. 41, I), eventual negativa do carcereiro em fornecer comida aos detentos também poderá caracterizar o crime sob comento.

Portanto, se o sofrimento físico ou mental causado ao preso ou à pessoa sujeita à medida de segurança não for decorrente da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal, não há falar em tipificação do crime do art. 1º, §1º, da Lei n. 9.455/97. Ora, é certo que a privação da liberdade de qualquer pessoa, *de per si,* e ainda que por um curto espaço de tempo, já é capaz de sujeitar o custodiado a intenso sofrimento, notadamente mental, mas esse sofrimento é legal e decorrente da prática de um crime pelo agente. Não por outro motivo, ao conceituar o crime de Tortura, o Estatuto de Roma dispõe expressamente que se trata do "ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; *este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas*" (art. 7º, 2, "e").

Assim, se alguém for regularmente submetido ao regime disciplinar diferenciado (RDD)[56] pelo fato, por exemplo, de representar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (LEP, art. 52, §1º), por mais que não se possa negar que o custodiado será submetido a um sofrimento mental muito mais severo, não há falar em crime de tortura, já que se trata de espécie *legal* de sanção disciplinar. Por outro lado, se o Diretor do presídio deliberar por submeter um preso ao RDD sem que haja ordem judicial nesse sentido, poderá, em tese, responder pelo crime do art. 1º, §1º, da Lei n. 9.455/97.[57]

15.4. Tipo subjetivo.

O dolo (direto ou eventual) do agente consiste na vontade livre e consciente de submeter pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Diversamente de outras modalidades de tortura previstas na Lei n. 9.455/97, como, por exemplo, os crimes do art. 1º, I, alíneas "a" e "b", e do art. 1º, II, o crime do art. 1º, §1º, da Lei de Tortura não é dotado de um especial fim de agir. Não se admite a modalidade culposa. A propósito, confira-se: "(...) Consta no v. acórdão vergastado que a vítima foi agredida por policial civil enquanto se encontrava presa. Dessas agressões resultaram lesões graves conforme atestado por laudo pericial. A vítima, dessa forma, foi submetida a intenso sofrimento físico. Em tal contexto, não há como afastar-se a figura típica referente à tortura prevista no art.1º, § 1º da Lei nº 9.455/97. Referida modalidade de tortura, ao contrário das demais, não exige, para seu aperfeiçoamento, especial fim de agir por parte do agente, bastando, portanto, para a configuração do crime, o dolo de praticar a conduta descrita no tipo objetivo. O Estado Democrático

56. Para os Tribunais Superiores, tendo em conta que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, o legislador atendeu ao princípio da proporcionalidade. Afigura-se legítima, portanto, a atuação estatal, porquanto o regime disciplinar diferenciado busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 40.300/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07/06/2005, DJ 22/08/05 p. 312. Para o Supremo, o regime disciplinar diferenciado é espécie de sanção disciplinar. Logo, sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado: STF, 2ª Turma, HC 96.328/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. J. 02/03/2010, DJe 062 08/04/2010.

57. No mesmo sentido: NUCCI. Op. cit. p. 687.

de Direito repudia o tratamento cruel dispensado pelo seus agentes a qualquer pessoa, inclusive aos presos. Impende assinalar, neste ponto, o que estabelece a *Lex Fundamentalis*, no art.. 5º, inciso XLIX, segundo o qual os presos conservam, mesmo em tal condição, o direito à intangibilidade de sua integridade física e moral. Desse modo, é inaceitável a imposição de castigos corporais aos detentos, em qualquer circunstância, sob pena de censurável violação aos direitos fundamentais da pessoa humana. Recurso especial provido".[58]

15.5. Consumação e tentativa.

O crime estará consumado no exato momento em que a pessoa presa ou sujeita à medida de segurança for submetida a sofrimento físico ou mental por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. Como se trata de crime plurissubsistente, admite-se, pelo menos em tese, o *conatus*. A título de exemplo, se o *iter criminis* for interrompido logo após a prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal, por circunstâncias alheias à vontade do agente, porém antes da causação de sofrimento físico ou mental, o agente deverá ser responsabilizado pelo crime do art. 1º, §1º, da Lei n. 9.455/97, na forma do art. 14, inciso II, do CP.

15.6. Conflito aparente de normas.

O crime do art. 1º, §1º, da Lei n. 9.455/97, não se confunde com o delito de abuso de autoridade previsto no art. 13, inciso II, da Lei n. 13.869/19 ("Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei"). Naquele, a vítima é submetida a sofrimento físico ou mental, enquanto que, neste, a pessoa custodiada simplesmente é submetida a uma situação vexatória. É o que ocorre, por exemplo, se um indivíduo preso for exibido à imprensa algemado, sem que haja qualquer hipótese que autorize o emprego de algemas (súmula vinculante n. 11), nem tampouco nenhum interesse público na exibição do preso.

15.7. Classificação doutrinária.

Com base no que foi exposto, é possível classificar o crime de tortura constante do art. 1º, §1º, nos seguintes termos: a) **crime próprio;** b) **crime material:** a consumação do delito depende da produção do resultado naturalístico consistente na imposição do sofrimento físico ou mental; c) **crime monossubjetivo:** pode ser praticado por um ou mais agentes; d) **crime plurissubsistente:** a conduta pode ser fracionada em mais de um ato, admitindo, pois, a tentativa; e) **crime de dano:** é indispensável que haja efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, e não a mera exposição a perigo de lesão; f) **crime de forma livre:** a redação do tipo penal não demanda uma forma específica de conduta para a prática delituosa; g) **crime instantâneo ou permanente:** pelo menos em regra, o crime de tortura é instantâneo, consumando-se no exato momento em que houver a produção de sofrimento físico ou mental em virtude do constrangimento de alguém com o emprego de violência ou grave ameaça. Todavia, não se pode descartar a possibilidade de a conduta se protrair no tempo, transformando o delito em crime permamente; h) **crime comissivo:** o delito pressupõe uma ação, e não uma omissão, como ocorre, por exemplo, com as figuras previstas no §2º do art. 1º, objeto de análise mais adiante.

> **§2º** Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

16. TORTURA-OMISSÃO.

O art. 1º, §2º, da Lei n. 9.455/97, verdadeiro delito parasitário (ou acessório), pois pressupõe, ao menos, a tentativa de um crime de tortura, para que seja possível a omissão, contempla duas figuras delituosas diversas:

a) **Não evitar**: na primeira, o agente se omite em face de quaisquer das ações anteriores, quando tinha o *dever de evitá-las*. Ou seja, o agente deixa de agir no sentido de evitar (impedir ou tolher a ocorrência) que a tortura seja praticada. Cuida-se de crime omissivo impróprio (comissivo por omissão), punindo-se a conduta praticada por aquele que deveria evitar a tortura;

b) **Não apurar**: na segunda, o agente também se omite em face da tortura, porém no sentido de não apurá-la, isto é, a tortura já foi praticada, e o sujeito ativo deixa de apurar a sua ocorrência. Funciona, assim, como verdadeiro crime especial de prevaricação (CP, art. 319), desprovido, porém, da intenção de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Cuida-se de crime omissivo próprio, punindo-se a omissão praticada por aquele que tinha o dever de apurar a tortura.

58. STJ, 5ª Turma, REsp 856.706/AC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/05/2010, DJe 28/06/2010.

Como se trata de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, na eventualidade de o mesmo agente garantidor se omitir tanto em *evitar* como em *apurar* uma mesma conduta, haverá um único crime do art. 1º, §2º, desde que ambas as condutas sejam praticadas em um mesmo contexto fático.

Para que possamos compreender as duas figuras delituosas, mister se faz, então, proceder à análise de ambas de maneira separada.

16.1. Não-evitação da prática de qualquer das modalidades de tortura (art. 1º, §2º, 1ª parte).

De acordo com a sistemática adotada como regra geral pelo Código Penal, a omissão é penalmente relevante quando o omitente *devia e podia agir* para evitar o resultado (CP, art. 13, §2º). Omitir, portanto, não é o simples "deixar de fazer alguma coisa", uma mera "inércia". Na verdade, omitir é deixar de fazer aquilo que se devia fazer, e desde que isso fosse possível. A lei penal exige a conjugação de duas situações: 1) **dever de agir**: incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, ou com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado; 2) **poder agir**: não se pode obrigar ninguém a agir sem que tenha a possibilidade pessoal de fazê-lo.

Presente o dever e o poder de agir, o garantidor responderá dolosa ou culposamente, a depender do caso concreto, pelo resultado que devia e podia evitar. Nesse caso, o agente responde pelo resultado não por tê-lo causado, mas por não ter evitado sua ocorrência, estando juridicamente obrigado a fazê-lo, pois, nesse caso, o não impedimento, quando possível, equivale, para o Direito Penal, a causar o resultado. Assim, se um policial militar assistir passivamente a um crime de furto simples praticado por alguém desarmado, cuja consumação só foi possível em virtude da omissão do garantidor, que poderia ter agido, mas optou por não fazê-lo, este deverá responder não pelo delito de prevaricação (CP, art. 319), mas sim pelo crime de furto (CP, art. 155), ou seja, aquele que, devendo e podendo, não tentou evitar.

Com base na regra do art. 13, §2º, do Código Penal, era de se concluir, então, que o garantidor que pudesse agir, mas que se omitisse diante de uma das condutas de tortura previstas no art. 1º, incisos I e II, e §1º, respondesse pelo mesmo crime praticado pelo torturador. Isso porque, à luz do art. 12 do Código Penal, as regras gerais do referido *Codex* são aplicáveis aos fatos incriminados por lei especial, desde que esta não disponha em sentido diverso. Assim, se um Promotor de Justiça soubesse da tortura que estava sendo praticada na sala ao lado da sua por seus auxiliares, e nada fizesse, também responderia pelo crime de tortura.

Ocorre que, inexplicavelmente, o legislador da Lei n. 9.455/97 optou por excepcionar a regra do art. 13, §2º, do Código Penal, outorgando àquele que se omitir em face de uma das condutas previstas no art. 1º, incisos I e II, e §1º, da Lei de Tortura, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, uma figura delituosa diversa, qual seja, a do art. 1º, §2º, com punição bem mais branda do que aquela prevista para os crimes de tortura, qual seja, detenção, de um a quatro anos, o que permite, em tese, a suspensão condicional do processo, a aplicação de penas restritivas de direito e o início do cumprimento da pena em regime aberto ou semiaberto, de acordo com o §7º do art. 1º da presente Lei.

Portanto, com base no princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*), enquanto o torturador estará sujeito à pena de reclusão, de dois a oito anos, respondendo por um dos crimes previstos no art. 1º, incisos I e II, e §1º, o garantidor que podia agir[59] e que tinha o dever de evitar ou apurar tais condutas, estará incurso no crime do art. 1º, §2º, da Lei de Tortura, ao qual é cominada uma singela pena de detenção de um a quatro anos. Revela-se indevida, portanto, a aplicação da regra geral do art. 13, §2º, do CP, porquanto a lei especial dispôs acerca da matéria em sentido diverso. Assim, enquanto um Delegado de Polícia que se omite ao presenciar a "execução sumária" de um suspeito por investigadores responde pelo crime de homicídio, nos termos da regra geral do art. 13, §2º, do CP, se este mesmo Delegado se omitir em face de um crime de tortura, quando podia e devia evitar a sevícia, será punido tão somente pelo crime do art. 1º, §2º, da Lei de Tortura.

A punição do garantidor de maneira bem mais branda pelo art. 1º, §2º, da Lei de Tortura, é considerada inconstitucional por parte da doutrina, não apenas por violar o princípio da isonomia e o próprio princípio da proporcionalidade em sua vertente da vedação da proteção deficiente, mas notadamente porque vem de encontro ao inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o

59. De acordo com a doutrina (BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. Op. cit. p. 72), "a impossibilidade de agir torna atípica a conduta. Assim, não se encontrando o garante na linha dinâmica do perigo, ou não tendo tido ciência prévia da prática da tortura, não lhe pode ser imputado o dever de agir para evitá-la".

terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e *os que, podendo evitá-los, se omitirem.*[60] Viola, ademais, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, que dispõe em seu art. 3º que "serão responsáveis pelo delito de tortura: a) os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, *podendo impedi-lo, não o façam*".

16.1.1. Sujeitos do delito.

Cuida-se de *crime próprio*. Na primeira parte do art. 1º, §2º, da Lei de Tortura, o sujeito ativo é apenas aquele que ocupa a posição de garante e que, por isso, tem o dever de evitar o resultado. O sujeito ativo poderá ser, por exemplo, o pai em relação ao filho menor ou a autoridade policial em relação aos presos custodiados. Portanto, se a mãe (ou companheira) tem conhecimento que o filho está sendo torturado pelo próprio pai, e se mostra conivente por nada fazer para evitar o resultado, o genitor deverá ser responsabilizado por uma das modalidades comissivas do delito de tortura (v.g., art. 1º, II), ao passo que a conduta da genitora subsumir-se-á à figura do §2º ora em análise. A propósito: "(...) Crime de tortura praticado pela companheira do paciente contra sua filha. Omissão do paciente, que vivia em sociedade conjugal de fato com a corré. Relevância causal. Dever de agir, senão de direito ao menos de fato. Ação penal, ademais, transitada em julgado. Ordem indeferida".[61]

16.2. Não-apuração da prática de qualquer das modalidades de tortura (art. 1º, §2º, *in fine*).

A segunda conduta tipificada no §2º do art. 1º diz respeito àquele que se omite em face das condutas anteriores (art. 1º, incisos I e II, e §1º, da Lei n. 9.455/97), quando tinha o *dever de apurá-las*. Nesse caso, o crime de tortura já está consumado, sem que o agente nada pudesse fazer para evitá-lo. Porém, após a consumação do delito, o agente toma conhecimento da sua prática e, não obstante o dever legal de apurá-la, deixa de fazê-lo. *In casu*, a intenção do legislador é coibir eventual corporativismo entre os próprios agentes do Estado, que eventualmente poderiam se quedar inerte no tocante à apuração de crimes de tortura tão somente pelo fato de os investigados também serem funcionários públicos. Cuida-se, portanto, de evidente norma especial em relação aos crimes de prevaricação e condescendência criminosa (CP, arts. 319 e 320, respectivamente).

Nesse caso, o sujeito ativo não é o garante, mas sim aquele que tem a obrigação de apurar a ocorrência de quaisquer das infrações penais descritas na Lei de Tortura (v.g., Delegado de Polícia, Promotor de Justiça, etc.). Trata-se, portanto, de crime omissivo próprio, consumando-se com um *não fazer*, não admitindo, portanto, a tentativa, já que se trata de crime de mera conduta.

16.2.1. Sujeitos do delito.

À semelhança da figura delituosa anteriormente estudada, também se trata de *crime próprio*. O sujeito ativo desse delito poderá ser apenas a autoridade que detém atribuição para a apuração do crime de tortura. É bem verdade que ao Delegado de Polícia incumbe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei (Lei n. 12.830, art. 2º, §1º). Mas daí não se pode concluir que o Delegado seja a única autoridade capaz de figurar como sujeito ativo do crime previsto no art. 1º, §2º, *in fine*, da Lei n. 9.455/97. Afinal, diversos outros agentes do Estado também têm o poder-dever de apurar possíveis delitos de tortura, como, por exemplo, Diretores de Presídios, membros do Ministério Público, etc.[62]

16.2.2. Classificação doutrinária.

Cuida-se de crime próprio, material, monossubjetivo, unissubsistente, formal, de dano ou de perigo, instantâneo, omissivo próprio.

> **§3º** Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

60. No sentido da inconstitucionalidade da primeira parte do §2º do art. 1º da Lei de Tortura: DELMANTO. Op. cit. p. 426. Para os autores, "a conduta do funcionário público que se omite e deixa a vítima ser torturada, podendo e devendo impedir o crime, merece censura mais severa do que aqueles que executam a tortura, diante da sua covardia e do grande dano social que a sua omissão causa, atingindo o próprio Estado Democrático de Direito, em seu âmago". De modo a justificar a validade do tratamento por demais benigno concedido ao omitente no §2º do art. 1º da Lei n. 9.455/97, há quem entenda que referida figura delituosa deva ser interpretada como uma modalidade culposa, e não dolosa. É nesse sentido a lição de Fábio Ramazzini Bechara (*Legislação Penal Especial*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119). Para o autor, "uma outra interpretação possível para o dispositivo em análise é considerar a sua aplicação somente àquele que foi negligente em evitar a tortura, mas não a quis, nem a aceitou, bem como àquele que, tomando conhecimento após a prática da tortura, nada vez para apurar os fatos. Se o omitente tinha o dever legal de agir antes de o crime ser cometido, ou aceitar o risco de sua produção, responderá pela tortura. Tal entendimento ajusta-se ao disposto no art. 5º, XLIII, da CF".

61. STF, 2ª Turma, HC 94.789/RJ, Rel. Min. Eros Grau, j. 27/04/2010, DJe 91 20/05/2010.

62. Nesse contexto: CABETE, Eduardo; SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 661.

17. QUALIFICADORAS DOS CRIMES DE TORTURA.

Se a vítima, em virtude da tortura contra ela praticada, vier a sofrer lesão corporal de natureza grave – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função ou aceleração de parto (CP, art. 129, §1º, I, II, III e IV) – ou gravíssima – incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização do membro, sentido ou função, deformidade permanente ou aborto (CP, art. 129, §2º, I, II, III, IV e V) –, a pena será de reclusão de quatro a dez anos. Se, no entanto, sobrevier a morte da vítima, é dizer, a cessação de suas atividades encefálicas (Lei n. 9.434/97, art. 3º, *caput*), a pena reclusiva terá o mínimo de oito e o máximo de dezesseis anos.

Há certa controvérsia acerca da natureza do crime previsto no art. 1º, §3º, da Lei n. 9.455/97. Vejamos as duas posições acerca do assunto, com seus respectivos argumentos:

a) **crime qualificado pelo resultado, preterdoloso ou não:** o crime qualificado pelo resultado ocorre quando o agente atua com dolo na conduta e dolo quanto ao resultado qualificador, ou dolo na conduta e culpa no que diz respeito ao resultado qualificador. Daí se dizer que todo crime preterdoloso é crime qualificado pelo resultado, mas nem todo crime qualificado pelo resultado é crime preterdoloso. O crime qualificado pelo resultado é o gênero, do qual são suas espécies: dolo e dolo, ou dolo e culpa.[63] Parte minoritária da doutrina sustenta que o resultado qualificador constante do §3º do art. 1º - lesão grave, gravíssima, ou morte, pode ser atribuído ao agente tanto a título de dolo quanto a título de culpa. Fosse a intenção do legislador construir uma figura preterdolosa, ou seja, com dolo na primeira etapa (tortura) e somente culpa na segunda (lesão ou morte), deveria ter sido explícito nesse sentido, o que não ocorreu;[64]

b) **crime qualificado pelo resultado necessariamente preterdoloso (nossa posição)**: é dominante o entendimento no sentido de que o crime do art. 1º, §3º, da Lei n. 9.455/97, é exclusivamente preterdoloso, ou seja, dolo no antecedente e culpa no consequente.[65] Portanto, o agente não quis, nem assumiu o risco de provocar as lesões corporais graves ou gravíssimas, nem tampouco a morte do acusado. Tais resultados decorreram da ação dolosa de torturar, e só lhe devem ser debitados se os houver ao menos causado culposamente. Logo, se o agente não desejava o resultado morte por ocasião da prática da tortura, mas a ele deu causa de maneira culposa, deverá responder pela figura típica do art. 1º, §3º, da Lei n. 9.455/97. Se, todavia, o dolo do agente era o de matar (*animus necandi*), valendo-se da tortura como meio de execução, o correto enquadramento típico será o do art. 121, §2º, III, do Código Penal (homicídio qualificado pela tortura). Por fim, se o agente estiver praticando a tortura para obter uma determinada informação e, após consegui-la, resolver eliminar a vida do torturado de modo a ocultar aquele delito, deverá responder pelo crime de tortura do art. 1º, I, "a", da Lei n. 9.455/97, em concurso material com o delito de homicídio qualificado do art. 121, §2º, V, do CP ("para assegurar a ocultação de outro crime"). Nesse caso, não há falar em progressão criminosa para fins de se concluir que o agente deverá responder apenas pelo crime de homicídio qualificado, porquanto estamos diante de condutas autônomas que atentam contra bens jurídicos diversos.

17.1. Abrangência das qualificadoras do §3º do art. 1º da Lei n. 9.455/97.

Não há consenso na doutrina acerca da amplitude da qualificadora do §3º do art. 1º da Lei n. 9.455/97. Vejamos as diversas correntes acerca da controvérsia, com seus respectivos argumentos:

1) **Primeira corrente**: a qualificadora não atinge nenhuma das condutas omissivas do §2º, ficando sua incidência restrita ao executor da tortura, ou seja, aos crimes do art. 1º, incisos I e II, e §1º. Isso porque o resultado agravador – lesão corporal grave ou gravíssima ou a morte – é consequência direta da violência, grave ameaça ou do sofrimento físico ou mental imposto à vítima, não guardando, pois, qualquer relação com a omissão do agente. É nesse sentido, aliás, a doutrina de Paulo Juricic: "somente o torturador ativo é que poderá responder pela forma qualificada pelo resultado e jamais o omitente que, em qualquer caso, sofrerá, apenas, a sanção mais benéfica da detenção. Assim sendo, não quis o legislador que o omitente respondesse da mesma forma que o torturador, no caso de crime preterintencional, aqui o executor responde pela forma qualificada e o omitente, não".[66]

63. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 220.

64. Com tal entendimento: NUCCI. Op. cit. p. 688.

65. Nessa linha: LIMA, Mauro Faria de. Op. cit. p. 50.

66. JURICIC, Paulo. *Crime de tortura*. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 75. No mesmo sentido: DELMANTO. Op. cit. p. 428; NUCCI. Op. cit. p. 689.

2) **Segunda corrente (posição majoritária)**: a qualificadora ora em análise abrange todas as modalidades de tortura, à exceção da segunda figura do §2º do art. 1º (não apuração), pois o omitente não pode ser responsabilizado pelo resultado agravador. Ora, se o agente deixou de apurar um crime de tortura já consumado, não se revela possível a aplicação da qualificadora em análise, seja por força da ausência de relação de causalidade entre a conduta omissiva e o resultado, seja pela não configuração do concurso de agentes;[67]

3) **Terceira corrente (nossa posição)**: por fim, há quem entenda que a qualificadora também é aplicável a ambas as hipóteses de omissão constantes do §2º do art. 1º. Fábio Roque e outros,[68] por exemplo, sustentam que o fato de o resultado qualificador decorrer diretamente da violência ou da ameaça não obsta a responsabilização pela omissão. A própria posição topográfica das qualificadoras no §3º do art. 1º e o silêncio eloquente quanto à não aplicação à tortura prevista no art. 1º, §2º, reforçam esse entendimento.

> **§4º** Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:
>
> **I** - se o crime é cometido por agente público;
>
> **II** – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei n. 10.741, de 2003)
>
> **III** - se o crime é cometido mediante sequestro.

18. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA.

O §4º do art. 1º da Lei n. 9.455/97 prevê três causas de aumento de pena para os crimes de tortura. Como é sabido, as majorantes deverão incidir na terceira e última fase do cálculo da pena, estabelecendo-se, assim, a denominada *pena definitiva*. Diversamente do que ocorre com as agravantes, que não podem acarretar o aumento da pena a patamar superior aos limites cominados em abstrato pelo tipo penal, a aplicação de uma majorante pode acarretar a fixação da pena acima do máximo abstratamente cominado ao delito.

Pelo menos em regra, as majorantes são aplicáveis a todas as modalidades de tortura acima analisadas.[69] Na eventualidade da presença de mais de uma causa de aumento de pena, como na hipótese, por exemplo, de um crime de tortura ser cometido por um agente público contra criança, revela-se possível, por analogia *in bonam partem*, a aplicação da regra do art. 68, parágrafo único, do Código Penal ("No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua").

A mera indicação do número de majorantes não pode conduzir ao aumento da pena acima do patamar mínimo. Nesse sentido, conquanto elaborada para o crime de roubo circunstanciado, parece-nos perfeitamente possível a aplicação dos ensinamentos constantes da súmula n. 443 do STJ ("O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes"). Destarte, incumbe ao julgador justificar a majoração com base em elementos concretos.[70]

Parte da doutrina sustenta que não se pode cogitar de concurso entre qualificadoras e causas especiais de aumento de pena, sob pena de indevido *bis in idem*. Logo, a causa de aumento de pena do art. 1º, §4º, poderia incidir exclusivamente sobre o preceito sancionatório do tipo básico, e não do tipo derivado.[71] Prevalece, todavia, o entendimento no sentido de que a causa de aumento de pena sob comento também incide sobre as formas qualificadas da tortura, até mesmo porque cada agente deve ser punido de acordo com a sua culpabilidade (CP, art. 29). Ora, se a jurisprudência admite a existência do homicídio qualificado-privilegiado[72] e do furto qualificado-privilegiado,[73] desde que as qualificadoras tenham natureza objetiva, que nada mais são do que exemplos de figuras qualificadas

67. Com esse entendimento: CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. Op. cit. p. 664.

68. Op. cit. p. 462.

69. Nessa linha: BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. Op. cit. p. 74. Em sentido diverso, concluindo que as causas de aumento de pena podem ser aplicadas apenas às figuras simples do crime (art. 1º, *caput*, e §1º) e na figura qualificada do §3º: CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. Op. cit. p. 664.

70. Como já se pronunciou o STF, "(...) a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso I do §4º do art. 1º da Lei 9.455/97 em patamar superior ao mínimo legal (1/6) não prescinde de fundamentação própria, observadas as peculiaridades do caso concreto. Hipótese de elevação acima da fração mínima, precisamente em ¼ (um quarto), desprovida de necessária fundamentação. (...) Habeas corpus extinto sem resolução do mérito, mas com a concessão da ordem de ofício para que o TRF da 3ª Região proceda à nova dosimetria da pena, mediante aplicação da causa de aumento de pena do inciso I do §4º do art. 1º da Lei n. 9.455/97 no mínimo legal de 1/6 (um sexto)". (STF, 1ª Turma, HC 120.711/MS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 10/06/2014, DJe 152 06/08/2014).

71. Com esse entendimento: FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. p. 210.

72. Entendendo não haver contradição no reconhecimento de qualificadora de caráter objetivo (modo de execução do crime), e do privilégio, sempre de natureza subjetiva: STF, 1ª Turma, HC 89.921/PR, Rel. Min. Carlos Britto, j. 12/12/2006, DJe 004 26/04/2007.

73. A propósito, eis o teor da súmula n. 511 do STJ: "É possível o reconhecimento do privilégio previsto no §2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva".

às quais são aplicáveis causas de diminuição de pena, idêntico raciocínio há de ser utilizado quanto à possibilidade de aplicação das causas de aumento de pena às figuras qualificadas.

18.1. Crime cometido por agente público.

O conceito de *agente público* deve ser extraído do art. 2º da nova Lei de Abuso de Autoridade. Logicamente, para fins de incidência da majorante sob comento, o crime de tortura deve ter sido praticado pelo agente público em razão de suas funções (*propter officium*). Nas duas situações em que a condição de agente público é imprescindível para a própria tipificação da tortura – quando o agente tortura alguém sob sua autoridade, desde que se atribua à "autoridade" o conceito legal dado pelo art. 2º da Lei n. 13.869/19, e quando o agente omite a apuração da tortura tendo o dever legal de realizá-la –, parte da doutrina[74] sustenta que não se revela possível a incidência da majorante do art. 1º, §4º, inciso I, da Lei n. 9.455/97, sob pena de verdadeiro *bis in idem*.[75] Nas demais hipóteses em que a qualidade de funcionário público não é uma elementar do crime de tortura, a incidência da presente causa de aumento de pena não caracteriza indevido *bis in idem*.[76] Aliás, quando o crime for cometido por agente público, para além da aplicação da majorante sob análise, o agente também deverá responder pelos atos de improbidade administrativa por ele praticados, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/92.[77]

18.2. Crime cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos.

A majorante do inciso II do §4º do art. 1º da Lei n. 9.455/97 fundamenta-se na situação de fragilidade ou debilidade da vítima, na facilidade que encontra o agente para cometer a tortura e na sua covardia, já que tais pessoas, indubitavelmente, têm menor chance de defesa.

Por isso, em todas as hipóteses, o agente deve ter ciência dessa peculiar situação de fragilidade da vítima, até mesmo para se evitar indevida responsabilização penal objetiva.

O conceito de *criança* e de *adolescente* pode ser extraído do Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo o art. 2º da Lei nº 8.069/90, considera-se *criança* a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos,[78] e *adolescente* aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. *Gestante* é a mulher que está grávida. Como a lei não faz qualquer distinção, é de se concluir que a gestação não necessariamente precisa estar em estágio avançado. Assim, ainda que a gestação esteja nos primeiros meses, se o fato for do conhecimento do agente, afigura-se possível a incidência da majorante. *Portador de deficiência*, por sua vez, é a pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º do *Estatuto da Pessoa com Deficiência* – Lei nº 13.146/15). Por fim, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03) acrescentou ao inciso II do §4º do art. 1º da Lei n. 9.455/97 a figura da vítima maior de 60 (sessenta) anos.

18.3. Crime cometido mediante sequestro.

O sequestro consiste na privação da liberdade de alguém, sem o seu consentimento, por tempo juridicamente relevante. Conquanto o inciso III faça referência apenas ao *sequestro*, que envolve limites espaciais mais amplos, sua aplicação também abrange o *cárcere privado*, que se diferencia daquele por pressupor confinamento, clausura.[79]

74. FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. p. 211.

75. Como já se pronunciou o STJ, "(...) a figura típica prevista no § 2.º, do art. 1.º, da Lei de Tortura, constitui-se em crime próprio, porquanto exige condição especial do sujeito. Ou seja, é um delito que somente pode ser praticado por pessoa que, ao presenciar tortura, omite-se, a despeito do "dever de evitá-las ou apurá-las" (como é o caso do carcereiro policial). Em tais casos, a incidência da circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal, e da majorante de pena estabelecida no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 ("se o crime é cometido por agente público"), constitui evidente *bis in idem* na valoração da condição pessoal do sujeito ativo. (...)". (STJ, HC 131.828/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19/11/2013, DJe 02/12/2013).

76. Por ser maior a reprovabilidade da tortura cometida por agente público, a quem competia justamente cumprir a lei e respeitar direitos individuais, o STJ concluiu ser razoável e proporcional a aplicação da majorante inserta no art. 1º, §4º, I, da Lei n. 9.455/97, a crime de tortura praticado por policiais militares: STJ, 6ª Turma, HC 279.328/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02/09/2014, DJe 22/09/2014.

77. Para o STJ, a tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública: STJ, 1ª Seção, REsp 1.177.910/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26/08/2015, DJe 17/02/2016.

78. Na visão do STJ, o simples fato de um crime de tortura ser cometido – *in casu*, o crime do art. 1º, II, e §4º, II, da Lei n. 9.455/97, na forma do art. 71 do CP – contra uma criança do sexo feminino não tem o condão de atrair a competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Isso porque, no caso concreto, o fato de a menor agredida ser do sexo feminino não teria exercido qualquer influência no delito praticado pela acusada, pois foi a condição de criança que a levou a praticá-lo. Caso a vítima fosse homem, a conduta não deixaria de existir, pois o fundamental para a acusada era a incapacidade de resistência da vítima diante das agressões físicas e mentais praticadas. Destarte, se o delito não tem razão no fato de a vítima ser do gênero mulher, não há falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 172.784/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03/02/2011, DJe 21/02/2011.

79. Nessa linha: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 1.099. E ainda: BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. Op. cit. p. 78.

A causa de aumento de pena em análise só deverá ser aplicada quando o sequestro for o meio empregado pelo agente para concretizar o delito de tortura, sendo imprescindível que a restrição da liberdade ocorra por um tempo juridicamente relevante, sob pena de sempre restar configurada essa causa de aumento de pena, porquanto é impossível a prática da tortura sem que o agente disponha do corpo da vítima.

Nessa hipótese, por força do princípio da consunção, o crime do art. 148 do CP será absorvido pela figura majorada da tortura. Logicamente, se uma vez concluída a prática da tortura, o agente, por meio de desígnio autônomo, deliberar pela manutenção da vítima privada de sua liberdade, o caso não será mais de causa de aumento de pena, mas sim de efetivo concurso material entre os crimes de tortura e sequestro.

Noutro giro, no caso de extorsão mediante sequestro, se acaso a vítima for torturada, o agente deverá responder pelo crime do art. 159 do CP em concurso material com a figura delituosa da tortura prevista no art. 1º da Lei n. 9.455/97, porém sem a aplicação da majorante em apreço.

> **§5º** A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

19. EFEITOS AUTOMÁTICOS DA CONDENAÇÃO.

Como regra geral, o Código Penal (art. 92, I) estabelece como efeito específico da condenação a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.[80] Diversamente dos efeitos genéricos do art. 91 do CP, que se operam por força da própria lei, esses efeitos específicos não são automáticos, nem tampouco obrigatórios, e demandam declaração expressa e fundamentada constante da sentença condenatória. É nesse sentido, a propósito, o teor do art. 92, parágrafo único, do Código Penal: "Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença".

Em sentido distinto, a Lei de Tortura dispõe, em seu art. 1º, §5º, que a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Como se percebe, trata-se de efeito automático da condenação transitada em julgado, não dependente de motivação, ou do tempo de duração da pena.[81]

A aplicação desse efeito da sentença condenatória não está condicionada à existência de requerimento expresso nesse sentido constante da peça acusatória. Ora, sendo a perda do cargo, função ou emprego público, conforme disposto no art. 1º, §5º, da Lei n. 9.455/97, consequência automática da condenação, mostra-se dispensável a veiculação, na denúncia, de pedido visando a sua implementação.[82]

De mais a mais, como o §5º não faz qualquer ressalva, parece-nos possível a aplicação desse efeito automático a toda e qualquer crime previsto na Lei de Tortura, inclusive às figuras omissivas do §2º, até mesmo porque a prática omissiva da conduta tem a mesma carga de ilicitude das modalidades comissivas.

Quanto à interdição para o exercício de *outro* cargo, função ou emprego público, esta terá a duração do dobro do prazo da pena aplicada. Portanto, ainda que o agente condenado pelo crime de tortura tenha logrado êxito em sua reabilitação, não poderá concorrer a nenhum outro cargo, função ou emprego público durante esse interregno. Decorrido esse lapso temporal, o sujeito poderá concorrer novamente a outros cargos

80. Embora o artigo 92, inciso I, alínea "b", do CP, não exija, para a perda do cargo público, que o crime praticado afete bem jurídico que envolva a Administração Pública, a sentença condenatória deve deduzir, de forma fundamentada e concreta, a necessidade de sua destituição, notadamente quando o agente, ao praticar o delito, não se encontrar no exercício das atribuições que o cargo lhe conferia. Por isso, em caso concreto envolvendo um policial civil, que foi condenado a 6 anos de reclusão, em regime semiaberto, porque, em local próximo ao bar onde se comemorava a vitória da seleção brasileira de futebol, após desentendimento verbal e agressões físicas contra um grupo de pessoas, efetuou disparo de arma de fogo, ocasionando o óbito da vítima (art. 121, caput, c/c artigo 65, III, letra "d", ambos do Código Penal), concluiu a 6ª Turma do STJ (REsp 1.044.866/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 02/10/2014, DJe 13/10/2014) pela impossibilidade de se decretar a perda do cargo, haja vista que o juiz de origem não teria ofertado motivação suficiente para justificá-la.

81. No sentido de que a perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura, não sendo necessária fundamentação concreta para a sua aplicação: STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 1.388.953/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/06/2013, DJe 28/06/2013. E ainda: STJ, 6ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 1.079.767/SE, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 17/10/2017, DJe 27/10/2017; STJ, 5ª Turma, HC 134.218/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 06/08/2009, DJe 08/09/2009; STJ, 6ª Turma, HC 47.846/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 11/12/2009, DJe 22/02/2010.

82. Nessa linha, referindo-se, todavia, ao efeito específico do art. 92 do Código Penal: STF, 1ª Turma, HC 93.515/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/06/2009, DJe 121 30/06/2009.

públicos – jamais aquele cuja perda foi declarada (CP, art. 93, parágrafo único) –, já que não se admite a imposição de penas perpétuas (CF, art. 5º, XLVII, "b").

Esses efeitos automáticos da condenação penal devem ser aplicados tão somente quando o agente praticar o crime de tortura no exercício do cargo, emprego ou função. Logo, se o crime não guardar relação com o exercício funcional, revela-se indevida a aplicação do art. 1º, §5º, da Lei n. 9.455/97, o que, no entanto, não impede a aplicação fundamentada do efeito específico da perda do cargo, emprego ou função, previsto no art. 92, II, alínea "b", do Código Penal, se acaso o indivíduo for condenado a uma pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos.

19.1. Perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

De acordo com a Constituição Federal, "o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra" (art. 142, §3º, VI). Ainda segundo a Carta Magna, "o oficial condenado na Justiça Comum ou Militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior (art. 142, §3º, VII). Por fim, consoante disposto no art. 125, §4º, "compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, *cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças*".[83]

Ante o teor desses dispositivos constitucionais, surge a indagação se o militar, condenado pela Justiça Comum pelo crime de tortura antes do advento da Lei n. 13.491/17, poderia perder o cargo e as patentes automaticamente, ou se haveria necessidade de uma decisão da Justiça Militar - Superior Tribunal Militar, no caso da Justiça Militar da União, ou Tribunal de Justiça Militar, nos Estados da Federação que têm Justiça Militar organizada (Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul), ou Tribunal de Justiça do Estado, nos demais Estados , – declarando os efeitos penais impostos pela Lei n. 9.455/97.

Para os Tribunais Superiores, essa perda do posto e da patente dos oficiais, bem como da graduação das praças da corporação militar, por decisão do tribunal competente, mediante procedimento específico, só é exigível quando se tratar de *crime militar*. Nas condenações de militares das Forças Armadas ou de policiais militares ocorridas na Justiça Comum, compete ao juiz prolator do édito condenatório, ou ao respectivo Tribunal, no julgamento da apelação, decretar a perda da função pública. Assim, a título de exemplo, se um policial militar for condenado por crime doloso contra a vida, nas modalidades tentada e consumada, praticado contra civis, ou seja, por *delito comum*, não há qualquer nulidade na imposição da perda do cargo público que ocupava por Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento de apelação interposta pelo Ministério Público.[84]

A propósito, em julgado anterior ao advento da Lei n. 13.491/17, quando a tortura ainda era crime comum, ainda que praticado por militar em serviço, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: "(...) O crime de tortura, tipificado na Lei nº 9.455/97, não se qualifica como delito de natureza castrense, achando-se incluído, por isso mesmo, na esfera de competência penal da Justiça comum (federal ou local, conforme o caso), ainda que praticado por membro das Forças Armadas ou por integrante da Polícia Militar. Doutrina. Precedentes. - A perda do cargo, função ou emprego público – que configura efeito extrapenal secundário – constitui consequência necessária que resulta, automaticamente, de pleno direito, da condenação penal imposta ao agente público pela

83. Na seara do direito militar, os integrantes de uma mesma Corporação podem ser divididos basicamente em dois círculos: praças e oficiais. A *praça* é o indivíduo que, na hierarquia militar, se situa abaixo do segundo-tenente. Assim, no Exército, temos como *praças* o Subtenente, os sargentos, cabos, soldados, etc. Por sua vez, são considerados *oficiais* do Exército o primeiro-tenente, segundo-tenente, capitão, major, tenente-coronel, coronel, general-de-brigada, general-de-divisão, general-de-exército e Marechal. Noutro giro, *posto* não se confunde com *graduação*. *Posto* é o grau hierárquico do Oficial, conferido por ato da Presidência da República ou de Ministro Militar e confirmada em Carta Patente (Lei nº 5.774/71, art. 17, § 1º). *Graduação* é o grau hierárquico da *praça*, conferido pela autoridade militar competente (Lei nº 5.774, art. 17, § 3º).

84. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 144.441/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/06/2010, DJe 30/08/2010. No sentido de que Tribunal de Justiça local tem competência para decretar, como consequência da condenação, a perda da patente e do posto de oficial da Polícia Militar, na hipótese de a condenação *não versar sobre crime militar*: STF, 2ª Turma, HC 92.181/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/06/2008, DJe 142 31/07/2008. No sentido de que, em se tratando de *crime comum* praticado por militar, compete à Justiça Comum decretar a perda do cargo, enquanto efeito da condenação, consoante previsto no art. 92, I, b, do Código Penal. STF, 1ª Turma, Ag. Reg. no ARE 717.734/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 04/02/2014. Para o STJ (5ª Turma, RMS 15.711/GO, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 20/11/2003, DJ 08/03/2004), a competência do tribunal competente para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais prevista no art. 125, §4º, da CF, só deve ser observada nos casos de crimes militares, daí por que, tratando-se de infração disciplinar apurada em *procedimento administrativo*, onde observados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração.

prática do crime de tortura, ainda que se cuide de integrante da Polícia Militar, não se lhe aplicando, a despeito de tratar-se de Oficial da Corporação, a cláusula inscrita no art. 125, § 4º, da Constituição da República. Doutrina. Precedentes. (...)".[85]

Como se percebe, enquanto a tortura era considerada *crime comum* – antes da Lei n. 13.491/17 –, não havia necessidade de processo perante a Justiça Militar para fins de aplicação do art. 1º, §5º, da Lei n. 9.455/97. Todavia, a partir do momento em que a tortura passou a ser *crime militar* se acaso praticada numa das condições do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças passa a depender de procedimento específico que deve tramitar perante a Justiça Militar.

§6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

20. VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA E (IM) POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA CUMULADA COM AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.

O art. 1º, §6º, primeira parte, da Lei n. 9.455/97, dispõe que o crime de tortura é *inafiançável*, ou seja, não admite liberdade provisória com fiança. Reproduz, assim, o que a própria Constituição Federal (art. 5º, XLIII) dispõe ao tratar dos crimes hediondos e equiparados. A questão tormentosa acerca dessa vedação à fiança é a seguinte: pode haver uma vedação peremptória à concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança?

Em relação aos crimes inafiançáveis listados pela própria Constituição – racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, os definidos como crimes hediondos e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático –, não há maiores discussões quanto ao não cabimento de fiança, o que foi inclusive reforçado com a nova redação do art. 323, incisos I, II e III, do CPP. Em relação a esses delitos, não cabe liberdade provisória com fiança, por imposição do próprio legislador constituinte originário.

Mas e a liberdade provisória sem fiança, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão? Poderia o legislador ordinário vedá-la peremptoriamente? Ao longo dos anos, sempre prevaleceu o entendimento de que não haveria qualquer inconstitucionalidade nessa vedação, sobretudo em virtude do teor da própria Constituição, segundo a qual ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (CF, art. 5º, LXVI). Assim, se a lei vedava a concessão de liberdade provisória, fazendo uso do permissivo constitucional, não haveria razão para se questionar a validade do dispositivo legal.[86] Ademais, havia quem dissesse que, nas hipóteses em que a própria Constituição Federal veda a concessão de fiança, também estaria vedada, por consequência, a concessão de liberdade provisória sem fiança.

Esse entendimento, todavia, foi sendo gradativamente modificado. Isso porque o inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal não pode ser interpretado de maneira isolada dos demais dispositivos constitucionais que cuidam da prisão cautelar. Em outras palavras, apesar de o inciso LXVI do art. 5º da Carta Magna parecer deixar nas mãos do legislador ordinário a discricionariedade para vedar (ou não) a concessão da liberdade provisória, não se pode perder de vista que a mesma Constituição contempla o princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), bem como a regra de que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória tem natureza cautelar, ficando sua decretação condicionada à ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI).

Em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), e a regra de tratamento que dele deriva no sentido de que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória deva ter natureza cautelar, ficando sua decretação condicionada à ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI), não se pode privar o magistrado da análise da necessidade (ou não) da manutenção da prisão cautelar do agente, impondo-se verdadeira prisão *ex lege*.

85. STF, 2ª Turma, AI 769.637 AgR-ED-ED/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/06/2013, DJe 205 15/10/2013. No mesmo sentido: STF, 2ª Turma, HC 92.181/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/06/2008, DJe 142 31/07/2008. No mesmo contexto: NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 553.

86. É essa a posição de Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Marco Antônio Garcia Baz: *Fiança criminal e liberdade provisória*. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 72-73. Com raciocínio semelhante: BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, pp. 235-236. No sentido de que a vedação à concessão do benefício da liberdade provisória prevista no art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 é fundamento suficiente para o impedimento da concessão do benefício ao paciente: STF, 2ª Turma, HC 86.814/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 26/05/2006, p. 38.

O próprio art. 310, inciso II, do CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11, determina que, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá o juiz fundamentadamente converter a prisão em flagrante em preventiva, se acaso presentes os requisitos constantes do art. 312 e se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Fica evidente que a manutenção da prisão daquele que fora detido em flagrante se baseia em necessidade cautelar, cuja análise deve ser feita exclusivamente pela autoridade judiciária competente à luz das particularidades infinitas que cada caso concreto pode trazer, e não o legislador, partindo de presunções que nem sempre correspondem à realidade. A conversão da prisão em flagrante em preventiva deve, necessariamente, estar calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos que dão legitimidade à medida.

Ao tratar das medidas cautelares diversas da prisão nos arts. 319 e 320 do CPP, o legislador não estabeleceu qualquer restrição à concessão dessas medidas a crimes inafiançáveis como a tortura. Portanto, quanto ao autor dessas infrações inafiançáveis, quer esteja ele em liberdade desde a prática do delito, quer tenha sido preso em flagrante, embora esteja vedada a concessão de fiança, pensamos ser perfeitamente possível a concessão de liberdade provisória cumulada com a imposição de todas as demais medidas cautelares diversas da prisão listadas no art. 319 do CPP, à exceção da fiança.

A propósito, o próprio art. 321 do CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11, estabelece que o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 e observados os critérios constantes do art. 282, quando considerar que a adoção de tais medidas seja suficiente para produzir o mesmo resultado que seria produzido pela prisão preventiva, porém com menor grau de lesividade à liberdade de locomoção do agente.[87]

Aliás, firmada a premissa no sentido do cabimento da liberdade provisória sem fiança para crimes inafiançáveis, como, por exemplo, a tortura, parece-nos que as demais medidas cautelares diversas da prisão (CPP, arts. 319 e 320) à exceção da fiança devem ser obrigatoriamente utilizadas pelo magistrado, de modo a se evitar que o autor de um crime de tortura, por exemplo, seja colocado em liberdade com a imposição de vínculos menos rigorosos que aqueles estabelecidos para a liberdade provisória com fiança.

Explica-se: quando alguém é beneficiado com a liberdade provisória com fiança, ficará sujeito às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do CPP: comparecimento perante a autoridade todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução, proibição de mudança de residência ou de se ausentar por mais de 8 (oito) dias sem prévia autorização judicial, sob pena de quebramento da fiança. Ora, se para os crimes afiançáveis são impostos tais vínculos, seria no mínimo desarrazoado que o autor de um crime hediondo e/ou equiparado (v.g., tortura), tido por inafiançável por força da própria Constituição Federal, fosse colocado em regime de liberdade provisória sem fiança com a imposição de vínculos menos gravosos que aqueles. Haveria evidente violação não apenas ao princípio da isonomia, porquanto autores de crimes mais graves estariam recebendo tratamento mais benéfico do que autores de infrações afiançáveis, mas também ao mandamento constitucional do art. 5º, XLIII, que impõe tratamento mais severo aos crimes hediondos e equiparados.[88]

21. (DES) NECESSIDADE DE DEFESA PRELIMINAR NOS PROCEDIMENTOS PENAIS REFERENTES AO CRIME DE TORTURA.

Como se sabe, a *defesa* ou *resposta preliminar* é uma oportunidade que o acusado tem de ser ouvido antes de o juiz receber a peça acusatória, objetivando impedir a instauração de um processo temerário. Esta peça defensiva visa evitar o processo como pena, isto é, impedir a instauração de processo leviano, com base em acusação que a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da peça acusatória possa, de logo, demonstrar de todo infundada. O momento processual para a apresentação da defesa preliminar é entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória. Como a peça em questão é apresentada antes de o juiz receber a peça acusatória, infere-se que seu escopo principal é o de convencer o magistrado acerca da presença de uma das hipóteses que autorizam a rejeição da peça acusatória: inépcia da

87. Admitindo a adoção das medidas alternativas à prisão cautelar descritas no art. 319 do Código de Processo Penal em crimes hediondos e equiparados: STF, 2ª Turma, HC 110.844, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 19/06/2012.

88. Nesse sentido: CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2011. p 45. Na mesma linha: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 222.

inicial, ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação; falta de justa causa para o exercício da ação penal (CPP, art. 395, I, II e III).

A defesa preliminar pode ser encontrada em diversos procedimentos: a) Lei de Drogas (art. 55 da Lei n. 11.343/06); b) Procedimento originário dos Tribunais (art. 4º da Lei n. 8.038/90); c) Juizados Especiais Criminais (art. 81 da Lei n. 9.099/95); d) crimes funcionais afiançáveis: de acordo com o art. 514 do CPP, nos crimes afiançáveis praticados por funcionário público, também há previsão legal de defesa preliminar, que deve ser oferecida dentro do prazo de 15 (quinze) dias.

Esse procedimento constante do art. 514 do CPP não é aplicável aos crimes de tortura praticados por funcionário público. A uma porque, como exposto anteriormente, não se trata de crime afiançável. A duas porque tal procedimento somente se aplica aos delitos funcionais típicos, descritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Portanto, o simples fato de se tratar de acusado que ostente a condição de funcionário público não atrai a incidência do art. 514 do Código de Processo Penal, pois, em verdade, faz-se necessário que o ilícito penal a ele atribuído seja próprio, funcional, no qual a condição de funcionário público seja inerente à prática do crime.

É nesse sentido a orientação dos Tribunais Superiores, senão vejamos: "(...) O procedimento especial previsto no Capítulo II, do Título II, do Código de Processo Penal, apenas se aplica aos crimes próprios e impróprios previstos no Código Penal, não abarcando outros ilícitos comuns, ainda que a qualidade de funcionário público os qualifique ou caracterize causa de aumento de pena. No caso, o paciente foi condenado pelos crimes descritos no art. 1º, inciso I, alínea a, c/c o § 4º, da Lei n.º 9.455/1997, e no art. 299 do Código Penal, situação que afasta a obrigatoriedade de oferecimento de resposta antes do recebimento da denúncia, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal. Precedentes. (...)".[89]

22. INSUSCETIBILIDADE DE GRAÇA, ANISTIA E INDULTO.

Ao contrário da Lei dos Crimes Hediondos, que veda expressamente a concessão da anistia, da graça e do indulto (Lei nº 8.072/90, art. 2º, I), a Lei nº 9.455/97 proíbe apenas a graça e a anistia. Em face da omissão da proibição do indulto, parte da doutrina sustenta que, por se tratar de norma especial e posterior, o art. 2º, I, terceira figura, da Lei nº 8.072/90, teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 9.455/97. Logo, condenados pela prática de crimes hediondos, tráfico de drogas e terrorismo também fariam jus ao indulto.[90]

A despeito desse entendimento doutrinário, sob o argumento de que a proibição do indulto decorre diretamente da Constituição Federal, que, ao vedar a graça em seu art. 5º, XLIII, também estaria por vedar implicitamente o indulto,[91] há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é vedada a concessão de indulto aos condenados pela prática do crime de tortura, ou qualquer outro crime hediondo e equiparado.[92]

> **§7º** O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

23. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

Quando a Lei de Tortura entrou em vigor no dia 8 de abril de 1997, a Lei dos Crimes Hediondos dispunha que o condenado pela prática de crimes hediondos e equiparados deveria cumprir a pena em regime *integralmente* fechado. De maneira surpreendente, porém, a Lei n. 9.455/97 conferiu tratamento mais benéfico ao autor do crime de tortura, dispondo que apenas o início do cumprimento da pena deveria ser feito no regime fechado (art. 1º, §7º).

A doutrina passou, então, a sustentar a tese de revogação tácita da redação original do art.

89. STJ, 5ª Turma, HC 167.503/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/05/2013, DJe 29/05/2013.

90. Nesse sentido: GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 106. No sentido do cabimento do indulto em relação ao condenado pelo crime de tortura: ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit. p. 468; DELMANTO. Op. cit. p. 431.

91. No sentido de o instituto da graça, previsto no art. 5º, inciso XLIII, da CF, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional: STF, 2ª Turma, HC 115.099/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19/02/2013, DJe 049 13/03/2013. Para Nucci (op. cit. p. 682), "indulto e graça são institutos da mesma natureza (é a clemência concedida a condenados pelo Presidente da República). Além disso, dentre as atribuições do Presidente (art. 84, XII, CF), figura apenas a possibilidade de concessão de indulto, porém a leitura que se faz, inclusive com aplicação prática, é 'indulto coletivo' ou 'indulto individual' (graça). Em suma, por uma questão de lógica, no art. 5º, XLIII, onde se lê *graça*, leia-se também *indulto*".

92. No sentido da inconstitucionalidade de o indulto ser concedido aos condenados por crimes hediondos, *de tortura*, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação: STF, Pleno, ADI 2.795 MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 08/05/2003, DJ 20/06/2003. Ainda no sentido da constitucionalidade da vedação ao indulto aos condenados por crimes hediondos constante do art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90: STJ, 5ª Turma, REsp 279.434/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 06/04/2001, DJ 01/10/2001 p. 237.

2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Explica-se: como o crime de tortura é equiparado a hediondo pela própria Constituição Federal (art. 5º, XLIII), isso significa dizer que a tais delitos deve ser conferido tratamento semelhante, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Logo, se o crime de tortura passou a admitir o cumprimento da pena em regime *inicial* fechado, idêntico benefício também devia ser concedido aos autores de crimes hediondos e equiparados. Esse entendimento, todavia, não foi aceito pelos Tribunais à época. A propósito, eis o teor da **súmula nº 698 do STF**: "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura".

Com o passar dos anos, porém, o Supremo Tribunal Federal acabou declarando a inconstitucionalidade da redação original da redação original do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Na visão da Suprema Corte, por força do princípio da individualização da pena, não se poderia admitir que o legislador ordinário excluísse a possibilidade de individualização da pena durante a fase executória, sob pena de violação ao art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Por isso, o Supremo deliberou por afastar a vedação em abstrato à progressão de regimes, ficando a critério do Juízo da Execução a apreciação, no caso concreto, dos requisitos objetivos e subjetivos listados pelo art. 112 da Lei de Execução Penal.[93]

Na esteira da decisão proferida no HC 82.959/SP, o Supremo deliberou pela edição da **súmula vinculante nº 26**: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico". Apesar de o Supremo não ter deliberado, formalmente, pelo cancelamento da Súmula nº 698, é evidente que sua validade restou prejudicada com a decisão proferida no HC 82.959/SP e com a edição da súmula vinculante nº 26.

Ante a decisão proferida pelo Supremo no julgamento do HC 82.959/SP, o Congresso Nacional deliberou por modificar a redação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que passou a dispor: "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Recentemente, porém, o Plenário do Supremo declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, na parte em que contida a obrigatoriedade de fixação de regime fechado para início de cumprimento de reprimenda aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Destarte, pelo menos em tese, deve ser admitido o início de cumprimento de reprimenda em regime diverso do fechado a condenados que preencham os requisitos previstos no art. 33, § 2º, b; e § 3º, do CP.[94]

Ora, se o Plenário do Supremo afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c/c art. 59, ambos do CP, é evidente que essa interpretação também deve ser aplicada aos crimes equiparados a hediondo, a exemplo da tortura. Logo, a despeito do disposto no art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97, também não é obrigatório que o condenado por crime de tortura inicie o cumprimento da pena no regime prisional fechado.

Nesse sentido, como já se pronunciou a 5ª Turma do STJ, "(...) é flagrante o constrangimento ilegal em relação à fixação do regime inicial fechado com base no art. 1.º, § 7.º, da Lei de Tortura. Com a declaração pelo Pretório Excelso da inconstitucionalidade do regime integral fechado e do § 1.º do art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos, com redação dada pela lei n.º 11.464/2007 – também aplicável ao crime de tortura -, o cumprimento da pena passou a ser regido pelas disposições gerais do Código Penal. Porém, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, cabível aplicar inicialmente o regime prisional semiaberto, atendendo ao disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto".[95]

Sem embargo desse entendimento, mesmo após a decisão proferida pelo Plenário do STF no julgamento do HC 111.840/ES, a 1ª Turma do Supremo vem entendendo que o condenado por crime de tortura deve *iniciar* o cumprimento da pena em

93. STF, Pleno, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006.

94. STF, Pleno, HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, 27/06/2012. Admitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime inicial aberto para o crime de tráfico de drogas: STF, 2ª Turma, HC 111.844/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/04/2012; STF, 2ª Turma, HC 112.195/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012. Admitindo a fixação de regime prisional diferente do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas: STJ, 3ª Seção, EREsp 1.285.631/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24/10/2012; STF, 2ª Turma, HC 133.308/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29/03/2016.

95. STJ, 5ª Turma, HC 286.925/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/05/2014, DJe 21/05/2014.

regime fechado, nos termos do disposto no § 7º do art. 1º da Lei 9.455/1997. Para o Supremo, em consonância com a Constituição Federal, a Lei n. 9.455/97 teria feito uma opção válida, ao prever que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução da pena, ainda que fixada no mínimo legal, deveria ser cumprida inicialmente em regime fechado, sem prejuízo de posterior progressão.[96]

Independentemente dessa discussão, é certo dizer que o condenado pelo crime de tortura-omissão (art. 1º, §2º) não deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. A uma porque a pena cominada ao referido delito é de detenção, de um a quatro anos, o que significa dizer que o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o semiaberto ou aberto, consoante disposto no art. 33, *caput*, do Código Penal. A duas porque o próprio art. 1º, §7º, da Lei n. 9.455/97 excepciona a *hipótese do §2º* da obrigatoriedade de iniciar o cumprimento da pena em regime fechado ("O condenado por crime previsto nesta Lei, *salvo a hipótese do §2º*, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado").

Por fim, e ainda no que se refere ao cumprimento da pena privativa de liberdade, revela-se inadmissível a substituição por restritiva de direitos. Isso porque a referida substituição tem como pressuposto básico a inexistência de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa (CP, art. 44, I), o que, à evidência, não é o caso da tortura.[97]

> **Art. 2º.** O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

24. EXTRATERRITORIALIDADE INCONDICIONADA DA LEI PENAL BRASILEIRA.

A Lei n. 9.455/97 será aplicável ainda que o crime de tortura tenha sido praticado fora do território nacional em duas situações:

a) vítima brasileira (nata, naturalizada ou até mesmo com dupla cidadania): ante o disposto no art. 7º, §3º, do Código Penal, que manda aplicar a lei penal brasileira "ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil", é de se concluir que a primeira parte do art. 2º da Lei n. 9.455/97 é absolutamente dispensável. Todavia, há uma diferença marcante entre a regra do art. 2º em relação ao art. 7º, §3º, do CP, qual seja, a desnecessidade de preenchimento das condições de procedibilidade constantes das alíneas do §2º e do próprio §3º do art. 7º do CP. Por conseguinte, à luz do art. 2º da Lei n. 9.455/97, toda e qualquer pessoa, independentemente da nacionalidade, que praticar atos de tortura contra vítima brasileira fora do Brasil poderá ser processado e condenado, ainda que não tenha ingressado no território nacional, pouco importando, ademais, se foi condenado ou absolvido no país em que o crime foi executado.[98] Como se pode notar, a Lei n. 9.455/97 criou, assim, mais uma hipótese de extraterritorialidade incondicionada regulada pelo princípio de defesa (ou real);[99]

b) se o sujeito ativo encontrar-se em local sob jurisdição brasileira: a segunda parte do art. 2º da Lei de Tortura prevê a aplicabilidade da lei penal brasileira no tocante ao agente que tiver sido localizado em lugar sob jurisdição brasileira. Destarte, se o agente, brasileiro ou não, vier a praticar tortura em território estrangeiro e, na sequência, ingressar no Brasil, aplicar-se-á a lei penal brasileira. Logo, não havendo a extradição de estrangeiro acusado ou condenado pela prática de tortura no exterior, o Brasil assume o compromisso de processá-lo por esse delito a partir do momento em que se encontrar em local sob jurisdição brasileira, mesmo que a vítima não seja de origem nacional. De se notar que, à luz do princípio da Justiça Universal, criou-se mais uma hipótese de extraterritorialidade.

Especificamente quanto aos crimes de tortura cometidos fora do território nacional aos quais é aplicável a lei penal brasileira por força do art. 2º da Lei n. 9.455/97, é de se recordar que a competência para o processo e julgamento recai, pelo menos em regra, sobre a Justiça Comum Estadual,

96. STF, 1ª Turma, HC 123.316/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/06/2015, DJe 154 05/08/2015.

97. Em processo criminal referente ao delito de tortura, a 2ª Turma do STF (HC 84.037/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2004, DJ 30/04/2004) concluiu ser inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por se tratar de crime praticado com violência (CP, art. 44, I). Considerando ser inerente ao próprio tipo penal do crime de tortura a prática de violência ou grave ameaça, o STJ também precedentes no sentido de não ser cabível a hipótese de substituição da pena, ante o disposto no inciso I do art. 44 do CP. A propósito: STJ, 5ª Turma, HC 70.910/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 10/05/207, DJ 18/06/2007 p. 285.

98. Se o agente tiver sido punido no país estrangeiro em que o crime foi praticado, incidirá o princípio *ne bis in idem* previsto no art. 8º do CP: "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas".

99. Reconhecendo a possibilidade de aplicação da lei penal brasileira ao crime de tortura cometido no exterior, por agentes estrangeiros, contra vítimas brasileiras, tanto por força do art. 7º, II, a, § 2º, do Código Penal, como por força do art. 2º, da Lei nº 9.455/97: STJ, 3ª Seção, CC 107.397/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 24/09/2014, DJe 01/10/2014.

salvo se presente uma das hipóteses do art. 109 da Constituição Federal. Como já se pronunciou o STJ, "(...) a competência da jurisdição federal se dá em caso de crime à distância previsto em tratado internacional, o que não ocorre quando o crime por inteiro se verifica no estrangeiro. Tampouco se tem provocação e hipótese de grave violação a direitos humanos, ou danos diretos a bens ou serviços de entes federais. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Estadual, ora suscitante".[100]

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

25. VIGÊNCIA DA LEI N. 9.455/97.

A Lei n. 9.455/97 entrou em vigor no dia 08 de abril de 1997, data de sua publicação.

Art. 4º. Revoga-se o art. 233 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Brasília, 7 de abril de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 8.4.1997.

26. REVOGAÇÃO DO ART. 233 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

O art. 233 da Lei n. 8.069/90 possuía a seguinte redação: "Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura: Pena – reclusão de um a cinco anos. § 1º Se resultar lesão corporal grave: Pena - reclusão de dois a oito anos. § 2º Se resultar lesão corporal gravíssima: Pena - reclusão de quatro a doze anos. § 3º Se resultar morte: Pena - reclusão de quinze a trinta anos".

Com a entrada em vigor do art. 4º da Lei n. 9.455/97, tal dispositivo legal foi revogado. Não há falar, porém, em *abolitio criminis*. Afinal, lei posterior não deixou de considerar crime tal prática. Deveras, por força do princípio da continuidade normativo-típica, eventual crime de tortura cometido contra criança ou adolescente sob a égide do revogado art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente continuou sendo punível com fundamento na Lei n. 9.455/97, porém com as penas previstas na Lei n. 8.069/90, que, por serem mais benéficas, seriam dotadas de ultra-atividade, haja vista o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL).

Nessa esteira, como se pronunciou o STJ, "(...) em matéria penal, a nova lei que redefine a conduta criminal, editada no curso do processo, não provoca o fenômeno da *abolitio criminis*, ensejando, todavia, a ultratividade da lei penal antiga mais benigna. Embora o art. 233 da Lei nº 8.069/90 (ECA), que tipificava o crime de tortura contra menores, tenha sido revogado pelo art. 4º da Lei nº 9.455/97, esta conduta recebeu definição criminal neste novo diploma legal, de forma mais gravosa, impondo-se, portanto, a aplicação da lei anterior, mais benéfica. Recurso ordinário desprovido".[101]

Ad argumentandum tantum, ainda que o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente tivesse sido revogado, sem que a vedação a tal conduta tivesse migrado para outro diploma normativo, nem tampouco tivesse entrado em vigor uma Lei que vedasse a tortura de maneira ainda mais abrangente, é certo concluir que haveria flagrante inconstitucionalidade. Com efeito, a face negativa da dignidade da pessoa humana, conhecida como proibição ou vedação ao retrocesso – ou efeito *cliquet*, em referência ao mosquetão dos alpinistas, definindo um movimento que só permite aos mesmos subirem, não lhes sendo possível retroceder em seu percurso –, estabelece que, quando uma garantia ou direito é conquistado pela sociedade, não é possível desconstituí-lo ou revogá-lo, sob pena de retrocesso na proteção dos direitos fundamentais. Assim, à luz das lições de Canotilho,[102] ter-se-ia como inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios.

100. STJ, 3ª Seção, CC 107.397/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 24/09/2014, DJe 01/10/2014.

101. STJ, 6ª Turma, RHC 10.049/CE, Rel. Min. Vicente Leal, j. 06/12/2001, DJ 18/02/2002 p. 494.

102. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 336.

TRÁFICO DE DROGAS

LEI 11.343/2006

TÍTULO I
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

1. SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (SISNAD).

A Lei nº 11.343/06 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD –, que tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. Entre os arts. 3º e 17, a Lei de Drogas trata não apenas das finalidades do SISNAD, como também de seus princípios e objetivos, de sua composição e organização, regulamentada pelo Decreto nº 5.912/2006, e da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas.

De acordo com o Decreto nº 5.912/2006 (art. 2º), integram o SISNAD: a) o Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça; b) a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), na qualidade de secretaria-executiva do colegiado; c) o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como de repressão ao tráfico de drogas no âmbito do Poder Executivo federal e dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; d) as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.

O art. 1º da Lei nº 11.343/06 deixa claro que o principal objetivo da Lei de Drogas é conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante de drogas. Sob a premissa de que a pena privativa de liberdade em nada contribui para o problema social do uso indevido de drogas, o qual deve ser encarado como um problema de saúde pública – e não "de polícia" –, a Lei nº 11.343/06 inovou em relação à legislação pretérita, abolindo a possibilidade de aplicação de tal espécie de pena ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Noutro giro, entre os arts. 20 a 26, a Lei de Drogas também busca implementar ações destinadas à redução dos riscos e dos danos à saúde através da controversa política da *redução de danos* (v.g., distribuição de seringas aos usuários de drogas). Em outra vertente, a repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas é objeto de um Título autônomo (Título IV), no qual a Lei de Drogas não apenas tipifica os crimes relativos ao tráfico, como também estabelece um procedimento especial e dispõe sobre a apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado.

2. DEFINIÇÃO DE DROGAS.

Ao contrário da legislação pretérita, que fazia uso da terminologia *substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*, a Lei nº 11.343/06 optou por fazer uso da expressão *drogas*, denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde, definida pela própria Lei em seu art. 1º, parágrafo único, como as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, sendo certo que, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, denominam-se *drogas* as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998.[1]

Como a compreensão do conceito de *drogas* e, consequentemente, do próprio preceito primário dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, demanda uma complementação por meio de lei ou portaria, trata-se de espécie de norma penal em branco.

2.1. Norma penal em branco (primariamente remetida).

Norma penal em branco é aquela cuja compreensão do preceito primário demanda complementação. Em outras palavras, por mais que exista a descrição de uma conduta proibida, esta descrição demanda um complemento extraído de um outro diploma, como, por exemplo, leis, decretos, regulamentos, etc., para que se possa compreender os limites da proibição feita pela lei penal.[2]

É o que ocorre, por exemplo, com os crimes de drogas. O termo *drogas* constante dos diversos dispositivos previstos na Lei nº 11.343/06 não funciona como elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do magistrado. Na verdade, há um verdadeiro *branco* que precisa ser complementado por norma específica. Ou seja, somente após a leitura da Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é que poderemos saber se esta ou aquela substância é considerada *droga* para fins de aplicação dos tipos penais constantes da Lei nº 11.343/06. Destarte, ainda que determinada substância seja capaz de causar dependência física ou psíquica, se ela não constar da Portaria SVS/MS 344/98, não haverá tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das condutas previstas na Lei nº 11.343/06.

As normas penais em branco subdividem-se em dois grupos:

a) **normas penais em branco homogêneas (em sentido amplo ou homólogas)**: seu complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma cujo preceito primário precisa ser complementado. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 237 do Código Penal ("Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta"), já que as causas de impedimento de casamento previstas no art. 1521, incisos I a VII, do Código Civil, provêm da mesma fonte de produção responsável pela elaboração do Código Penal, ou seja, pelo Congresso Nacional. Essas normas penais em branco homogêneas, por sua vez, subdividem-se em: a.1) **homovitelína**: são aquelas cuja norma complementar é do mesmo ramo do direito que a principal, ou seja, a lei penal será complementada por outra lei penal (ex: o preceito primário do crime de uso de documento falso previsto no art. 304 do CP é complementado pelos arts. 297 a 302, que se referem aos papéis falsificados ou alterados que podem ser objeto de uso); e a.2) **heterovitelína**: têm suas respectivas normas complementares oriundas de outro ramo do direito (v.g., o art. 178 do CP, que trata do crime de emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*, é complementado pelas normas comerciais que disciplinam esse título de crédito);

b) **normas penais em branco heterogêneas (em sentido estrito ou heterólogas)**: seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou. É o que ocorre com os crimes de drogas, vez que o complemento necessário é produzido por uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde (ANVISA), logo, ligada ao Poder Executivo (v.g., art. 33 da Lei nº 11.343/06 e Portaria nº 344 da ANVISA). A propósito, o art. 14 do Decreto nº 5.912/2006, que regulamenta a Lei de Drogas, dispõe expressamente: "Art. 14. Para o cumprimento do disposto neste Decreto, são competências específicas dos órgãos e entidades que compõem o SISNAD: I – do Ministério da Saúde: a) publicar listas atualizadas periodicamente das substâncias ou produtos capazes de causar dependência".

Na medida em que o complemento das normas penais em branco heterogêneas é fornecido por

1. Para mais detalhes acerca da Portaria SVS/MS 344/1998, remetemos o leitor aos comentários feitos ao art. 66 da Lei de Drogas.

2. Nessa linha: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 14ª ed. Niterói/RJ, Impetus, 2012. p. 20. Ainda segundo o autor, as normas penais em branco não se confundem com as normas penais incompletas ou imperfeitas (secundariamente remetidas), que são aquelas cujo preceito secundário demanda complementação, ou seja, para que se possa saber a sanção imposta, a lei nos remete a outro texto legal (v.g., art. 304 do CP).

fonte estranha ao Congresso Nacional, discute-se na doutrina até que ponto essa *administrativização da lei penal* seria (ou não) compatível com o princípio da legalidade.

De um lado, parte minoritária da doutrina entende que haveria violação ao princípio da legalidade, porquanto essa transferência da regulamentação de tipos penais incriminadores a funcionários e órgãos do poder executivo caracterizaria violação ao art. 22, inciso I, que permite apenas à União, por meio do Congresso Nacional, legislar sobre Direito Penal. De mais a mais, também haveria violação à garantia da *lex populi*, consectário lógico do princípio democrático, do valor dos direitos fundamentais e do sentido liberal e garantista do Estado de Direito, por força do qual o monopólio normativo, no âmbito das escolhas criminalizantes ou penalizantes (ou seja: do Direito Penal incriminador), recai apenas sobre o Poder Legislativo, porque lei ('penal') é o que o povo manda e constitui (*lex est quod populus jubet atque constituit*).[3]

Prevalece, todavia, o entendimento de que a utilização de normas penais em branco heterogêneas não caracteriza violação ao princípio da legalidade, desde que o *núcleo essencial da conduta* seja descrito no tipo penal incriminador que demanda complementação, tal qual ocorre em relação aos crimes de drogas.

Outra polêmica decorrente da classificação dos crimes de drogas como espécies de normas penais em branco heterogêneas diz respeito à possível alteração do complemento da norma e retroatividade em favor do acusado, tal como pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de exclusão de determinada droga da lista de substâncias entorpecentes fornecida pela ANVISA. Nesse caso, parece haver consenso na doutrina quanto à possibilidade de retroatividade da norma complementar mais benéfica, já que se trata de verdadeira *abolitio criminis*, nos termos do art. 2º do Código Penal.

> **Art. 2º** Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.
>
> **Parágrafo único.** Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

3. RESSALVAS À PROIBIÇÃO DAS DROGAS.

O art. 2º da Lei nº 11.343/06 estabelece uma proibição em todo o território nacional do plantio, da cultura, da colheita e da exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, estabelecendo, todavia, duas ressalvas: a) plantas de uso estritamente ritualístico-religioso; b) quando houver autorização legal ou regulamentar para fins medicinais ou científicos.[4]

Quanto ao cultivo de plantas para uso em rituais mágicos ou religiosos, o art. 2º, *caput*, da Lei de Drogas, faz menção expressa à Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. O art. 32.4 da Convenção de Viena dispõe sobre as reservas que os países podem fazer em relação ao conteúdo da Convenção, e sobre as substâncias utilizadas em rituais religiosos, regulamentando que: "O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderão, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do art. 7º, exceto quanto às disposições relativas ao comércio internacional" (Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977).

Importante notar que o art. 2º, *caput*, não autoriza, *de per si*, o cultivo de plantas de uso ritualístico-religioso. Para tanto, também se faz necessária a concessão de autorização legal ou regulamentar. É o que ocorre, por exemplo, com o chá *Ayahuasca*, produto da decocção do cipó *Banisteriopsis caapi* e da folha *Psychotria viridis*, utilizado pelo movimento religioso conhecido como *Santo Daime*. A respeito dessa bebida, um relatório apresentado por Grupo Multidisciplinar de Trabalho instituído no âmbito do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas concluiu que "o uso ritualístico religioso da *Ayahuasca*, há muito

3. Gomes, Luiz Flávio. *Direito Penal:* parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. 2, p. 36-37.

4. Para mais detalhes acerca dessa licença prévia para a produção de drogas para fins medicinais ou científicos, vide adiante comentários ao art. 31.

reconhecido como prática legítima, constitui-se manifestação cultural indissociável da identidade das populações tradicionais da Amazônia e de parte da população urbana do País, cabendo ao Estado não só garantir o pleno exercício desse direito à manifestação cultural, mas também protegê-la por quaisquer meios de acautelamento e prevenção, nos termos do art. 2º, *caput*, Lei 11.343/06 e art. 215, *caput* e § 1º c/c art. 216, *caput* e §§ 1º e 4º da Constituição Federal" (Resolução nº 1/2010 do CONAD).

(...)

Capítulo III
DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I – admoestação verbal;

II – multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

4. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.

Sem dúvida alguma, uma das principais novidades introduzidas pela Lei nº 11.343/06 diz respeito à mudança da política criminal em relação ao usuário de drogas. Se, à época da vigência do art. 16 da Lei nº 6.368/76, o usuário de drogas estava sujeito a uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, com o advento da Lei nº 11.343/06, o preceito secundário do art. 28 passou a cominar as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão, que, nesse caso, traz poucos senão nenhum benefício à saúde do indivíduo. De mais a mais, é fato que a prisão de usuários não traz nenhum benefício à sociedade. A uma porque impede que a eles seja dispensada a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz para eventual dependência química. A duas porque a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fator de profissionalização de criminosos.

A propósito, eis o teor da justificativa final do Senado ao Projeto de Lei nº 115, convertido na Lei nº 11.343/06, veiculado pelo parecer 846 da Comissão de assuntos sociais do Senado: "O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob

todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer".

5. NATUREZA JURÍDICA DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS.

A partir do momento em que a nova Lei de Drogas deixou de prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, surgiu intensa controvérsia acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Basicamente, há 3 (três) posições distintas:

a) **descriminalização formal e transformação em infração *sui generis***: considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com prisão simples e multa (Decreto-Lei nº 3.914/41, art. 1º), teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. É nesse sentido o entendimento de Luiz Flávio Gomes. Segundo o autor, o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser considerado como "crime", passando a funcionar como uma infração penal *sui generis* de menor potencial ofensivo;[5]

b) **descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador**: sob o argumento de que teria havido descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*, há quem entenda que o art. 28 da Lei de Drogas não mais pertence ao Direito Penal, funcionando, na verdade, como uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final;[6]

c) **despenalização e manutenção do status de crime:** despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, pelo menos, sua redução. É exatamente isso que ocorreu com o advento da Lei nº 11.343/06, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Ora, o fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 – pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora. Com efeito, de acordo com o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena e adotará, *entre outras*, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Como se percebe, o próprio constituinte originário outorga ao legislador a possibilidade de, por ocasião da fase legislativa de individualização da pena, não apenas aplicar as penas ressalvadas no texto constitucional, como também criar outras penas ali não indicadas expressamente. Afinal, a expressão *entre outras* constante do referido dispositivo constitucional demonstra que o rol de penas aí previsto é meramente exemplificativo. Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela Lei nº 11.343/06 em um Capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas" (Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30).[7]

5. GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111. Segundo o autor, descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, ou seja, o fato descrito na lei penal como infração penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: a) formal: retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal, tal qual ocorreu em relação ao art. 28 da Lei de Drogas; b) penal: elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo; c) substancial: afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente.

6. BIANCHINI, Alice. *Lei de Drogas comentada*. Coordenador: Luiz Flávio Gomes. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

7. Para o Supremo, teria havido mera "despenalização", entendida como a exclusão, para o tipo do art. 28 da Lei de Drogas, das penas privativas de liberdade, sendo inviável cogitar-se de *abolitio criminis*: STF, 1ª Turma, RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007, DJe 004 26/04/2007. Para o Ministro Sepúlveda Pertence, também pesou o fato de que, fosse considerado o art. 28 mera infração *sui generis*, a conduta praticada pelo menor de 18 (dezoito) anos não poderia ser considerada um ato infracional, já que o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) considera 'ato infracional' apenas a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Logo, o menor poderia cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que fosse possível a imposição de qualquer medida socioeducativa.

Se o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime doloso da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado, é de se concluir que o flagrante de porte de drogas para consumo pessoal cometido no interior de estabelecimento prisional caracteriza falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal.[8] Nesse caso, é imprescindível a confecção do laudo toxicológico para comprovar a materialidade da infração disciplinar e a natureza da substância encontrada com o apenado no interior do presídio.[9]

Quanto à possibilidade de anterior condenação irrecorrível pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal ser utilizada para fins de reconhecimento da *reincidência*, autorizando, assim, a aplicação da agravante genérica do art. 61, I, do CP, e o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, à falta de preenchimento do requisito legal relativo à primariedade, há 2 correntes:

a) 1ª corrente: não há ilegalidade na utilização de anterior sentença condenatória irrecorrível pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal para aplicação da agravante genérica da reincidência, nos termos dos arts. 63 e 64 do Código Penal;[10]

b) 2ª corrente (nossa posição): é desproporcional o reconhecimento da reincidência no delito de tráfico de drogas que tenha por fundamento a existência de condenação com trânsito em julgado por crime anterior de posse de droga para uso próprio. Como é cediço, a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência, pois o art. 63 do CP é expresso ao se referir à pratica de novo crime. Assim, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com *advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade* e *medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Assim, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.[11]

6. BEM JURÍDICO TUTELADO.

Trata-se de crime contra a saúde pública. Em termos genéricos, o bem jurídico "saúde pública" tem base constitucional expressa prevista no art. 196 e seguintes da Carta Magna, em que se reconhece a saúde como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Cuida-se de crime de perigo abstrato, e não de dano. Crimes de dano são aqueles que, para a sua consumação, é indispensável que haja efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio. De seu turno, crimes de perigo são aqueles em que há uma probabilidade

8. No sentido de que, por se tratar de crime doloso, o porte de drogas para consumo pessoal caracteriza falta grave: STJ, 6ª Turma, HC 201.083/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS –, j. 09/08/2011, DJe 24/08/2011; STJ, 5ª Turma, HC 167.848/RS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 06/09/2011, DJe 10/10/2011. E ainda: STJ, 6ª Turma, HC 462.612/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/09/2018, DJe 03/10/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 452.232/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 11/09/2018, DJe 17/09/2018; STJ, 6ª Turma, HC 166.458/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 07/02/2012, DJe 29/02/2012.

9. A propósito: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 448.115/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/04/2019, DJe 07/05/2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 407.301/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 05/06/2018, DJe 12/06/2018; STJ, 6ª Turma, HC 406.154/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28/11/2017, DJe 04/12/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 394.873/MG, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 21/09/2017, DJe 04/10/2017; STJ, 6ª Turma, HC 394.872/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27/06/2017, DJe 01/08/2017.

10. STJ, 5ª Turma, HC 113.645/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19/10/2010, DJe 22/11/2010. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 275.126/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 18/9/2014; STJ, 6ª Turma, HC 292.292/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 05/06/2014, DJe 25/06/2014; STJ, 5ª Turma, HC 297.854/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 14/10/2014, DJe 20/10/2014.

11. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, REsp 1.672.654/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/08/2018, DJe 30/08/2018; STJ, 5ª Turma, HC 453.437/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04/10/2018, DJe 15/10/2018. E ainda: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.778.346/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/04/2019, DJe 03/05/2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 475.304/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12/03/2019, DJe 29/03/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.776.781/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 26/02/2019, DJe 13/03/2019; STJ, 5ª Turma, HC 478.757/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/02/2019, DJe 11/02/2019.

de dano, que, no entanto, não precisa ocorrer para a consumação do delito. Na verdade, quando o legislador cria um crime de perigo, seu objetivo é levar a efeito a punição do agente antes que sua conduta venha, efetivamente, a causar lesão ao bem juridicamente protegido. Por isso, os crimes de perigo são, em regra, de natureza subsidiária, sendo absorvidos pelos crimes de dano. Há duas espécies de crimes de perigo:

a) **crimes de perigo abstrato:** nesse caso, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico. Na verdade, baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Há, pois, uma presunção de que a prática de determinada conduta representa um risco ao bem jurídico, sendo desnecessária, portanto, a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que o tipo penal visa evitar (v.g., porte ilegal de arma de fogo);[12]

b) **crimes de perigo concreto**: a situação de perigo supostamente criada pela conduta do agente faz parte do tipo penal, daí por que deve ser comprovada no caso concreto, sob pena de atipicidade da conduta. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro ("Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, *gerando perigo de dano*"), cujo juízo de tipicidade demanda a comprovação, no caso concreto, que a condução de veículo automotor pelo agente trouxe risco à vida ou à saúde de outrem (v.g., motorista em zigue-zague, na contramão, em alta velocidade, etc.).

Conquanto parte da doutrina seja contrária aos crimes de perigo abstrato, por entender que, à luz do princípio da ofensividade (ou lesividade), só se justifica a punição de determinado crime se a conduta do agente produzir efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado,[13] tais crimes são amplamente admitidos pela jurisprudência pátria. Para o Supremo, a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.

A propósito, pronunciando-se em relação ao crime de embriaguez ao volante (Lei nº 9.503/97, art. 306), que passou a ser crime de perigo abstrato, o Supremo concluiu que a objetividade jurídica desse delito transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. Assim, é de todo irrelevante indagar se o comportamento do agente atinge, ou não, algum bem jurídico tutelado, sendo legítima a opção legislativa por objetivar a proteção da segurança da própria coletividade. Não há necessidade de se comprovar risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.[14]

6.1. Princípio da insignificância.

Hodiernamente, a tipicidade não é mais estudada tão somente sob um ponto de vista formal. Para além da adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal – tipicidade formal –, só se pode admitir a intervenção do Direito Penal quando estritamente necessária à proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, e apenas naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade – tipicidade

12. Na visão do STJ, o delito do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro é espécie de crime de perigo abstrato. A propósito, eis o teor da súmula n. 575 do STJ: "Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo".

13. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. Série "As Ciências Criminais no Século XXI". Vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

14. STF, 2ª Turma, HC 109.269/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/09/2011, DJe 195 10/10/2011. Com o mesmo entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 175.385/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/03/2011. Em sentido semelhante, reconhecendo a legitimidade da criminalização do crime de perigo abstrato de porte de arma de fogo desmuniciada porquanto, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.), a danosidade é intrínseca a tal objeto, daí por que absolutamente necessária a tipificação dessa conduta para a tutela da segurança pública (art. 6º e 144, CF) e, indiretamente, da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica do indivíduo: STF, 2ª Turma, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012, DJe 62 26/03/2012.

material. Afinal, por sua natureza fragmentária e subsidiária, o Direito Penal não deve se ocupar de bagatelas. Daí a importância do princípio da insignificância, que funciona como causa excludente da tipicidade material, quando presentes os seguintes pressupostos: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Se os Tribunais Superiores têm admitido a aplicação do princípio da insignificância a diversos crimes, inclusive contra a administração pública,[15] ainda paira certa controvérsia acerca da possibilidade de aplicação do referido postulado aos crimes de porte de drogas para consumo pessoal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é firme o entendimento no sentido de que a pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de porte de drogas para consumo pessoal, não afasta a tipicidade da conduta. Se se trata de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, dificilmente o agente será surpreendido com grande quantidade de droga. Portanto, ainda que ínfima a quantidade apreendida, não se admite a aplicação do princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade material.[16]

O porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio ilícito, contribuindo para difusão dos tóxicos. Ademais, após certo tempo e grau de consumo, o usuário de drogas precisa de maiores quantidades para atingir o mesmo efeito obtido quando do início do consumo, gerando, assim, uma compulsão quase incontrolável pela próxima dose. Nesse passo, não há como negar que o usuário de drogas, ao buscar alimentar o seu vício, acaba estimulando diretamente o comércio ilegal de drogas e, com ele, todos os outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc. O consumo de drogas ilícitas é proibido não apenas pelo mal que a substância faz ao usuário, mas, também, pelo perigo que o consumidor dessas gera à sociedade. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. Além disso, a reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. Vale dizer, o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência, sendo, por isso mesmo, irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado. Por fim, não se pode olvidar que o legislador, ao editar a Lei 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do art. 28 do referido diploma legal, a fim de possibilitar a sua recuperação. Dessa maneira, a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a sua saúde, além de evitar a reiteração do delito. Nesse contexto, em razão da política criminal adotada pela Lei 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida.[17]

Inicialmente, o Supremo também entendia que o princípio da insignificância não podia ser aplicado ao crime comum de porte de drogas para

15. Admitindo a aplicação do princípio da insignificância em relação a crime de peculato praticado por militar, *in casu*, um fogão avaliado em R$ 455,00 (quatrocentos e cinqüenta e cinco) reais: STF, 1ª Turma, HC 87.478/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/08/2006, DJ 23/02/2007.

16. STJ, 5ª Turma, HC 158.955/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/05/2011, DJe 30/05/2011. Em sentido semelhante: STJ, 5ª Turma, HC 158.938/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22/02/2011, DJe 21/03/2011.

17. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, RHC 35.920/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/5/2014.

consumo pessoal. A uma porque presente a periculosidade social da ação, uma vez que se trata de crime de perigo presumido. A duas porque a Lei nº 11.343/06 já teria abrandado as penas a serem impostas ao usuário de drogas, impondo medidas de caráter educativo com o objetivo de prevenir o uso indevido de drogas e buscar a reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Logo, ainda que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, há de ser reconhecida a tipicidade material do delito pelo menos para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente.[18]

Mais recentemente, porém, nota-se uma mudança de orientação da Suprema Corte, pelo menos no âmbito de sua 1ª Turma, que já tem alguns precedentes no sentido da aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06, desde que ínfima a quantidade de droga apreendida com o usuário – *in casu*, 0,6 g de maconha, quantidade equivalente a um único ou menos de um cigarro da droga.[19]

6.2. Constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Apesar da despenalização produzida pela Lei nº 11.343/06 em relação ao porte de drogas para consumo pessoal, afastando-se a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, a legislação brasileira ainda incrimina a conduta do indivíduo que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Para muitos, essa opção pela punição do porte de drogas para consumo pessoal seria incompatível com a Constituição Federal, seja por violar o direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), seja por se mostrar incompatível com o princípio da ofensividade. Nesse contexto, Maria Lúcia Karam sustenta que o porte de drogas para consumo pessoal em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, não afeta nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e as suas opções pessoais. Logo, como o Estado não está autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode intervir sobre condutas de tal natureza, vez que o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser, conquanto não afete concretamente direitos de terceiros.[20]

Em sentido semelhante, Luiz Flávio Gomes advoga que, à luz do princípio da ofensividade, não existe crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, admite-se a intervenção do Direito Penal apenas quando houver uma lesão concreta ou real (não se admite a punição por crimes de perigo abstrato), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito Penal) e intolerável. Logo, por força da ausência de transcendentalidade da ofensa, não haverá crime diante da ofensa a bens jurídicos pessoais (v.g., tentativa de suicídio, autolesão, etc.). Por isso, como o porte de drogas para consumo pessoal não ultrapassa o âmbito privado do agente, não se pode admitir a incriminação penal de tal conduta.[21]

A despeito desse entendimento, ainda prevalece a orientação no sentido de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é incompatível com a Constituição Federal. Por mais que o agente traga a droga consigo para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas. De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício. Ademais, a aquisição de drogas por parte do usuário serve como forte estímulo para a prática do tráfico de drogas. Noutro giro, por mais que seja verdade que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não venha surtindo o efeito desejado, nem por isso se pode cogitar da possibilidade de renunciarmos à tutela do direito penal para coibir tal conduta. Fosse assim, condutas delituosas diversas como homicídios, latrocínios e roubos também deveriam ser descriminalizadas, porquanto a utilização do Direito Penal como instrumento para coibir tais condutas delituosas também não vem surtindo os efeitos desejados, infelizmente.

18. STF, 1ª Turma, HC 81.734/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 26/03/2002, DJ 07/06/2002. Em sentido semelhante: STF, 1ª Turma, HC 102.940/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15/02/2011, DJe 65 05/04/2011.

19. STF, 1ª Turma, HC 110.475/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/02/2012, DJe 54 14/03/2012.

20. KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo. *Boletim IBCCRIM*, ano 14, nº 167, p. 7, out., 2006.

21. *Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 122. De acordo com o autor, outros países latino-americanos já deixaram de punir o usuário de drogas, seja pelo reconhecimento judicial da inconstitucionalidade (v.g., Argentina e Colômbia), seja pela opção legislativa em descriminalizar o ato (v.g., México).

Prova disso, na lição de Mendonça e Carvalho, é a situação das "Cracolândias" espalhadas por todo o território nacional, onde grupos de cidadãos transformam-se em flagelados por conta da dependência química gerada pelo uso descontrolado de drogas, passando a praticar uma infinidade de crimes de modo a sustentar o vício. Para os autores, "embora se saiba que, para essas hipóteses, é mais útil a intervenção estatal a partir de políticas públicas voltadas ao tratamento e principalmente à reinserção social dos dependentes, visando trazê-los de volta ao seio social, não se pode privar o Estado de todos os meios preventivos e repressivos dessa verdadeira catástrofe social, dentre os quais a perspectiva de punição penal ao usuário".[22]

De todo modo, convém destacar que a matéria deve ser apreciada em breve pelo Supremo Tribunal Federal. Consoante notícia de 22 de dezembro de 2011, o Plenário do Supremo admitiu a existência de repercussão geral em Recurso Extraordinário (RE 635.659) no qual um acusado foi condenado à pena de 2 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade pelo Juizado Especial Criminal de Diadema/SP. A Defensoria Pública de São Paulo questiona a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas à luz do direito à intimidade e à vida privada e diante do princípio da ofensividade.[23]

7. SUJEITOS DO CRIME.

O crime de porte de drogas para consumo pessoal pode ser praticado por qualquer pessoa. Como se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, o sujeito passivo é a coletividade. Este crime é punido em virtude da potencialidade lesiva que pode causar a toda a sociedade, e não em função da proteção à saúde do próprio usuário, porquanto não se pode admitir a punição da autolesão em um ordenamento jurídico que consagra o princípio da ofensividade.

8. CONDUTAS TÍPICAS.

O art. 28 da Lei de Drogas incrimina as condutas de *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo.* Cuida-se de tipo misto alternativo. Logo, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena. Pouco importa que o autor tenha adquirido determinada substância entorpecente para consumo pessoal, transportado-a para determinado lugar onde foi mantida em depósito para uso posterior. Terá praticado um crime único, por força da incidência do princípio da alternatividade. Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

São 5 (cinco) as condutas típicas do art. 28, a saber:

a) **adquirir**: consiste na obtenção da propriedade de alguma coisa, de maneira gratuita ou onerosa. Pouco importa a forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, à prazo, em dinheiro, em cheque, cartão de débito, etc. Desde que evidenciada a existência de um acordo de vontades sobre a droga e o preço, não há necessidade de tradição da droga ao seu adquirente, nem tampouco o pagamento do valor acordado;

b) **guardar**: tomar conta da droga, protegendo, tendo-a sob vigilância, geralmente por meio de ocultação, tendo a clandestinidade como sua característica marcante. Trata-se de crime permanente;

c) **trazer consigo**: transportar junto ao corpo (v.g., na bolsa, no bolso da calça, etc.) ou em seu interior. Trata-se de crime permanente;

d) **ter em depósito**: consiste em manter em reservatório ou armazém, conservando a coisa. Caracteriza-se pela mobilidade e transitoriedade, no sentido de ser possível um rápido deslocamento da droga de um lugar para outro. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público, pouco importando o local de armazenamento da droga. Cuida-se de crime permanente;

e) **transportar**: consiste em levar a droga de um lugar para outro, geralmente por meio não pessoal, característica esta que a diferencia da modalidade "trazer consigo". Portanto, se um indivíduo levar a droga para determinado local utilizando seu veículo automotor, deverá responder pelo verbo "transportar", ao passo que, na hipótese de apreensão da droga junto ao próprio corpo, o correto enquadramento típico deve ser feito no "trazer consigo". Também se trata de crime permanente.

22. MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo.* 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 62.

23. Após o deferimento do ingresso de diversas entidades como *amici curiae*, os autos do RE 635.659 estão conclusos ao Relator (Min. Gilmar Mendes) desde o dia 22 de abril de 2013.

8.1. Atipicidade do uso de drogas.

Dentre os cinco verbos nucleares do art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, não consta a conduta de mero *uso da droga*. Aliás, não por outro motivo, grande parte da doutrina prefere se referir ao art. 28 com o *nomen iuris* de *porte de drogas para consumo pessoal*, e não simplesmente *uso de drogas*.

Pelo menos em regra, se o indivíduo é flagrado usando substância entorpecente, deverá responder pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, não por conta do "uso da droga", que é uma conduta atípica, mas sim porque é muito provável que, antes do uso, já tenha praticado uma das condutas incriminadas pelo art. 28, como por exemplo, o *adquirir* ou *trazer consigo*. Nesse caso, a fim de se comprovar a materialidade delitiva por meio do exame toxicológico, é imprescindível que parte da substância entorpecente seja apreendida.

No entanto, o uso de drogas nem sempre será precedido das condutas de *adquirir* ou *trazer consigo*. Com efeito, é perfeitamente possível que determinado indivíduo, sem ter consciência de que uma pessoa de seu relacionamento havia adquirido determinada substância entorpecente, trazendo-a consigo, resolva simplesmente anuir ao uso da droga. Nesse caso, como o uso da droga não consta do art. 28 como uma das condutas típicas, o ideal é concluir pela atipicidade do fato, até mesmo porque o perigo à saúde pública consubstanciado pelo fato de o agente trazer a droga consigo teria desaparecido com o consumo da substância entorpecente. De mais a mais, fosse o *uso da droga* considerado crime, não haveria necessidade de tipificação autônoma da conduta daquele que auxilia, instiga ou determina alguém a usar a droga (art. 33, § 2º), pois a norma de extensão do art. 29 do Código Penal seria suficiente para abranger o concurso de agentes para esse suposto "uso de droga".[24]

Na vigência da antiga Lei de Drogas, cujo art. 16 também não incriminava o *uso de drogas*, a matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "(...) É mais que razoável o entendimento dos que entendem não realizado o tipo do art. 16 da Lei de entorpecentes (L. 6.368/76) na conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, *incontinenti*, a consome: a incriminação do porte de tóxico para uso próprio só se pode explicar – segundo a doutrina subjacente à lei – como delito contra a saúde pública, que se insere entre os crimes contra a incolumidade pública, que só se configuram em fatos que "acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado grupo de pessoas" (Hungria). De qualquer sorte, conforme jurisprudência sedimentada, o exame toxicológico positivo da substância de porte vedado é elemento essencial à validade da condenação pelo crime cogitado, o que pressupõe sua apreensão na posse do agente e não de terceiro: impossível, assim, imputar a alguém a posse anterior do único cigarro de maconha que teria fumado em ocasião anterior, se só se pode apreender e submeter à perícia resíduos daquela encontrados com o outro acusado, em contexto diverso".[25]

9. TIPO SUBJETIVO.

O crime é punido exclusivamente a título doloso. O dolo abrange a consciência e a vontade de praticar uma das condutas típicas descritas no art. 28, com a consciência de que se trata de substância entorpecente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A caracterização do crime do art. 28 da Lei de Drogas também depende da presença do elemento subjetivo especial do tipo representado pela expressão "para consumo pessoal". Logo, é de todo relevante aferir se a droga era destinada ao consumo pessoal do agente ou se, do contrário, sua finalidade era fomentar o uso da substância entorpecente entre terceiros. Portanto, além do dolo, que pressupõe a consciência e vontade de, por exemplo, trazer consigo a droga, o tipo penal sob comento também faz referência a uma intenção especial do agente: "para consumo pessoal".

Face a necessidade desse especial fim de agir de o agente trazer a droga consigo *para consumo pessoal*, o art. 28 da Lei de Drogas é considerado um tipo incongruente (ou congruente assimétrico). Diferencia-se, pois, dos crimes de tráfico de drogas, que são espécies de tipos congruentes, vez que, nesse caso, há uma perfeita adequação entre os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, isto é, são infrações desprovidas de qualquer outro elemento subjetivo – o chamado dolo específico da doutrina tradicional (ou especial fim de agir).[26]

24. Nesse contexto: JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei Antitóxicos anotada*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 89. Na mesma linha, segundo Mendonça e Carvalho (op. cit. p. 60), "não poderia ser punido o atleta cujo exame antidoping demonstre o uso de droga, como ocorreu, há alguns anos, com um jogador de vôlei da seleção brasileira".

25. STF, 1ª Turma, HC 79.189/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2000, DJ 09/03/2001.

26. Como já se pronunciou o STJ, o tráfico de drogas é congruente (ou congruente simétrico), esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo, sendo que, para sua adequação típica, não se faz necessário qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Noutro giro, o crime de porte de drogas para consumo pessoal apresenta a estrutura de

10. DISTINÇÃO ENTRE O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O TRÁFICO DE DROGAS.

Pelo menos no momento inicial da persecução penal, incumbe à autoridade policial e ao próprio Ministério Público fazer um juízo de valor acerca da conduta delituosa praticada pelo agente, sobretudo de modo a diferenciar eventual porte de drogas para consumo pessoal do crime de tráfico de drogas. Tanto é verdade que o próprio art. 52, inciso I, da Lei de Drogas, prevê que, por ocasião da apresentação do relatório do inquérito, deverá a autoridade policial justificar as razões que a levaram à classificação do delito, *indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente.*

A despeito da importância dessa classificação provisória inicialmente formulada pela autoridade policial para fins de lavratura de auto de prisão em flagrante – no caso do tráfico de drogas –, ou do termo circunstanciado – na hipótese do porte de drogas para consumo pessoal –, é evidente que o magistrado não fica a ela vinculado, podendo corrigir a adequação do juízo de subsunção feita pelo Delegado ou pelo Promotor, embora o faça de maneira incidental e provisória, apenas para decidir, por exemplo, quanto ao cabimento da liberdade provisória. Afinal, não faria sentido manter o acusado preso ao longo de toda a instrução processual penal para, ao final, desclassificar a imputação para porte de drogas para consumo pessoal e, somente então, poder colocá-lo em liberdade.

Se a tipificação do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 depende da presença da intenção especial do agente "para consumo pessoal", mister se faz distinguir o crime de porte de drogas para consumo pessoal do delito de tráfico de drogas. São dois os sistemas legais utilizados pelos diversos ordenamentos jurídicos para distinguir o usuário do traficante:

a) **sistema da quantificação legal:** nesse caso, é fixado um *quantum* diário para o consumo pessoal. Logo, se a quantidade de droga apreendida com o agente não ultrapassar esse limite diário, não há falar em tráfico de drogas, pois estará caracterizado objetivamente o crime de porte de drogas para consumo pessoal;

b) **sistema da quantificação judicial:** ao contrário do sistema anterior, incumbe ao juiz analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto e decidir se se trata de porte de drogas para consumo pessoal ou tráfico de drogas.

Apesar das críticas de parte da doutrina, o legislador brasileiro adota o critério da quantificação judicial, recaindo sobre a autoridade judiciária a competência para deliberar se a droga encontrada com o agente era para consumo pessoal ou para o tráfico. De modo a auxiliar o magistrado nessa árdua tarefa, o art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, dispõe: "Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente".

Como se percebe, há uma série de critérios que devem ser sopesados para que se possa fazer a distinção entre o usuário e o traficante. Antes de passarmos à análise de cada um deles, convém destacar que tais critérios devem ser analisados em conjunto, globalmente, jamais de maneira separada. Vejamos, então, cada um dos critérios apontados pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06:

1) **natureza e quantidade da substância apreendida:** é evidente que o critério da natureza e da quantidade da droga apreendida não pode ser utilizado como fator exclusivo para se distinguir o tráfico do porte de drogas para consumo pessoal. Afinal, até mesmo para descaracterizar o tráfico de drogas, é muito comum que traficantes tenham à disposição pequena quantidade de drogas. No entanto, a depender das circunstâncias do caso concreto, como, por exemplo, na hipótese em que houver a apreensão de 100 (cem) pedras de crack, a conclusão inevitável é a de que se trata de tráfico de drogas. Ora, atento à realidade em que vive e observando aquilo que as regras de experiência demonstram que normalmente acontece, o intérprete deverá concluir que tal quantidade jamais poderia ser consumida por um único indivíduo. Afinal, apesar de o crime do art. 28 da Lei de Drogas não explicitar a quantidade de entorpecente apta à caracterização do delito, a expressão "para consumo pessoal" descrita no tipo penal sugere que a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão. Em outras palavras, para a configuração do crime do art. 28, é de rigor que a quantidade de substância apreendida seja pequena,

congruente assimétrico (ou incongruente), visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo consumo pessoal: STJ, 5ª Turma, REsp 282.728/GO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12/11/2002, DJ 16/12/2002 p. 359. E ainda: STJ, 5ª Turma, REsp 846.481/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/03/2007, DJ 30/04/2007 p. 340.

de modo a permitir o consumo pessoal, pois, do contrário, poderia se estar diante do tráfico de drogas.[27] Nesse contexto, assim se pronunciou o STJ: "Estando a materialidade demonstrada com a apreensão da droga e não se negando a autoria do fato, a quantidade do entorpecente, mais de quatro quilos, a que se somam os dados acidentais e os contornos acessórios do fato, podem justificar o Juízo condenatório quando firmada a evidência de não corresponder a ação do agente, por qualquer argumento, ao uso de entorpecente. Assim, penso que o princípio *in dubio pro reo* aplicado pelo Tribunal *a quo* violou aquilo que se conhece por razoável, na medida em que, na espécie, não se cogita do imponderável sobre a existência do fato e da autoria, mas, ao contrário, se denota, de forma efetiva, que a conduta restou voltada para a traficância. Ademais, enquadrando-se a conduta no núcleo "importar", é de se pressupor que a ação delituosa tenha se perfectibilizada com a simples entrada do entorpecente no território nacional;"[28]

2) **local e condições da ação:** em conjunto com os demais critérios apontados pelo art. 28, § 2º, o local e as condições em que se desenvolveu a ação também podem ser utilizados para que se possa distinguir o tráfico do delito de porte de drogas para consumo pessoal. Com efeito, se o agente for surpreendido em determinada localidade conhecida como ponto de distribuição de drogas, trazendo consigo a substância entorpecente acondicionada em pequenas embalagens para venda, sendo com ele apreendido grande numerário em dinheiro, provavelmente recebido dos usuários, demonstrando-se, ademais, uma constante movimentação de pessoas para o consumo e aquisição de drogas, há de se concluir que se trata de tráfico de drogas;

3) **circunstâncias sociais e pessoais:** embora não seja um critério absoluto, leva-se em consideração a condição econômica do agente, no sentido de que a apreensão de grande quantidade de droga em poder de pessoa pobre seria um indicativo da traficância. A propósito, há alguns anos, um conhecido ator de televisão foi flagrado comprando uma quantidade razoável de drogas. À primeira vista, poder-se-ia pensar em tráfico de drogas, face a quantidade de substância entorpecente apreendida. No entanto, restou comprovado que o agente teria comprado uma quantidade elevada porquanto tinha receio de ser flagrado pela polícia (ou pela mídia) caso tivesse que comparecer diariamente a pontos de vendas de drogas para aquisição da substância destinada ao seu consumo pessoal. Ainda em relação às circunstâncias pessoais, convém destacar que a circunstância de ser o agente considerado usuário ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de entorpecente, mormente quando comprovada a sua condição de traficante e a considerável quantidade com ele apreendida (v.g., cerca de cinco quilos de cocaína);[29]

4) **conduta e antecedentes do agente:** parte da doutrina considera indevida a utilização dos antecedentes do agente como critério para aferição do *consumo pessoal* ou da traficância, sob o argumento de que se trata de verdadeiro Direito Penal do Autor. Nessa linha, Samuel Miranda Arruda[30] sustenta que uma análise objetiva do fato delituoso seria colocada em segundo plano para se dar preponderância à apreciação subjetiva do agente, criando-se verdadeira presunção de culpabilidade em detrimento de agentes reincidentes ou portadores de maus antecedentes, o que, à evidência, viria de encontro ao princípio da presunção de inocência. A nosso ver, se é verdade que os antecedentes do agente, isoladamente considerados, não podem ser utilizados para se aferir se se trata de tráfico ou porte de drogas para consumo pessoal, também não é menos verdade que, em conjunto com os demais critérios apontados pelo art. 28, § 2º (v.g., natureza e quantidade da droga apreendida), não há qualquer óbice à utilização dos antecedentes como mais um critério indicativo de possível traficância. Deveras, se o agente foi flagrado transportando várias pedras de crack em conhecido ponto de venda de drogas, ostentando condenações anteriores pelo crime de tráfico de drogas, parece não haver dúvidas de que seus maus antecedentes podem ser utilizados pelo magistrado como mais um critério indicativo da finalidade de mercancia. Enfim, desde que analisados em conjunto com os demais critérios de aferição do consumo pessoal, os antecedentes do acusado podem ser sopesados pelo magistrado

27. Nessa linha: STJ, 3ª Seção, EREsp 290.445/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 27/04/2005, DJ 11/05/2005 p. 162.

28. STJ, 6ª Turma, REsp 817.058/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/06/2009, DJe 25/06/2009. Com o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas configura o *animus* de traficar, somente ilidível quando alega a finalidade exclusiva de uso próprio, com robusto material probante favorável ao mesmo: STJ, 5ª Turma, REsp 163.640/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 19/08/1999, DJ 04/10/1999 p. 78. No sentido de que a posse de 21 (vinte e um) invólucros de plástico contendo cocaína caracteriza o crime de tráfico de drogas: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.007.409/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 30/10/2008, DJe 01/12/2008. No sentido de que a apreensão de pequena quantidade de droga – 1,5 grama de maconha – inviabiliza a condenação pela prática do crime de tráfico de drogas se não houver outras provas corroborando a traficância: STF, 2ª Turma, HC 123.221/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/10/2014.

29. STF, 2ª Turma, HC 73.197 MC/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 02/04/1996, DJ 22/11/1996.

30. *Drogas: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 32.

para o correto enquadramento típico, sem que se possa objetar que isso caracterizaria um retorno indevido ao Direito Penal do autor.[31]

10.1. Ônus da prova.

Maldosamente, o legislador estabelece os parâmetros de tipificação da conduta do porte de drogas para consumo pessoal, e não do tráfico de drogas, e o faz no próprio art. 28, e não no art. 33 da Lei de Drogas, o que poderia levar o intérprete a acreditar (equivocadamente) que, não restando provado que a droga era destinada ao consumo pessoal, o correto enquadramento típico deveria ser o de tráfico de drogas. Fica a impressão, assim, de que ao acusado caberia a prova do consumo pessoal, sob pena de ser condenado pelo crime de tráfico de drogas.

Essa interpretação, todavia, vem de encontro à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade, como preferem alguns). Por força dessa regra, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não sobre este de provar sua inocência. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo.* Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois o imputado não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando, além de uma dúvida razoável, que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. Como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet.*[32]

Por consequência, se o Ministério Público imputa a alguém a prática do crime de tráfico de drogas, recai sobre ele o ônus de comprovar a veracidade de tal imputação. Logo, quando a conduta de tráfico imputada ao acusado na denúncia for semelhante a um dos verbos nucleares do art. 28 da Lei de Drogas, não se pode querer atribuir ao acusado o ônus de provar que a substância apreendida era destinada ao consumo pessoal, à luz do art. 28, § 2º, adotando-se o *in dubio pro societate,* sob pena de condenação por tráfico de drogas, pois, fosse isso possível, haveria flagrante violação ao princípio da presunção de inocência.[33]

Nesse caso, não se pode objetar que se trata de uma prova diabólica, no sentido de se atribuir à acusação uma modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, porquanto teria que fazer prova de um fato negativo, *in casu,* a ausência do especial fim de agir "para consumo pessoal", o que, *a contrario sensu,* autorizaria a condenação do acusado pelo tráfico de drogas. Ora, apesar da natural dificuldade em se comprovar a ausência desse elemento subjetivo especial, demonstrando-se que a droga aprendida com o acusado não era para consumo pessoal, fato é que a acusação pode se valer dos critérios objetivos apontados pelo art. 28, § 2º, como indicativos de possível traficância.

De todo modo, ainda que se queira atribuir à defesa o ônus da prova quanto à alegação feita

31. Segundo Zaffaroni, "ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma 'forma de ser' do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso; seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o 'ser ladrão', não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc.". Ainda segundo o referido autor, "seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o 'ser' de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação". (*Manual de direito penal brasileiro: parte geral.* 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 118/119).

32. STF, 1ª Turma, HC 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/12/1996. A expressão *non liquet* é usual na ciência do processo, para significar o que hoje não mais existe: o poder de o juiz não julgar, por não saber como decidir.

33. Para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a presença do especial fim de agir consistente na finalidade de comercialização da droga, sendo suficiente a prática de qualquer das condutas estabelecidas no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Logo, a desclassificação de tráfico para o crime de porte de drogas para consumo pessoal somente pode ser operada se restar demonstrado nos autos o propósito do exclusivo consumo pessoal da substância, elemento subjetivo especial do tipo. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp 812.950/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 29/05/2008, DJe 25/08/2008.

pelo acusado de que a droga era "para consumo pessoal", sob o argumento de que a prova da alegação incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156, *caput*), como se trata de um ônus imperfeito, não havendo certeza ao final do processo de que a droga apreendida com o acusado era destinada ao tráfico, leia-se, na hipótese de subsistir dúvida razoável acerca da presença do especial fim de agir "para consumo pessoal", a solução adequada será a desclassificação para o crime de porte de drogas para consumo pessoal com base na regra de julgamento do *in dubio pro reo*.[34]

11. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO: "SEM AUTORIZAÇÃO OU EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR".

O porte de drogas para consumo pessoal somente será considerado típico se o agente adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Logo, como a exploração de drogas é permitida no Brasil em situações excepcionais (v.g., dentistas, médicos, hospitais), tal como deixam entrever os arts. 2º e 31 da Lei de Drogas, a tipificação do crime demanda a prática de qualquer um dos núcleos verbais sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

12. CULTIVO DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.

Na vigência da Lei nº 6.368/76, o crime de porte de drogas para uso próprio tipificado no art. 16 tinha a seguinte redação: "*adquirir, guardar ou trazer consigo*, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Como o dispositivo não fazia referência ao *cultivo de drogas para consumo pessoal*, havia certa controvérsia quanto ao juízo de tipicidade a ser feito nas hipóteses em que o indivíduo fosse flagrado semeando, cultivando ou fazendo a colheita de plantas destinadas à preparação de droga para consumo pessoal. Basicamente, eram 3 (três) as correntes acerca do assunto:

a) **tráfico de drogas:** a conduta de semear, cultivar ou fazer a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente estava prevista expressamente no revogado art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76. Como o referido tipo penal não exigia qualquer finalidade especial do agente, era irrelevante a destinação do produto, se para uso próprio ou para venda a terceiros, daí por que o cultivo de drogas sujeitava o agente às penas do crime de tráfico de drogas;

b) **porte de drogas para uso próprio:** é bem verdade que o revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76 fazia uso apenas dos verbos *adquirir, guardar* ou *trazer consigo*. No entanto, como o cultivo da droga era para consumo pessoal, e não com fins de mercancia, a solução era a aplicação da analogia *in bonam partem* para fins de tipificação dessa conduta como porte de drogas para uso próprio;[35]

c) **atipicidade da conduta:** parte minoritária da doutrina preferia considerar a conduta como um indiferente penal. Para tais doutrinadores, tal conduta não podia ser equiparada ao tráfico porquanto ausente a finalidade de comercialização da droga, nem tampouco ao porte de drogas para uso próprio, visto que o revogado art. 16 contemplava apenas os verbos núcleos *adquirir, guardar* ou *trazer consigo*. Logo, não se podia admitir a aplicação da analogia *in bonam partem* para criar figura delitiva não prevista expressamente na lei penal, sob pena de violação ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX, c/c art. 1º do Código Penal).

Com o advento da Lei nº 11.343/06, a controvérsia acerca do juízo de tipicidade do plantio de drogas para consumo pessoal foi solucionada. Isso porque o legislador passou a tipificar essa conduta como modalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal. A propósito, eis a redação do art. 28, § 1º, da Lei de Drogas: "Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica".

Trata-se de *novatio legis in mellius*. Afinal, se a conduta está sujeita, doravante, às mesmas medidas previstas para o art. 28 da Lei de Drogas, que deixou de prever a aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, é evidente que se trata de lei nova mais benéfica, logo, retroativa, seja para aqueles que foram condenados anteriormente por tráfico de drogas, seja para aqueles condenados pelo crime do revogado

34. Nesse contexto: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 308.

35. No sentido de que o plantio de pequena quantidade de drogas para consumo pessoal tipificava o crime do revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76: STJ, 6ª Turma, REsp 60.674/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 15/08/1995, DJ 24/06/1996.

art. 16 da Lei nº 6.368/76. Evidentemente, para aqueles que foram absolvidos sob o argumento de que, na vigência da Lei antiga, a conduta era atípica (posição minoritária), o novel dispositivo legal não poderá retroagir.

Cuida-se, o art. 28, § 1º, da Lei de Drogas, de norma especial em relação ao crime do art. 33, § 1º, inciso II ("semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas"), diferenciando-se dele em virtude da presença de 02 (dois) elementos especializantes, quais sejam: a finalidade deve ser o consumo pessoal, e as plantas devem ser destinadas à preparação de pequena quantidade de substância entorpecente.

Semear consiste em espalhar sementes no solo para que possam germinar. *Cultivar* consiste em propiciar condições para o desenvolvimento da planta. Por fim, *fazer a colheita* significa recolher aquilo que é produzido pela planta. O objeto material dessa conduta delituosa são as plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas. Apesar do silêncio do art. 28, § 1º, essas condutas só terão interesse para o Direito Penal se praticadas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elemento normativo implícito).

A redação do art. 28, § 1º, deixa entrever que o cultivo deve ser destinado à preparação de *pequena quantidade* de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Importante perceber que o dispositivo faz referência não à pequena quantidade de plantas, mas sim à pequena quantidade de drogas produzidas por tais plantas. Daí a necessidade de se aferir a quantidade de droga capaz de ser produzida por cada espécie de planta. Por consequência, se média ou grande a quantidade de droga, ou seja, se superior ao quanto necessário para o consumo do próprio usuário, o agente deverá responder pelo crime do art. 33, § 1º, inciso II (tráfico por equiparação).

Como o art. 28, § 1º, da Lei de Drogas, incrimina apenas a conduta daquele que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de drogas *para seu consumo pessoal*, discute-se na doutrina o correto juízo de tipicidade a ser feito na hipótese desse plantio visar à preparação de droga que seria consumida de maneira compartilhada. Por meio de analogia *in bonam partem*, o ideal é concluir que o agente deve responder pelo crime do art. 33, § 3º, desde que não haja a intenção de venda da droga e que o plantio se destine à preparação de pequena quantidade de droga para consumo compartilhado com pessoa do relacionamento do agente.[36]

13. PENAS A SEREM APLICADAS AO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.

Na vigência da Lei antiga, o porte de drogas para uso próprio estava sujeito a uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa (preceito secundário do art. 16 da revogada Lei nº 6.368/76). Com o advento da Lei nº 11.343/06, o art. 28 passou a dispor que o crime de porte de drogas para consumo pessoal estará sujeito às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A supressão da possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade ao usuário de drogas demonstra que estamos diante de lei penal mais benéfica que a anterior. Por isso, na eventualidade de alguém ter sido condenado pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal às penas outrora previstas no art. 16 da Lei nº 6.368/76, a *lex mitior* deve retroagir para beneficiá-lo, ainda que o processo esteja em fase de execução (CP, art. 2º, parágrafo único).[37]

Inicialmente, o Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 11.343/06 referia-se a essas sanções não como *penas*, mas sim como *medidas educativas*. No entanto, a expressão *medidas educativas* acabou sendo substituída por *penas* na Câmara dos Deputados porquanto havia um certo receio de que a utilização daquele termo pudesse ser interpretado como forma de descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal. Houve, todavia, certa desídia em relação ao § 6º do art. 28, que, equivocadamente, ainda faz menção a essas sanções como *medidas educativas*.

Independentemente da discussão em torno da terminologia adotada pelo art. 28 da Lei de Drogas, é certo que tais sanções poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Logo, atento à natureza e quantidade da substância ou do produto, à personalidade e à conduta social do agente, critérios preponderantes para a fixação das penas (Lei nº 11.343/06, art. 42), sem prejuízo da utilização subsidiária do quanto disposto no art.

36. Nessa linha: GOMES, Fernandes; LUCAS, Flávio Oliveira; PEREIRA, Frederico Valdez. *Nova Lei Antidrogas*. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2006, p. 86.

37. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 59.776/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 17/03/2009, DJe 03/08/2009.

59 do CP, deverá o magistrado aplicar tais medidas de maneira isolada ou cumulativa.

Se o magistrado entender que a pena imposta inicialmente acabou se revelando inadequada para a reprovação e prevenção do crime, pode alterar a espécie de sanção a qualquer tempo, logicamente desde que enquanto não extinta a pena em virtude do seu cumprimento ou da prescrição. Nesse sentido, o art. 27 da Lei de Drogas é claro ao dispor que tais penas podem ser substituídas a qualquer tempo, hipótese em que é obrigatória a oitiva do Ministério Público e do defensor.

Tais penas poderão ser aplicadas por meio de transação penal ou no bojo da própria sentença condenatória. Se impostas por meio de transação penal, não valem para efeitos de antecedentes criminais e não são capazes de autorizar o reconhecimento da reincidência.[38] Lado outro, se tais penas forem impostas em uma sentença condenatória, o acusado pode ser tratado como portador de maus antecedentes, sendo que, praticado novo crime dentro do lapso temporal de 5 (cinco) anos após o trânsito em julgado da sentença condenatória pela prática do crime de porte de drogas para consumo pessoal, é perfeitamente possível a aplicação da agravante da reincidência, nos termos dos arts. 63 e 64 do CP.[39]

Quanto à duração das penas, é certo dizer que a primeira delas não tem prazo, ou seja, é imediata e instantânea, o que significa dizer que se esvanece no exato momento da advertência feita pelo magistrado. As outras duas penalidades – prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo – serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses, consoante disposto no art. 28, § 3º, desde que se trate de acusado primário. Em se tratando de reincidente, o prazo máximo para a aplicação dessas penas será de 10 (dez) meses (art. 28, § 4º).

De se notar que os §§ 3º e 4º do art. 28 não fixaram o prazo de 5 (cinco) ou 10 (dez) meses como a pena fixa para o porte de drogas para consumo pessoal. Na verdade, a lei estabeleceu apenas o patamar máximo de aplicação dessas penas: 5 (cinco) meses para o acusado primário, e 10 (dez) meses para o reincidente. Logo, nada impede a fixação da pena em lapso temporal inferior, o que pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses de tentativa do crime do art. 28, quando possível a diminuição da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços).[40]

Consoante disposto no art. 28, § 4º, *em caso de reincidência*, as penas poderão ser aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. Parte da doutrina entende que a reincidência a que se refere o dispositivo é apenas aquela referente ao crime do art. 28 da Lei de Drogas (reincidência específica), ou seja, se o acusado já tiver contra si anterior condenação irrecorrível por porte de drogas para consumo pessoal e praticar o mesmo crime novamente, o prazo de aplicação das penas de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo poderá se estender por até 10 (dez) meses, observado o lapso temporal de 5 (cinco) anos da reincidência (CP, 64, I). Nesse sentido, o enunciado nº 118 do Fórum Nacional de Juizados Especiais dispõe que "*somente a reincidência específica* autoriza a exasperação da pena de que trata o parágrafo quarto do art. 28 da Lei nº 11.343/06" (XXIX Encontro – Bonito/MS). Por conseguinte, se o acusado já tivesse sido condenado por sentença transitada em julgado pela prática de um crime de roubo, por exemplo, eventual prática do crime de porte de drogas para consumo pessoal poderia sujeitá-lo ao cumprimento das penas dos incisos II e III do art. 28 pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses, já que não se trata de reincidente específico no crime do art. 28 da Lei de Drogas.

Em recente julgado - REsp 1.771.304-ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 10/12/2019, DJe 12/12/2019 -, a 6ª Turma do STJ concluiu que a reincidência de que trata o § 4º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é a específica. Não obstante a existência de precedente em sentido diverso (AgRg no HC 497.852/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 25/06/2019) – em que a reincidência genérica era pela prática dos delitos de roubo e de porte de arma –, em revisão de entendimento, embora não conste da letra da lei, forçoso concluir que a reincidência de que trata o § 4º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é a específica. Com efeito, a melhor exegese, segundo a interpretação topográfica,

38. Para mais detalhes em relação à transação penal, remetemos o leitor aos comentários feitos quanto ao art. 48 da Lei de Drogas.

39. No sentido de que anterior condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal pode caracterizar maus antecedentes: STJ, 6ª Turma, HC 149.319/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 18/10/2011, DJe 21/03/2012.

40. Para Luiz Flávio Gomes (op. cit. p. 136), apesar de ser possível a tentativa do crime do art. 28 sob o ponto de vista fático (v.g., cidadão flagrado ao tentar adquirir droga para consumo pessoal), tal conduta seria impunível, já que a Lei nº 11.343/06 não teria contemplado nenhuma sanção para ela, sendo impossível, portanto, a aplicação do art. 14, parágrafo único, do CP. Não pensamos assim. Ao contrário da Lei de Contravenções Penais, que dispõe expressamente não ser punível a tentativa de contravenção (Decreto-Lei nº 3.688/41, art. 4º), não há qualquer dispositivo na Lei de Drogas no sentido de não punibilidade da tentativa do porte de drogas para consumo pessoal. Logo, se não consta da lei especial disposição expressa em sentido diverso, hão de ser aplicadas as regras gerais do Código Penal, *in casu*, a causa de diminuição de pena do art. 14, parágrafo único, tal qual disposto no art. 12 do CP.

essencial à hermenêutica, é de que os parágrafos não são unidades autônomas, estando vinculadas ao *caput* do artigo a que se referem. Vale dizer, aquele que reincidir na prática do delito de posse de drogas para consumo pessoal ficará sujeito a penas mais severas – pelo prazo máximo de 10 meses –, não se aplicando, portanto, à hipótese vertente, a regra segundo a qual ao intérprete não cabe distinguir quando a norma não o fez. Desse modo, condenação anterior por crime de roubo não impede a aplicação das penas do art. 28, II e III, da Lei n. 11.343/2006, com a limitação de 5 meses de que dispõe o § 3º do referido dispositivo legal.

Sem embargo desse entendimento, na medida em que o § 4º do art. 28 faz referência apenas à *reincidência*, sem fazer qualquer distinção explícita quanto à espécie – se genérica ou específica –, não é dado ao operador fazer uma interpretação restritiva. Afinal, quando a Lei faz menção à reincidência específica, sempre o faz de maneira expressa. A propósito, basta atentar para o quanto disposto no art. 83, inciso V, do CP, que se refere expressamente à *reincidência específica em crimes de natureza hedionda e equiparada*, ou ao art. 44, parágrafo único, da própria Lei de Drogas, que também faz uso da expressão *reincidente específico*. Portanto, diante do silêncio do art. 28, § 4º, o ideal é concluir que a reincidência ali mencionada é a genérica. Assim, se o agente praticar o crime de porte de drogas para consumo pessoal já tendo contra si, naquele momento, condenação anterior irrecorrível pela prática de qualquer delito, tal qual disposto nos arts. 63 e 64 do CP, poderá estar sujeito às penas de prestação de serviços à comunidade ou de comparecimento a programas educativos pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. Evidentemente, caso já tenha expirado o prazo depurador de cinco anos (CP, art. 64, I), não há falar em reincidência, o que significa dizer que as sanções não poderão ultrapassar o limite temporal de 5 (cinco) meses.[41]

Conquanto os §§ 3º e 4º do art. 28 façam menção ao prazo máximo de duração das penas de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programas educativos, nada dispõem acerca da quantidade de horas que devem ser cumpridas pelo acusado diariamente. Face a omissão legislativa, a solução passa pela aplicação das regras gerais do Código Penal, nos termos do permissivo do art. 12 do CP. Destarte, aplicando-se subsidiariamente o quanto disposto no art. 46, § 3º, do CP, tais penas deverão ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do acusado. Portanto, se o agente for condenado a um mês de prestação de serviços à comunidade, deve cumprir 30 (trinta) horas de tarefas.

13.1. Advertência sobre os efeitos das drogas.

Inovando em relação à sistemática anterior, o art. 28, inciso I, passou a prever, dentre as penas a serem aplicadas ao porte de drogas para consumo pessoal, a *advertência sobre os efeitos das drogas*.

Não obstante o silêncio do legislador, esta pena deve ser compreendida como uma espécie de esclarecimento a ser feito pelo magistrado ao agente quanto às consequências maléficas que o uso de drogas pode causar, não apenas a sua própria saúde, como também à saúde pública. Esta advertência deve ser feita pelo próprio magistrado, e não através da simples assinatura de um papel em cartório em um "termo de advertência". Para tanto, incumbe ao juiz determinar a notificação do acusado para comparecer a uma audiência admonitória. A advertência deve ser feita de maneira enfática e direta, mas jamais de modo a humilhar o agente. É perfeitamente possível o uso de recursos como imagens e números com o objetivo de persuadir o agente acerca dos diversos males causados pelo consumo de drogas, assim como advertência de que, no caso de reincidência, as sanções de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos poderão ser aplicadas pelo dobro do prazo normal. De mais a mais, consoante disposto no Enunciado nº 83 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), "ao ser aplicada a pena de advertência, prevista no art. 28, I, da Lei nº 11.343/06, sempre que possível deverá o juiz se fazer acompanhar de profissional habilitado na questão sobre drogas" (XX Encontro – São Paulo/SP).

Como o art. 28 refere-se à advertência sobre os efeitos das drogas como espécie de pena a ser aplicada ao usuário de drogas, o ato deve ser realizado na presença da defesa técnica, sob pena de nulidade absoluta. Não há qualquer motivo capaz de justificar a realização da advertência sem a presença do defensor, cuja presença é importante não apenas para fiscalizar a regularidade do ato, como também para prestar esclarecimentos a seu cliente acerca das consequências inerentes à

41. Com esse entendimento: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 62. Em sentido diverso, concluindo que se trata de reincidência específica apenas no crime de porte de drogas para consumo pessoal: GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 149.

reiteração delituosa. De acordo com o Enunciado nº 84 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), "em caso de ausência injustificada do usuário de drogas à audiência de aplicação da pena de advertência, cabe sua condução coercitiva" (XX Encontro – São Paulo/SP).

13.2. Prestação de serviços à comunidade.

A Lei de Drogas também prevê a possibilidade de aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade. Esta pena deve ser cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, *preferencialmente*, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas (Lei nº 11.343, art. 28, §§ 3º e 5º). Como se percebe, a prioridade recai sobre entidades que se ocupem *preferencialmente* da prevenção do consumo de drogas. Na hipótese de não haver semelhante entidade na comarca, é perfeitamente possível que a medida seja cumprida em qualquer outra, mesmo que não cuide da recuperação usuários e dependentes de drogas.

Espécie de pena restritiva de direitos (CP, art. 43, IV), essa prestação de serviços à comunidade prevista no art. 28, inciso II, da Lei nº 11.343/06, tem 2 (duas) características que a diferenciam das demais penas alternativas previstas na lei penal comum, a saber:

a) **não substitutividade**: as penas restritivas de direito previstas no Código Penal são autônomas e aplicadas em substituição a uma pena privativa de liberdade anteriormente fixada pelo magistrado. Exemplificando, após condenar um acusado à pena não superior a 4 (quatro) anos pela prática de crime cometido sem o emprego de violência ou grave ameaça, deverá o magistrado substituir esta pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, desde que presentes os demais pressupostos objetivos e subjetivos. Em sentido diverso, no caso do crime de porte de drogas para consumo pessoal, como sequer há previsão legal de pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade já vem cominada diretamente no preceito secundário do art. 28, daí por que desprovida do caráter substitutivo que geralmente acompanha essa espécie de sanção;

b) **não conversibilidade:** quando uma pena restritiva de direito aplicada segundo as normas da legislação comum é descumprida de maneira injustificada, dispõe o art. 44, § 4º, do Código Penal, que tal pena deve ser convertida em pena privativa de liberdade. No caso do crime de porte de drogas para consumo pessoal, como o objetivo da Lei nº 11.343/06 foi o de impedir a aplicação de pena privativa de liberdade, o descumprimento injustificado da prestação de serviços à comunidade jamais poderá resultar na conversão em pena privativa de liberdade, até mesmo porque não consta do preceito secundário do art. 28 qualquer previsão de pena privativa de liberdade. De mais a mais, o próprio art. 28, § 6º, já dispõe expressamente que a recusa injustificada no cumprimento da prestação de serviços à comunidade poderá resultar, sucessivamente, em admoestação verbal e multa.

13.3. Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A última pena a que se refere o art. 28 da Lei de Drogas é a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Cuida-se de espécie de pena restritiva de direitos por força da qual o acusado tem a obrigação de comparecer a determinados programas onde receberá orientação de profissionais de diversas áreas do conhecimento humano.

A despeito do silêncio da Lei de Drogas, parece-nos que o programa não precisa ter como tema exclusivo os malefícios causados pelo uso de drogas, sob pena de se confundir com a própria pena de advertência sobre os efeitos das drogas. É perfeitamente possível que esses programas estejam relacionados a cursos de especialização profissional, cuja frequência pode contribuir para uma possível reinserção social do usuário de drogas, já que o exercício de uma atividade laborativa é importante instrumento de combate à vulnerabilidade decorrente do uso indiscriminado de drogas.

14. MEDIDAS COERCITIVAS DE GARANTIA PARA O CUMPRIMENTO DAS PENAS DO ART. 28.

Consoante disposto no art. 28, § 6º, da Lei de Drogas, para garantia do cumprimento das medidas educativas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente, a admoestação verbal e multa.

Como exposto anteriormente, a grande novidade introduzida pela Lei nº 11.343/06 em relação ao crime de porte de drogas para consumo pessoal foi o afastamento da possibilidade de aplicação da

pena privativa de liberdade, que não poderá ser imposta em hipótese alguma. Portanto, ainda que injustificadamente descumpridas as penas a que se referem os incisos I, II e III do art. 28, o magistrado não poderá convertê-las em pena privativa de liberdade. Nesse ponto, o regime de penas criado pela Lei de Drogas diferencia-se daquele previsto no âmbito do Código Penal. Afinal, na legislação ordinária, a despeito da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o risco de prisão ainda fica pairando sobre a cabeça do condenado como verdadeira espada de Dâmocles, já que, diante do descumprimento injustificado da restrição imposta, o art. 44, § 4º, do CP, autoriza expressamente a conversão em pena de prisão.

De modo diverso, a Lei de Drogas não admite a conversão em pena privativa de liberdade, mesmo diante do descumprimento injustificado das penas de admoestação verbal, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos. Daí a importância do art. 28, § 6º, da Lei nº 11.343/06, que prevê instrumentos a serem utilizados pelo magistrado com o objetivo de coagir o acusado ao cumprimento de tais penas.

Inicialmente, convém destacar que o art. 28, § 6º, deve ser interpretado restritivamente, pois a lei disse mais do que pretendia. Explica-se: apesar de o dispositivo legal fazer referência à admoestação verbal e à multa como medidas de garantia para o descumprimento das penas previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 28, não faz sentido a previsão desses instrumentos coercitivos para o cumprimento da advertência sobre os efeitos das drogas. Ora, se se trata de espécie de *pena* aplicada de maneira imediata e instantânea pelo magistrado numa audiência admonitória, é evidente que tal pena não precisa ser *cumprida* pelo acusado. Afinal, tal pena se esvai no exato momento da advertência feita pelo magistrado sem exigir qualquer contraprestação por parte do acusado. Logo, a admoestação verbal e a multa devem ser pensadas como instrumentos coercitivos apenas para as penas que efetivamente demandam um comportamento por parte do acusado, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade e o comparecimento a programas educativos.

Em relação à natureza jurídica dessas medidas de garantia, parece haver certo consenso na doutrina no sentido de que não se trata de *pena*. Afinal, a sanção direta ou primária cominada ao porte de drogas para consumo pessoal consta dos incisos I, II e III do *caput* do art. 28 – advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos. Na verdade, essas medidas previstas no § 6º do art. 28 funcionam como instrumentos acessórios cujo objetivo precípuo é o de assegurar o cumprimento das sanções principais. Na dicção de Samuel Miranda, "por sua natureza instrumental, aproximam-se das sanções processuais ou executórias, usualmente cominadas no direito processual com o propósito de garantir o cumprimento de decisões judiciais".[42]

Firmada a premissa de que a admoestação verbal e a multa não têm natureza jurídica de *pena*, funcionando, sim, como instrumentos acessórios que visam compelir o acusado ao cumprimento das penas previstas no art. 28 da Lei de Drogas, conclui-se que a aplicação dessas medidas de garantia não é feita em substituição àquelas penas, mas sim de maneira complementar. Por isso, a aplicação dessas medidas de garantia não tem o condão de eximir o acusado de cumprir as penas principais.

A admoestação verbal e a multa podem ser utilizadas pelo magistrado em duas hipóteses distintas: quando as penas do art. 28 forem aplicadas em sede de transação penal ou quando sua aplicação ocorrer em sede de sentença condenatória. Portanto, se o cumprimento das penas previstas nos incisos I, II e III do art. 28 tiver sido objeto de transação penal entre o acusado e o Ministério Público, eventual descumprimento injustificado do acordo não dará ensejo ao oferecimento de denúncia.

Verificado o descumprimento das sanções de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programas educativos, incumbe ao juiz designar uma audiência admonitória, até mesmo para que o acusado e seu defensor possam apresentar eventual justificativa para o não cumprimento das penas. Se o juiz constatar que o descumprimento se deu de maneira injustificada, deve, então, aplicar as medidas de garantia previstas no art. 28, § 6º – admoestação verbal e multa –, *sucessivamente*. O dispositivo é claro ao afirmar que sua aplicação deve se dar de maneira *sucessiva*: primeiro, a admoestação verbal; depois, a multa, que funciona como medida de *ultima ratio*. Portanto, não se admite a aplicação da multa de imediato, ou seja, *per saltum*. A multa só pode ser aplicada se, a despeito de prévia admoestação verbal, subsistir resistência por parte do acusado em adimplir o cumprimento das penas anteriormente

42. ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas: aspectos penais e processuais penais:* Lei 11.343/2003. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 34.

fixadas. Inviável, portanto, a aplicação simultânea da admoestação verbal e da multa, pois esta medida pecuniária só pode ser aplicada se verificada a ineficácia daquela.

14.1. Admoestação verbal.

A admoestação verbal deve ser compreendida como uma espécie de censura feita oralmente pelo magistrado ao acusado, na qual este deve ser advertido acerca das consequências inerentes ao descumprimento das penas previstas no art. 28 da Lei de Drogas. Por meio dela, o acusado será orientado acerca da possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 28, § 6º, II, caso insista em descumprir as penas anteriormente impostas em virtude da prática do crime de porte de drogas para consumo pessoal.

A admoestação não se confunde com a advertência sobre os efeitos das drogas, porquanto dotada de finalidade distinta. Enquanto esta tem como finalidade precípua tão somente alertar o acusado acerca dos efeitos deletérios inerentes ao uso de drogas, não só à própria saúde do usuário, mas também a toda a coletividade, a admoestação tem como objetivo avisar o acusado que ele vem descumprindo as penas que lhe foram impostas, estando sujeito, pois, à multa coercitiva do art. 28, § 6º, II, da Lei de Drogas.

A despeito do silêncio da Lei, que se limita a fazer referência à admoestação verbal, sem, contudo, disciplinar o procedimento de sua aplicação, há certo consenso na doutrina acerca da necessidade de designação de uma audiência admonitória. Em fiel observância ao princípio da ampla defesa e do contraditório, é obrigatória a presença da defesa técnica e do Ministério Público.

Na hipótese de o acusado não comparecer à audiência admonitória designada para a admoestação verbal, a despeito de prévia notificação, poder-se-ia pensar na redesignação da audiência, porém, desta feita, com a determinação para que o acusado fosse objeto de condução coercitiva. Não pensamos assim. Se o acusado foi notificado para comparecer à audiência admonitória em virtude de anterior descumprimento das penas previstas no art. 28, e não compareceu, esse comportamento desidioso revela seu completo desinteresse em se sujeitar às determinações judiciais. Logo, outro caminho não há senão a aplicação imediata da multa coercitiva, nos termos previstos no art. 29 da Lei de Drogas.

Como será visto na sequência, a ausência injustificada a essa audiência admonitória não tipifica o crime de desobediência (CP, art. 330), porquanto a própria Lei de Drogas já previu a possibilidade de aplicação da multa coercitiva, sem fazer qualquer ressalva acerca da responsabilização criminal pelo referido delito. Fosse possível a responsabilização criminal pelo crime de desobediência, ter-se-ia, por vias transversas, a aplicação de pena privativa de liberdade ao autor do crime de porte de drogas para consumo pessoal que não comparecesse à audiência admonitória, contrariando a *ratio legis* da Lei nº 11.343/06, cuja sistemática tem como objetivo precípuo afastar a possibilidade de aplicação da pena de prisão ao usuário de drogas.

14.2. Multa coercitiva.

Comprovada a ineficácia da admoestação verbal para assegurar o cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programas educativos, deverá o juiz aplicar a multa coercitiva a que se refere o art. 28, § 6º, inciso II, da Lei de Drogas, cujo valor deve ser fixado nos termos do art. 29.

Apesar de o art. 29 referir-se à multa coercitiva como espécie de *medida educativa*, mesma expressão equivocadamente utilizada no § 6º do art. 28 quando a Lei de Drogas faz menção às *penas* dos incisos I, II e III do *caput* do art. 28, vimos anteriormente que esta multa não tem natureza de *pena*, ou seja, não pode ser compreendida como espécie de sanção direta imposta ao autor do crime de porte de drogas para consumo pessoal. Na verdade, a multa prevista nos arts. 28, § 6º, II, e 29, ambos da Lei de Drogas, é instrumento coercitivo posto à disposição do juiz com o objetivo de assegurar o cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programas educativos. Como esta multa coercitiva não é utilizada para reprovar e prevenir a violação ao bem jurídico saúde pública inerente à prática do crime de porte de drogas para consumo pessoal, funcionando, sim, como mecanismo coercitivo para assegurar o cumprimento das penas previstas no *caput* do art. 28, jamais se poderá atribuir a ela a natureza de pena.

Nesse contexto, Mendonça e Carvalho observam que "referida multa possui natureza extrapenal, pois sua finalidade é coagir o agente a cumprir a pena imposta e não retribuir o fato ilícito praticado. Não é, portanto, pena. Realmente, somente pode ser caracterizada como pena uma medida imposta como retribuição ao fato delituoso praticado pelo agente, não podendo se equiparar a tanto uma medida que se volta à recalcitrância

do agente em cumprir a pena imposta e não ao delito propriamente dito".[43]

Nada diz a Lei de Drogas acerca da quantidade de vezes que esta multa coercitiva poderia ser aplicada. Se considerarmos que esta multa coercitiva não tem natureza penal, funcionando, na verdade, como instrumento coercitivo utilizado pelo juiz de modo a assegurar o cumprimento das penas previstas no *caput* do art. 28, é perfeitamente possível que tal medida pecuniária seja aplicada por diversas vezes, desde que demonstrada a renitência do agente em cumprir as penas, a despeito de prévia admoestação verbal e multa. Evidentemente, à medida que houver o acúmulo de multas e, consequentemente, o aumento do montante devido pelo agente, é possível que o agente se sinta um pouco mais compelido a cumprir a sanção principal. De todo modo, a fim de se evitar a imposição de uma sanção indeterminada, impõe-se a fixação de um limite máximo para a reiteração desta multa, qual seja, o montante máximo previsto no art. 29 da Lei de Drogas: cem dias-multa com o valor máximo de até três vezes o valor do maior salário mínimo.

Na eventualidade de não haver o pagamento desta multa coercitiva, jamais será possível sua conversão em pena privativa de liberdade. Como se trata de uma sanção de natureza extraprocessual, fosse possível a prisão do condenado inadimplente, ter-se-ia evidente prisão civil por dívida, o que atenta contra a própria Constituição Federal, que só autoriza esta espécie de prisão nos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII).[44] De mais a mais, se nem mesmo a pena de multa não paga pode ser convertida em prisão (CP, art. 51, com redação dada pela Lei nº 9.268/96), o que dizer, então, quanto à multa extrapenal prevista no art. 28, § 6º, II, da Lei de Drogas?

Destarte, verificando-se o inadimplemento da multa coercitiva prevista na Lei nº 11.343/06, como esta multa é aplicada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, sua execução deve se dar à luz dos arts. 84 e 85 da Lei nº 9.099/95. Portanto, a pena de multa deve ser cumprida mediante pagamento na Secretaria do próprio Juizado Especial Criminal. Caso não seja efetuado o pagamento da multa, deverá a Procuradoria Fiscal proceder à execução da pena de multa, nos termos da nova redação do art. 51 do Código Penal. Nessa esteira, aliás, decidiu-se no VII Encontro nacional de Coordenadores de Juizados Especiais que "a multa decorrente de sentença deve ser executada pela Fazenda Nacional" (Enunciado nº 15).[45]

Por fim, se considerarmos que a multa coercitiva prevista no art. 28, § 6º, II, da Lei de Drogas, não tem natureza penal, é certo dizer que, na hipótese de morte do agente, é perfeitamente possível que o montante devido seja cobrado dos sucessores do *de cujus*. À evidência, o herdeiro não poderá responder por encargos superiores às forças da herança, tal qual disposto no art. 1.792 do Código Civil. Nesse caso, não se pode objetar que a transmissão da cobrança da multa coercitiva aos herdeiros implique em violação ao princípio da intranscedência da pena, já que a medida pecuniária sob comento tem natureza extrapenal.

14.3. Não tipificação do crime de desobediência.

O descumprimento injustificado das penas previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 28 não caracteriza o crime de desobediência (CP, art. 330). Isso porque a própria Lei de Drogas já prevê em seu art. 28, § 6º, as consequências decorrentes do descumprimento de tais penas – admoestação verbal e multa, a serem aplicadas de maneira sucessiva –, sem fazer qualquer ressalva expressa quanto à possibilidade de responsabilização criminal pelo delito de desobediência, como o faz, por exemplo, o art. 219 do CPP ao tratar da testemunha faltosa, em relação à qual há previsão expressa quanto à aplicação de multa, pagamento das custas da diligência, *sem prejuízo do processo criminal por desobediência*. Ora, quando a lei extrapenal não traz previsão expressa acerca da possibilidade de cumulação do crime de desobediência com outras sanções extrapenais, como ocorre na hipótese do art. 28, § 6º, da Lei de Drogas, é firme o entendimento jurisprudencial no sentido da impossibilidade de tipificação do referido delito.[46]

43. Op. cit. p. 79. Segundo os autores, se o descumprimento das penas restritivas não caracteriza o crime de desobediência, a multa coercitiva, que visa dissuadir o agente da ideia de não cumprir a pena, não tem caráter penal. Outro argumento apontado pelos autores no sentido de que esta multa não tem natureza penal diz respeito ao momento de sua aplicação. Como esta multa sequer consta da sentença condenatória, já que sua aplicação ocorre por meio de decisão proferida em incidente da execução, seria inconcebível emprestar a ela a natureza de pena, a não ser que se admita que uma pena possa ser imposta durante o curso da execução penal, o que, à evidência, viria de encontro ao princípio segundo o qual não há pena sem o devido processo legal.

44. De se lembrar que, em virtude de a Convenção Americana sobre Direitos Humanos admitir exclusivamente a prisão civil do devedor de alimentos (Dec. 678/92, art. 7º, § 7º), o próprio Supremo Tribunal Federal passou a considerar incabível a prisão do depositário infiel. A propósito, eis o teor da súmula vinculante nº 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

45. Para o STJ, se o acusado não paga a multa aplicada em virtude de transação penal, esta deve ser cobrada em execução penal, nos moldes do art. 51 do CP, não sendo admissível o oferecimento de denúncia: STJ, 5ª Turma, REsp 612.411/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 30/08/2004 p. 328. E ainda, concluindo que a nova redação do art. 51 do CP afastou a legitimidade do MP para promover a execução de pena de multa imposta em decorrência de processo criminal: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.027.204/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 18/08/2008.

46. STJ, 6ª Turma, RHC 15.596/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16/12/2004, DJ 28/02/2005.

De mais a mais, se a própria sistemática da Lei de Drogas afastou a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, seria um enorme contrassenso se se admitisse que o descumprimento das penas do art. 28 pode vir a tipificar um crime sujeito à pena privativa de liberdade. Dito de outro modo: se nem mesmo a sanção principal para o crime de porte de drogas para consumo pessoal pode ser privativa de liberdade, como se admitir que o descumprimento das penas do *caput* do art. 28 possa, por vias transversas, dar ensejo à prisão do acusado pela prática do crime de desobediência?[47]

A propósito, convém destacar que, ao longo da tramitação do Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 11.343/06, a possibilidade de punição pelo crime de desobediência chegou a ser introduzida no texto do art. 28: " § 10. O descumprimento das medidas impostas com fundamento no § 7º deste artigo sujeitará o agente às penas previstas no art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal". No entanto, sob o argumento de que a aplicação de pena privativa de liberdade em virtude da configuração do crime de desobediência acabaria por subverter o espírito da Lei nº 11.343/06 em relação ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, tal proposta foi rechaçada pelo Senado Federal. Isso confirma o entendimento de que o descumprimento das penas previstas no *caput* do art. 28 autoriza tão somente a incidência da admoestação verbal e da multa, sucessivamente, mas jamais a tipificação do crime de desobediência.[48]

15. TRATAMENTO ESPECIALIZADO NÃO COMPULSÓRIO.

O art. 28 da Lei de Drogas não contempla o tratamento especializado como sanção compulsória a ser aplicada ao usuário de drogas. Na verdade, após fazer menção às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos, o art. 28, § 7º, da Lei nº 11.343/06, limita-se a dispor que o juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Como se percebe, esse tratamento deve ser oferecido ao infrator, jamais imposto de maneira coercitiva. Afinal, é sabido que o êxito desses tratamentos depende sobremaneira da aquiescência do próprio dependente, que deve não só reconhecer a dependência química como também voluntariamente querer se sujeitar ao tratamento. Portanto, se o dependente não quiser se sujeitar a esse tratamento, não estará sujeito a qualquer espécie de sanção. Esse tratamento voluntário e gratuito, a ser oferecido apenas para o usuário-dependente, e não para o usuário eventual, faz parte da denominada política de redução de danos,[49] por meio da qual se tenta evitar que o dependente de droga cause maiores danos para terceiros ou para ele mesmo. Perceba-se que o tratamento é medida especial e não deve ser aplicado de maneira indiscriminada a todo e qualquer usuário de drogas, já que nem todo usuário se transforma em dependente. A prioridade deve ser o tratamento ambulatorial, que não demanda a internação do dependente, ou seja, basta o comparecimento ao local indicado nos dias assinalados.

16. QUESTÕES DIVERSAS.

16.1. Possibilidade de utilização do *habeas corpus*.

Firmada a premissa de que não é mais possível a imposição de pena privativa de liberdade para o autor do crime de porte de drogas para consumo pessoal, nem mesmo se houver o descumprimento das penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos, já que a própria Lei de Drogas prevê os instrumentos coercitivos a serem utilizados nessa hipótese – admoestação verbal e multa –, discute-se acerca da possibilidade de utilização do remédio heroico do *habeas corpus* para a impugnação de eventuais decisões judiciais relacionadas ao crime do art. 28.

47. Nesse sentido: NUCCI. Op. cit. Vol. I. p. 241.

48. De acordo com o relatório do Parecer 847, de 2006, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, publicado no Diário do Senado Federal em 6 de julho de 2006, "na tradição processualística brasileira, civil ou penal, o descumprimento de sentenças condenatórias ou executivas pode gerar medidas coercitivas como a prisão e a busca e apreensão, mas tal descumprimento nunca foi considerado um crime autônomo. Receamos seja criado um perigoso precedente legal, de modo que, no futuro, todo aquele que, por qualquer razão, deixar de cumprir uma condenação penal poderá ser responsabilizado pelo crime de desobediência. No limite, um único fato (trazer consigo drogas para consumo pessoal) seria objeto de dupla incriminação, ferindo o princípio do *non bis in idem*. Ademais, não podemos supor que o crime de desobediência compensaria a incriminação por porte ilegal. Surgiriam, então, dois resultados indesejáveis: primeiro, a condenação por porte ilegal de drogas continuaria impune; segundo, a verificação do crime de desobediência exigiria a realização de um novo processo penal, submetendo, pois, o usuário a um duplo processo de responsabilização criminal, ou, em outras palavras, a um duplo processo de estigmatização".

49. Segundo Luiz Flávio Gomes (op. cit. p. 107), em oposição à política norte-americana que prega a abstinência e a tolerância zero, o modelo adotado na Europa de redução dos danos causados aos usuários e terceiros (entrega de seringas, demarcação de locais adequados para consumo, controle do consumo, assistência médica, etc.), seria o correto enfoque para o problema do uso de drogas. Tal modelo propugna pela descriminalização gradual das drogas assim como por uma política de controle e educacional.

Como é sabido, o *habeas corpus* é espécie de ação autônoma de impugnação vocacionada exclusivamente à tutela da liberdade de locomoção. Portanto, o remédio heroico não pode ser utilizado como sucedâneo de outras ações judiciais, notadamente naquelas hipóteses em que o direito-fim não se identifica com a própria liberdade de locomoção física. Assim, não havendo risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção, não se revela pertinente o remédio do *habeas corpus*, cuja utilização pressupõe a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de ir, vir e permanecer das pessoas. Destarte, caso a pretensão do impetrante não esteja relacionada à tutela da liberdade de locomoção, faltará interesse de agir por inadequação do pedido, acarretando o não conhecimento do *habeas corpus*.

É o que ocorre, por exemplo, com persecuções penais referentes a infrações penais às quais seja cominada exclusivamente a pena de multa. Isso porque o não pagamento de multa não mais autoriza a conversão em pena privativa de liberdade (CP, art. 51, com redação determinada pela Lei nº 9.268/96). Logo, na medida em que não é possível a conversão em prisão, não há risco à liberdade de locomoção, revelando-se inadequada a utilização do *writ of habeas corpus*. A propósito, diz a súmula nº 693 do STF que "não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada".

Considerando-se que, com o advento da Lei nº 11.343/06, deixou de ser possível a aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, sequer por conversão, forçoso é concluir que eventual persecução penal instaurada em relação a este delito não terá o condão de expor a liberdade ambulatorial do agente a risco de ameaça. Por conseguinte, nos mesmos moldes que um processo penal referente à infração penal à qual seja cominada exclusivamente pena de multa, não se admite a utilização do *habeas corpus* para impugnar eventual decisão que impuser as penas previstas no art. 28, o que, no entanto, não impede a utilização do mandado de segurança quando estivermos diante de ilegalidades ou abuso de poder.[50]

16.2. Crime militar de porte de drogas para consumo pessoal (CPM, art. 290) e impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

O Código Penal Militar possui tipo penal específico acerca do tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, se acaso tais condutas forem praticadas em lugar sujeito à administração militar. Tal crime está previsto no art. 290 do CPM – "Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar" –, sendo a ele cominada uma pena de reclusão de até 5 (cinco) anos.[51]

A redação do crime do art. 290 do CPM diferencia-se dos crimes previstos na Lei de Drogas. Isso porque, em relação a estes, os arts. 1º e 66 da Lei nº 11.343/06 dispõem que a substância entorpecente deve estar especificada em lei. De seu turno, para a caracterização do crime militar, basta que o cidadão traga consigo substância entorpecente *ou que determine dependência física ou psíquica em lugar sujeito à administração militar*. Logo, se um militar for preso em flagrante no interior de estabelecimento sujeito à administração castrense, sem apresentar capacidade de autodeterminação, inalando substância que, conforme perícia, conteria *tolueno*, solvente orgânico volátil, principal componente da cola de sapateiro, deve ser observada a regência especial da matéria à luz do art. 290 do CPM, que não requer, para sua tipificação, que a substância entorpecente seja assim declarada por portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.[52]

Quando a Lei nº 11.343/06 entrou em vigor, houve forte questionamento acerca da derrogação (ou não) desse crime impropriamente militar do art. 290 do CPM. À época, houve quem dissesse que o preceito constante do art. 28 da Lei de Drogas também seria aplicável ao militar que fosse

50. No sentido da impropriedade da impetração de *habeas corpus* em relação ao crime do art. 28 da Lei de Drogas, haja vista não haver cominação de pena privativa de liberdade: STF, 1ª Turma, HC 127.834/MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 05/12/2017. Na mesma linha: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 86. Em sentido diverso, admitindo a impetração de *habeas corpus* em relação ao crime de porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal: STF, 1ª Turma, HC 110.475/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/02/2012, DJe 054 14/03/2012.

51. Ao contrário do que ocorre no Código Penal comum, em que constam do preceito secundário as penas mínima e máxima, é muito comum que o CPM faça menção apenas à pena máxima cominada, a exemplo do que ocorre no art. 290 do CPM, que faz menção à pena de reclusão, até 5 (cinco) anos, sem dispor quanto ao mínimo legal. Nesses casos, aplica-se o disposto no art. 58 do CPM: "O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos".

52. Com esse entendimento: STF, 1ª Turma, RHC 98.323/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/03/2012, DJe 59 21/03/2012.

flagrado trazendo consigo substância entorpecente para consumo pessoal, ainda que em lugar sujeito à administração militar. Sob a ótica do princípio da isonomia, parte da doutrina sustentava que não havia fundamento razoável capaz de sujeitar o militar usuário de drogas a uma pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos em virtude da prática do crime militar do art. 290 do CPM, enquanto o art. 28 da Lei de Drogas sequer trazia previsão de pena privativa de liberdade. Outro argumento utilizado era o de que o art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, teria revogado tacitamente o crime militar do art. 290 do CPM. Explica-se: como a Lei de Drogas inseriu uma causa de aumento de pena para a hipótese dos crimes dos arts. 33 a 37 serem cometidos nas dependências ou imediações de *unidades militares*, este dispositivo teria derrogado o crime militar do art. 290 do CPM, que faz menção ao tráfico e ao porte cometidos *em lugar sujeito à administração militar.*

Sempre nos pareceu que o crime militar do art. 290 do CPM não teria sido derrogado pela Lei de Drogas, por se tratar de norma especial em relação aos crimes comuns constantes da referida Lei. Logo, se o crime militar do art. 290 do CPM é o regramento específico do tema para os militares, o princípio da especialidade impede a incidência do art. 28 da Lei nº 11.343/06 em relação aos crimes de porte de drogas para consumo pessoal cometidos em lugar sujeito à administração militar. Daí ter concluído o Supremo não ser possível querer mesclar o regime comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, sob pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis.[53]

Ainda em relação ao crime do art. 290 do Código Penal Militar, é oportuno destacar que, nesse caso, não se revela possível a aplicação do princípio da insignificância. Ora, o bem jurídico penal-militar tutelado no art. 290 do CPM não se restringe à saúde do próprio militar flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, abrangendo também a tutela da regularidade das instituições militares. Em síntese, a posse de entorpecente por militar em recinto castrense não deve ser analisada tão somente à luz da quantidade ou do tipo de droga apreendida. Na verdade, o problema diz respeito à qualidade da relação jurídica entre o portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele faz parte no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar, ou seja, a tipologia da relação jurídica em ambiente militar é incompatível com a figura da insignificância penal em relação aos crimes de porte de drogas para consumo pessoal, notadamente por estarmos diante de instituições que se definem pelo uso permanente de armamentos. Nesse contexto, como se pronunciou o Supremo, "o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam".[54]

Outrossim, na medida em que condutas com lesividade absolutamente distintas como o porte de drogas para consumo pessoal e o tráfico de drogas praticados por militares em lugar sujeito à administração militar foram absurdamente inseridas pelo legislador do Código Penal Militar em um mesmo tipo penal – art. 290 –, sujeitos, pois, à pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, incumbe ao Conselho de Justiça (Permanente ou Especial) fixar a pena de acordo com a gravidade da conduta delituosa. Portanto, até mesmo como forma de se respeitar o princípio da proporcionalidade, eventual crime militar de porte de drogas para consumo pessoal deve ser sancionado com a pena mínima, ao passo que o tráfico de drogas há de ser punido de maneira mais gravosa.

> **Art. 29.** Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.
>
> **Parágrafo único.** Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

17. VALOR DA MULTA COERCITIVA.

O art. 29 da Lei de Drogas estabelece um procedimento bifásico para fixação da multa coercitiva prevista no art. 28, § 6º, inciso II, a saber:

53. STF, Pleno, HC 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 21/10/2010, DJe 70 12/04/2011.

54. No sentido de que o art. 290 do CPM não foi derrogado pela Lei nº 11.343/06, sendo inadmissível a aplicação do princípio da insignificância em relação ao referido crime militar: STF, 2ª Turma, HC 107.688/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 07/06/2011, DJe 239 16/12/2011. E ainda: STF, 2ª Turma, HC 107.469/PR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 12/04/2011, DJe 190 03/10/2011; STF, 2ª Turma, HC 107.096/PR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/03/2011, DJe 165 26/08/20101; STF, Pleno, HC 94.685/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11/11/2010, DJe 69 11/04/2011.

1) **Número de dias-multa**: atento à *reprovabilidade da conduta*, o juiz deve fixar o número de dias-multa em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem). À primeira vista, como o art. 29 faz referência à *reprovabilidade da conduta*, fica a impressão de que o número de dias-multa seria fixado pelo juiz levando-se em consideração o crime de porte de drogas para consumo pessoal praticado pelo agente. No entanto, não se pode perder de vista que a multa prevista no art. 28, § 6º, II, não tem natureza jurídica de pena, funcionando como instrumento de coerção a ser utilizado pelo juiz de modo a assegurar o cumprimento das penas do *caput* do art. 28. Logo, a *conduta* a que se refere o art. 29 não guarda relação com o crime de porte de drogas para consumo pessoal, mas sim com a recalcitrância do acusado no cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programas educativos. Em outras palavras, nesse momento, pouco interessa o desvalor da conduta de porte de drogas para consumo pessoal, que já fora sopesado pelo juiz ao fixar as penas previstas no *caput* do art. 28. Para a fixação do número de dias-multa, a *reprovabilidade da conduta* a que se refere o art. 29 diz respeito ao grau de menosprezo e de rebeldia revelado pelo agente por ocasião do descumprimento das penas anteriormente impostas;

2) **Valor do dia-multa**: segundo a capacidade econômica do agente, o valor do dia-multa deve ser fixado pelo juiz entre um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo. Como esta multa coercitiva não tem natureza jurídica de pena, o valor do salário mínimo é aquele vigente à época da decisão, e não do tempo do fato delituoso, como se dá em relação à multa penal.

Os valores obtidos com as multas serão créditos à conta do Fundo Nacional Antidrogas, tal qual disposto no art. 29, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06. Nesse ponto, a sistemática adotada pela Lei de Drogas diferencia-se daquela constante do Código Penal (art. 49), na qual as multas compõem o acervo do Fundo Penitenciário.

> **Art. 30.** Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

18. PRESCRIÇÃO.

Com a prática da infração penal, o *ius puniendi* automaticamente se concretiza, e a partir de então o Estado tem o poder-dever de punir o autor do fato típico, ilícito e culpável. Outrora abstrata e dirigida contra todos os indivíduos, a pretensão punitiva transforma-se em concreta, visando uma pessoa determinada. Ocorre que esse direito de punir é limitado, e não pode se arrastar eternamente ao longo dos anos. Incumbe ao Estado, portanto, aplicar a sanção penal dentro de um lapso temporal determinado, sob pena de sua inércia ter o condão de causar a extinção da punibilidade. Surge, então, a prescrição, a ser compreendida como a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em virtude da inércia do Estado, provocando a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

Pelo menos em regra (CP, art. 109), o cálculo da prescrição é feito de acordo com o *quantum* de pena privativa de liberdade. Como o art. 28 da Lei de Drogas deixou de cominar pena de prisão ao porte de drogas para consumo pessoal, era necessário que o próprio legislador estabelecesse a forma de cálculo da prescrição desse delito. Daí a importância do art. 30 da Lei nº 11.343/06, que prevê que a imposição e a execução das penas prescrevem em 2 (dois) anos. Como o dispositivo faz referência à prescrição em 2 (dois) anos da *imposição e execução das penas*, depreende-se que este prazo prescricional vale tanto para a prescrição da pretensão punitiva (*imposição*), como também para a prescrição da pretensão executória (*execução*).

Até o advento da Lei nº 12.234/10, o menor lapso prescricional previsto no Código Penal era o de 2 (dois) anos, aplicável se o máximo da pena privativa de liberdade fosse inferior a 1 (um) ano (antiga redação do art. 109, VI, do CP). Com a vigência da Lei nº 12.234/10, este dispositivo foi alterado, fixando-se o prazo de 3 (três) anos. Sem embargo das mudanças produzidas no âmbito do Código Penal, como o art. 30 da Lei de Drogas é norma especial (*lex specialis derogat lex generalis*) em relação ao art. 109, inciso VI, do Código Penal, pensamos que não houve qualquer alteração do prazo prescricional previsto para o crime de porte de drogas para consumo pessoal, que continua sendo de 2 (dois) anos.

O art. 30 da Lei de Drogas causa certa estranheza, todavia, quando dispõe, em sua parte final, que deve ser observado, *no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal*. Ora, o art. 107 do Código Penal não trata das causas interruptivas da prescrição, mas sim das diversas causas extintivas da punibilidade previstas no nosso ordenamento jurídico (v.g., morte do agente, prescrição, decadência, perempção, etc.). Na verdade, as causas interruptivas da prescrição estão listadas no art. 117 do Código Penal.

Diante da falta de técnica do legislador, grande parte da doutrina prefere entender que o dispositivo deve ser objeto de interpretação extensiva, porquanto disse menos do que pretendia. Portanto, à exceção do prazo prescricional de 02 (dois) anos, que foi tratado de forma diversa, ao crime de porte de drogas para consumo pessoal devem ser aplicadas todas as disposições constantes do Código Penal acerca da prescrição, como, por exemplo, o termo inicial da prescrição (CP, arts. 111 e 112), as causas de redução do prazo prescricional (CP, art. 115), as causas suspensivas da prescrição), e não apenas as causas interruptivas da prescrição, mormente porque o art. 30 da Lei de Drogas determina a aplicação dos arts. 107 *e seguintes do Código Penal.* Dito de outro modo, quisesse o legislador referir-se apenas às causas interruptivas da prescrição, teria se referido tão somente ao art. 117 do Código Penal, e não aos *arts. 107 e seguintes do CP.*

Dessa forma, é certo dizer que a prescrição da pretensão punitiva abstrata do crime de porte de drogas para consumo pessoal começa a fluir a partir do momento em que o crime estiver consumado, nos termos do art. 111, I, do CP. Na mesma linha, em se tratando de acusado menor de 21 (vinte e um) anos à época do fato delituoso, o prazo prescricional de 2 (dois) anos deve ser reduzido de metade, *ex vi* do art. 115 do Código Penal. De mais a mais, não há falar em prescrição da pretensão executória se o agente condenado pelo delito de porte de drogas para consumo pessoal estiver cumprindo pena por outro crime, em regime que não permita o cumprimento das penas previstas no art. 28 da Lei de Drogas, nos termos do art. 116, parágrafo único, do CP.

TÍTULO IV
DA REPRESSÃO À PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA E AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Capítulo I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

19. LICENÇA PRÉVIA PARA A PRODUÇÃO DE DROGAS.

Face a proibição genérica do art. 2º da Lei de Drogas, toda e qualquer atividade relativa à circulação de drogas e ao plantio, cultura, colheita ou exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, geralmente para fins científicos ou medicinais, pressupõe prévia autorização da autoridade competente. Portanto, para que se possa produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, é indispensável a concessão de licença prévia da autoridade competente. A rigor, esta autorização deve ser concedida antecipadamente, daí por que não é possível que a licença seja concedida após a prática do ato, como espécie de ratificação de conduta anteriormente praticada. Essa autorização é disciplinada, atualmente, pela Portaria SVS/MS 344/1998.

Esta licença prévia da autoridade competente para toda e qualquer atividade relacionada a drogas ou substâncias precursoras funciona como verdadeiro elemento normativo dos tipos penais previstos na Lei de Drogas. Basta atentar, por exemplo, ao crime do art. 33, *caput,* que faz referência ao tráfico de drogas praticado *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.* Apesar de a expressão *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar* constituir fator vinculado à ilicitude, foi inserida nos diversos crimes da Lei de Drogas como verdadeira elementar do tipo penal. Logo, uma vez não preenchida esta elementar, o fato se torna atípico. Além disso, eventual erro quanto à presença dessa elementar caracteriza hipótese de erro de tipo, e não de proibição, porquanto incidente sobre elemento constitutivo do tipo legal do crime, nos termos do art. 20, *caput,* do Código Penal.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelo delegado de polícia na forma do art. 50-A, que recolherá quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova. (Redação dada pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 1º Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014.

§ 2º Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014.

§ 3º Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, o disposto no Decreto nº 2.661, de 8 de julho de 1998, no que couber, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.

20. DESTRUIÇÃO IMEDIATA DE PLANTAÇÕES ILÍCITAS E (DES) NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

Estranhamente, em sua redação original, o art. 32, e seus parágrafos, da Lei de Drogas, versavam sobre três temas distintos, o que acabava por causar certa controvérsia. O art. 32, *caput*, e seu § 3º, cuidavam da destruição imediata de *plantações ilícitas*; os §§ 1º e 2º do art. 32 versavam sobre a destruição das *drogas apreendidas*; por fim, o § 4º do art. 32 tratava da *expropriação das glebas cultivadas* com plantações ilícitas.

Com o objetivo de apartar o procedimento referente à destruição das plantações ilícitas daquele atinente à incineração das drogas apreendidas, o art. 6º da Lei nº 12.961/14 revogou expressamente os §§ 1º e 2º do art. 32 da Lei nº 11.343/06. Com isso, a destruição das plantações ilícitas permanece regulada exclusivamente pelo art. 32, *caput*, e § 3º; a destruição das drogas apreendidas será disciplinada, doravante, apenas pelos §§ 3º, 4º e 5º do art. 50, e pelo art. 50-A, ambos da Lei de Drogas, com redação determinada pela Lei nº 12.961/14; subsiste a previsão legal expressa de expropriação das glebas cultivadas com plantações ilícitas no art. 32, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Em sua redação original, nada dizia a Lei de Drogas – pelo menos expressamente – acerca da necessidade de prévia autorização judicial para a destruição das plantações ilícitas. De fato, a antiga redação do art. 32, *caput*, da Lei nº 11.343/06, fazia menção apenas à *destruição imediata das plantações ilícitas* pelas autoridades de polícia judiciária, sem fazer qualquer referência à necessidade de prévia determinação judicial. Por isso, de um lado, parte da doutrina sustentava que a destruição das plantações ilícitas poderia ser levada adiante pelo Delegado de Polícia independentemente de prévia autorização judicial.[55] Outros, no entanto, advogavam que a prévia autorização judicial era condição *sine qua non* para a destruição das plantações ilícitas.[56]

Com o advento da Lei nº 12.961/14, parece não haver mais controvérsias acerca do assunto. Doravante, a imediata destruição das plantações ilícitas passa a depender de prévia autorização judicial. Conquanto a Lei nº 12.961/14 não tenha disposto explicitamente acerca da matéria, alterando, por exemplo, o *caput* do art. 32 da Lei de Drogas, para fazer menção expressa à necessidade de prévia autorização judicial, interpretação sistemática – e conforme à Constituição – das mudanças produzidas pelo advento da referida Lei autoriza a conclusão nesse sentido.

Inicialmente, é importante perceber que a nova redação conferida ao *caput* do art. 32 da Lei de Drogas prevê expressamente que a destruição imediata das plantações ilícitas deve ser executada pelo Delegado de Polícia *na forma do art. 50-A*. Este, por sua vez, dispõe que a destruição de drogas apreendidas sem a ocorrência de prisão em flagrante será feita por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contado da data da apreensão, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo, *aplicando-se, no que couber, o procedimento dos §§ 3º a 5º do art. 50*. E é exatamente o art. 50, § 3º, da Lei de Drogas, que dispõe que a destruição das drogas apreendidas deve ser determinada pela autoridade judiciária competente. Logo, sujeita que está a destruição das plantações ilícitas ao quanto disposto no art. 50-A e, consequentemente, ao procedimento dos §§ 3º a 5º do art. 50, não restam dúvidas quanto à necessidade de prévia determinação judicial.

Por mais que se queira objetar que a Polícia Judiciária não dispõe de aparato humano e material para a preservação do local, quase sempre em locais inóspitos, de difícil acesso e de oneroso deslocamento, daí não se pode permitir que uma autoridade administrativa leve adiante a destruição da propriedade de alguém – ainda que ilícita – sem prévia autorização judicial, notadamente se considerarmos que, em hipóteses raríssimas (arts. 2º e 31), a própria Lei de Drogas dispõe quanto à

55. Antes da vigência da Lei nº 12.961/14, era nesse sentido a lição de Renato Marcão: *Lei 11.343, de 23 de novembro de 2006: nova Lei de Drogas*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 128. Também nos posicionamos nesse sentido na 2ª edição da obra *Legislação Criminal Especial Comentada* (Salvador: Ed. Juspodivm, 2014, p. 718).

56. Mesmo antes da vigência da Lei nº 12.961/14, Luiz Flávio Gomes (*Lei de Drogas comentada: artigo por artigo*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 160) já sustentava que a destruição das plantações ilícitas deveria ser precedida de prévia autorização judicial, ouvindo-se não apenas o Ministério Público, mas também a defesa, em fiel observância ao contraditório e à ampla defesa.

possibilidade de haver autorização para o cultivo de plantas destinadas à produção de substâncias entorpecentes. De se concluir, portanto, que essa exigência de determinação judicial prévia para fins de destruição das plantações ilícitas vem ao encontro do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), evitando que alguém seja privado de seus bens sem a observância do devido processo legal.

Uma vez obtida a autorização judicial, o Delegado de Polícia (Civil ou Federal) deve adotar precauções de modo a comprovar a materialidade dos crimes. Por isso, antes da destruição das plantações ilícitas, há de ser recolhida quantidade suficiente para exame pericial (laudo de constatação e exame químico-toxicológico), que irá atestar a toxicidade da substância apreendida (materialidade delitiva), sendo lavrado, ademais, um auto de levantamento das condições encontradas com a delimitação do local, diligência de fundamental relevância para auxiliar o Ministério Público e o Juiz para fins de distinguir um simples plantio doméstico para consumo pessoal daquele exercido com fins de mercancia.

Na hipótese de a autoridade de polícia judiciária utilizar a queimada para a destruição das plantações ilícitas, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, dispõe o art. 32, § 3º, da Lei de Drogas, que deve ser observado o disposto no Decreto nº 2.661/98, que dispõe sobre normas de precaução relativas ao emprego de fogo em práticas agropastoris e florestais, no que couber, sendo desnecessária, todavia, prévia autorização do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA (Decreto nº 2.661/98, art. 3º). Com o advento do novo Código Florestal, a proibição do uso de fogo e o controle de incêndios passou a constar dos arts. 38 a 40 da Lei nº 12.651/12.

21. EXPROPRIAÇÃO DE GLEBAS CULTIVADAS COM PLANTAÇÕES ILÍCITAS.

Consoante disposto no art. 243, *caput*, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 81/2014, as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriados e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Além de indicar a destinação das propriedades expropriadas – reforma agrária e programas de habitação popular –, a Constituição Federal deixa claro que a medida será executada sem qualquer indenização ao proprietário.

O procedimento da expropriação das propriedades cultivadas com plantações ilícitas está regulamentado pela Lei nº 8.257/91. A despeito de não haver menção expressa na Constituição Federal acerca do assunto, a competência privativa para propor a ação expropriatória é privativa da União, sendo lícito, todavia, que a atribuição seja delegada a pessoa de sua administração indireta.[57] Consoante disposto no art. 4º desta Lei, as glebas sujeitas à expropriação são aquelas possuídas a qualquer título. Além de prever um procedimento extremamente célere, a Lei nº 8.257/91 também dispõe que, transitada em julgado a sentença expropriatória, na hipótese de à propriedade expropriada não ser dada a destinação a que se refere a Constituição Federal em até 120 (cento e vinte) dias, o imóvel será incorporado ao patrimônio da União, ficando reservada, todavia, até que sobrevenham as condições necessárias àquela utilização. Quanto ao procedimento em si, consta do art. 17 da Lei nº 8.257/91 que a expropriação sob comento prevalecerá sobre direitos reais de garantia, não se admitindo embargos de terceiro fundados em divida hipotecária, anticrética ou pignoratícia.

Apesar de não haver consenso na doutrina acerca do assunto, há precedentes do STJ no sentido de que a responsabilidade do proprietário de terras usadas para o plantio de espécies psicotrópicas é objetiva. Por consequência, é irrelevante a existência (ou não) de culpa na utilização criminosa.[58]

No julgamento do RE 635.336, com Repercussão Geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal entendeu que poderá ser afastada a expropriação de terra na qual foram cultivadas plantas psicotrópicas *desde que o proprietário comprove que não teve culpa*. Na visão do Relator – Ministro Gilmar Mendes –, a Constituição Federal não faz nenhuma menção à participação do proprietário no cultivo ilícito para ensejar a sanção, pelo contrário, afirma-se que os imóveis serão expropriados sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas por lei. O proprietário poderia, então, afastar sua responsabilidade demonstrando que não incorreu em culpa,

57. É nesse sentido a lição de José dos Santos Carvalho Filho: *Manual de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 809.

58. STJ, 1ª Turma, REsp 498.742/PE, Rel. Min. José Delgado, j. 16/09/2003, DJ 24/11/2003 p. 222.

provando, por exemplo, que foi esbulhado ou até enganado por possuidor ou detentor. Enfim, embora subjetiva, a responsabilidade do proprietário seria bem próxima à objetiva. Em caso de condomínio, havendo boa-fé de apenas alguns proprietários, a sanção deve ser aplicada e restará ao proprietário inocente buscar a reparação dos demais. Restou firmada, assim, a seguinte tese: "A expropriação prevista no art. 243, da Constituição Federal, pode ser afastada desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in elegendo*".[59]

Muito se discute quanto à extensão da expropriação-sanção na hipótese de a cultura ilegal ser localizada em apenas parte da propriedade, vale dizer, se a medida deve recair apenas sobre a parte do imóvel efetivamente utilizada para o cultivo de plantas psicotrópicas ou se deve abranger o imóvel inteiro. Na visão do Supremo, quando a Constituição faz uso da expressão "gleba" – propriedade, após a Emenda Constitucional n. 81 de 2014 –, refere-se à propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Portanto, a expropriação deve recair sobre as glebas no seu todo, e não apenas sobre as áreas de cultivo das plantas psicotrópicas, sem que se possa objetar eventual violação aos princípios da proporcionalidade e do devido processo legal. Por isso, em caso concreto apreciado pela Suprema Corte, reputou-se indevida a expropriação de apenas 150 m2 de terra rural, até mesmo porque seria inviável que nesses mesmos 150m² fossem assentados colonos tendo em vista o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.[60]

Como a expropriação de propriedades cultivadas com plantações ilícitas é objeto de uma ação autônoma que tramita no âmbito cível, cujo procedimento é regulamentado pela Lei nº 8.257/91, a medida pode ser levada a efeito independentemente do trânsito em julgado de sentença condenatória referente aos crimes de tráfico de drogas. Não se pode confundir a expropriação-sanção com o perdimento ou confisco previstos no Código Penal e na Lei nº 11.343/06, estes sim condicionados ao trânsito em julgado de sentença condenatória.

Por fim, como destaca a doutrina, não há óbice à expropriação de bem considerado de família. Por mais que a Constituição Federal assegure o direito à moradia em seu art. 6º, as liberdades públicas não podem ser interpretadas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades: não se permite que sejam exercidas de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias; não podem funcionar como mecanismo de salvaguarda para atividades ilícitas.[61]

Capítulo II
DOS CRIMES

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas;

IV – vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

59. STF, Pleno, RE 635.336, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/12/2016.

60. STF, Pleno, RE 543.974/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 26/03/2009, DJe 99 28/05/2009. Na mesma linha, Carvalho Filho (op. cit. p. 810) sustenta que não há desapropriação parcial: ou se desapropria a gleba integralmente, se presente o pressuposto constitucional, ou não será caso de desapropriação, devendo-se, nessa hipótese, destruir a cultura ilegal e processar os respectivos responsáveis.

61. Nessa linha: CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. p. 162.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI 4.274)

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

22. TRÁFICO DE DROGAS.

Embora referida na Constituição (art. 5º, inciso XLIII), na Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, *caput*), a expressão *tráfico ilícito de entorpecentes* não consta expressamente da Lei nº 11.343/06, na medida em que a nova lei de drogas, assim como a anterior (Lei nº 6.368/76), não traz um crime cujo *nomen iuris* seja "tráfico de drogas".

De modo a se determinar qual crime é o de tráfico de drogas, pode-se utilizar como subsídio a interpretação dada pela jurisprudência na vigência da Lei nº 6.368/76, que sempre entendeu que o tráfico abrangeria apenas as condutas dos artigos 12 e 13. A conduta de associação para o tráfico, então constante do art. 14 da Lei nº 6.368/76, não era crime equiparado a hediondo.[62]

Na nova lei de drogas (Lei nº 11.343/06), portanto, encontra-se o crime de tráfico de drogas previsto nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e 34, excluído desse conceito o art. 35, que traz a figura da associação para fins de tráfico.

Insere-se também no conceito de tráfico de drogas o delito de financiamento ao tráfico, previsto no art. 36 da Lei nº 11.343/06. Antes da Lei nº 11.343/06, aquele que financiasse o tráfico de drogas ou de maquinários responderia pelo mesmo crime que o traficante, em concurso de agentes (CP, art. 29, *caput*). Com a intenção de punir mais severamente aquele que financia o tráfico, a nova lei de drogas insere as condutas em tipos distintos, trazendo, assim, mais uma exceção pluralista à teoria monista.[63] Logo, apesar de o financiamento estar inserido em dispositivo diverso, somos levados a crer que tal figura também se equipara ao "tráfico de drogas", sob pena de patente violação ao princípio da proporcionalidade. Dito de outra maneira, a lei não pode levar a interpretações absurdas: se o delito previsto no art. 33 é crime hediondo, é inegável que tal atributo também se estende ao delito mais grave, financiamento ao tráfico, sobretudo se levarmos em consideração que, neste, o móvel do agente é a obtenção de bens, direitos e valores com a prática do tráfico de drogas por terceiro.

O tipo penal previsto no art. 37 da Lei nº 11.343/06 ("Colaborar, como informante, com grupo, organização, ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 desta Lei") também deve ser rotulado como equiparado a hediondo. Afinal, este informante, que colabora com grupo destinado ao tráfico de drogas, concorre inegavelmente para a prática do tráfico de drogas, daí por que esta conduta delituosa também deve ser equiparada a hedionda.[64]

Todo esse raciocínio acaba sendo corroborado a partir da leitura do art. 44, *caput*, da Lei de drogas, que, à semelhança das restrições previstas na Lei nº 8.072/90 para os crimes hediondos e equiparados, estabelece uma série de vedações para os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei 11.343/06 (v.g., insuscetibilidade de graça, indulto, anistia, etc.), a significar, portanto, que tais delitos seriam equiparados a hediondos, ou seja, ao tráfico de drogas (CF, art. 5º, XLIII).

Em outras palavras, se a tais delitos foi estabelecida uma série de restrições, algumas delas próprias dos crimes hediondos e equiparados, somos levados a acreditar que, à exceção do art. 35 (associação para fins de tráfico), que jamais foi considerado equiparado a hediondo na vigência da Lei anterior (art. 14 da Lei nº 6.368/76), os delitos citados no art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (art. 33, *caput*, e § 1º, art. 34, art. 36 e art. 37) são tidos como "tráfico de drogas".

62. STF, 1ª Turma, HC 83.017/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, DJU 23/04/2004 p. 24. E ainda: STF, 2ª Turma, HC 83.656/AC, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 20/04/2004, DJ 28/05/2004.

63. No Código Penal há outros exemplos de exceções pluralistas à teoria monista: arts. 124/126; 317/333; 318/334; 342, § 1º/343.

64. No sentido de que os crimes dos arts. 36 (financiamento) e 37 (colaboração como informante) devem ser considerados hediondos, por serem formas de participação no tráfico de drogas, as quais foram objeto de tipificação legal autônoma (casos de exceção pluralística à teoria monística do concurso de agentes): JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique. *Legislação penal especial. Vol. 1.* São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 395).

Interpretando-se *a contrario sensu* o art. 44 da Lei nº 11.343/06, não podem ser rotulados como "tráfico de drogas" e, portanto, equiparados a hediondos, os crimes previstos nos arts. 28 (porte ou cultivo de drogas para consumo próprio), 33, § 2º (auxílio ao uso), 33, § 3º (uso compartilhado), 33, §4º (tráfico privilegiado) – prova disso, aliás, é o teor do art. 112, §5º, da LEP, introduzido pelo Pacote Anticrime –[65], 38 (prescrição ou ministração culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave após o uso de drogas). Por mais que a Lei nº 11.343/06 não defina expressamente quais seriam os crimes de tráfico de drogas, não se pode perder de vista que a palavra *tráfico* está vinculada à ideia de comércio, mercancia, trato mercantil, negócio fraudulento, etc. Assim, não se pode querer atribuir a natureza de tráfico de drogas à conduta daquele que divide com outrem um cigarro de maconha (Lei nº 11.343/06, art. 33, § 3º), sob pena de rotularmos como equiparado a hediondo um crime cuja pena cominada é de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

23. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E TRÁFICO DE DROGAS.

Ao contrário do crime de porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal, em relação ao qual há alguns precedentes da 1ª Turma do Supremo admitindo a aplicação do princípio da insignificância, prevalece o entendimento de que tal princípio não pode ser aplicado ao tráfico de drogas.

Por mais que alguém seja flagrado entregando ínfima quantidade de droga a terceiro para fins de consumo, como se trata de crime de perigo abstrato, subsiste a relevância penal da conduta, já que o tipo do art. 33 está voltado para o combate à divulgação e propagação do uso de drogas. Afinal, cuida-se, o tráfico de drogas, de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou. Nesse contexto, como já se pronunciou a Suprema Corte, "o fato de o agente haver sido surpreendido com pequena quantidade de droga – três gramas – não leva à observação do princípio da insignificância, prevalecendo as circunstâncias da atuação delituosa – introdução da droga em penitenciária para venda a detentos".[66]

24. SUJEITOS DO CRIME.

Em regra, o crime de tráfico de drogas constante do art. 33 pode ser praticado por qualquer pessoa, logo, cuida-se de crime comum. Especificamente em relação ao verbo "prescrever", trata-se de crime próprio, pois apenas aquele que exerce profissão habilitada à prescrição de drogas pode figurar como sujeito ativo do delito, como, por exemplo, médicos e dentistas.

Como se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, o sujeito passivo é a coletividade. Na hipótese de a droga ser entregue a criança ou adolescente, subsiste o crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Todavia, se a substância entregue não possuir princípio ativo de qualquer droga listada na Portaria nº 344 da ANVISA (v.g., álcool ou cigarro), o agente deverá responder pelo crime do art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação dada pela Lei n. 13.106/15, que faz referência à bebida alcoólica ou a outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica.

25. CONDUTAS TÍPICAS.

Nos mesmos moldes do antigo art. 12 da Lei nº 6.368/76, foram contemplados no art. 33 da Lei de Drogas 18 (dezoito) verbos distintos:

1) **importar:** é proporcionar o ingresso irregular da droga no território nacional, consumando-se no momento em que a substância entra, indevidamente, no território brasileiro, seja por via aérea, terrestre ou marítima. Logo, ainda que desconhecido o autor, despiciendo é o seu reconhecimento, podendo-se afirmar que o delito se consuma no instante em que a droga tocar o território nacional, entrada essa consubstanciada, pelo menos em regra, na apreensão da droga. Para que ocorra a consumação do tráfico de drogas na modalidade "importar",

65. LEP: "Art. 112. (...) §5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006".

66. STF, 1ª Turma, HC 87.319/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/11/2006, DJ 15/12/2006. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 88.820/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/12/2006, DJ 19/12/2006. Sob o argumento de que se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, a quantidade de substância apreendida, o STJ também não admite a aplicação do princípio da insignificância ao tráfico de drogas. A propósito: STJ, 6ª Turma, HC 156.543/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 25/10/2011, DJe 09/11/2011; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 125.332/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/10/2011, DJe 14/11/2011; STJ, 6ª Turma, HC 104.158/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/09/2011, DJe 13/10/2011. No sentido de que o princípio da insignificância não se aplica aos delitos do art. 33, *caput*, e do art. 28 da Lei de Drogas, pois são crimes de perigo abstrato ou presumido: STJ, 6ª Turma, EDcl no HC 463.656/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 04/10/2018, DJe 24/10/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 387.874/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 03/08/2017, DJe 10/08/2017; STJ, 5ª Turma, HC 386.093/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/04/2017, DJe 27/04/2017.

revela-se desnecessário, portanto, que a correspondência chegue ao destinatário final, por configurar mero exaurimento da conduta. Quando o agente é surpreendido na alfândega de um aeroporto nacional, após chegar do exterior, o crime já está consumado, pois se trata de território nacional. Apesar de difícil configuração fática, a tentativa é possível (v.g., importação pela via terrestre);[67]

2) **exportar:** significa levar para fora do Brasil. Consuma-se o crime quando a droga sai do território nacional. Na prática, se o agente exporta substância entorpecente, é provável que já tenha incorrido em outra modalidade típica do art. 33 (v.g., transportar, guardar, trazer consigo, etc.), o que significa dizer que o crime já estaria consumado;

3) **remeter:** enviar a algum lugar, porém dentro do território nacional. Essa remessa pode ser feita por qualquer meio, seja pelos correios, seja por intermédio de terceira pessoa. Há certa controvérsia acerca do momento exato da consumação desse delito. De um lado, há quem entenda que o crime só estará consumado quando o destinatário receber a droga, daí por que haveria simples tentativa quando a droga é apreendida ainda nos correios. Todavia, como o verbo utilizado é "remeter", prevalece o entendimento de que o delito se consuma no exato momento em que o agente se despe da posse da droga, enviando-a a um terceiro;[68]

4) **preparar**: significa obter algo por meio da composição ou decomposição de elementos;

5) **produzir**: significa dar origem a algo antes inexistente. Para alguns, o verbo produzir guarda relação com uma atividade extrativa da natureza (v.g., plantar, colher);

6) **fabricar**: consiste na produção em grande escala, por meio de equipamentos e maquinário próprio;

7) **adquirir**: é a obtenção da propriedade de alguma coisa, de maneira gratuita ou onerosa. Desde que evidenciada a existência de um acordo de vontades sobre a droga e o preço, não há necessidade de tradição da droga ao seu adquirente, nem tampouco pagamento do valor acordado. Para a 6ª Turma do STJ, a conduta consistente em negociar por telefone a aquisição de droga e também disponibilizar o veículo que seria utilizado para o transporte do entorpecente configura o crime de tráfico de drogas em sua forma consumada - e não tentada -, ainda que a polícia, com base em indícios obtidos por interceptações telefônicas, tenha efetivado a apreensão do material entorpecente antes que o investigado efetivamente o recebesse. A Segunda Turma do STF (HC 71.853-RJ, DJ 19/5/1995) já se manifestou no sentido de que a modalidade de tráfico "adquirir" completa-se no instante em que ocorre a avença entre comprador e vendedor. De igual forma, conforme entendimento do STJ, incide no tipo penal, na modalidade "adquirir", o agente que, embora sem receber a droga, concorda com o fornecedor quanto à coisa, não havendo necessidade, para a configuração do delito, de que se efetue a tradição da droga adquirida, pois que a compra e venda se realiza pelo consenso sobre a coisa e o preço. Conclui-se, pois, que a negociação com aquisição da droga e colaboração para seu transporte constitui conduta típica, encontrando-se presente a materialidade do crime de tráfico de drogas;[69]

8) **vender**: significa alienar mediante contraprestação. Essa contraprestação não necessariamente precisa ser dinheiro, podendo restar caracterizada pela entrega de outro objeto de valor econômico. Nos mesmos moldes que a modalidade "adquirir", a consumação dessa conduta independe da tradição da droga e do recebimento do preço. Basta, na verdade, o acordo de vontades;

9) **expor à venda**: consiste em apresentar, colocar à mostra para fins de alienação;

10) **oferecer:** significa ofertar como presente, sem a intenção de venda, geralmente de forma gratuita;

11) **ter em depósito:** consiste em mater em reservatório ou armazém, conservando a coisa. Caracteriza-se pela mobilidade e transitoriedade, no sentido de ser possível um rápido deslocamento da droga de um lugar para outro;

12) **transportar**: consiste em levar a droga de um lugar para outro, geralmente por meio não pessoal, característica esta que a diferencia da modalidade "trazer consigo";

67. Na hipótese em que drogas enviadas via postal do exterior forem apreendidas na alfândega, competirá ao juízo federal do local da apreensão da substância processar e julgar o crime de tráfico de drogas, ainda que a correspondência seja endereçada à pessoa não identificada residente em outra localidade: STJ, 3ª Seção, CC 132.897/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 28/5/2014.

68. No sentido de que, para fins de consumação do tráfico na modalidade "remeter", é desnecessário que a substância entorpecente enviada chegue ao seu destinatário, o que configuraria mero exaurimento do delito: STJ, 3ª Seção, CC 41.775/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/05/2004, DJ 14/06/2004 p. 158. Em sentido diverso, há precedente antigo do STJ concluindo que, na modalidade de "remeter", não se consuma o tráfico de drogas se a substância é apreendida nos Correios, antes de ser enviada ao destinatário, configurando-se, na hipótese, a tentativa perfeita: STJ, 6ª Turma, REsp 162.009/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 18/05/2000, DJ 05/06/2000.

69. STJ, 6ª Turma, HC 212.528/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 1º/09/2015, DJe 23/09/2015. No mesmo contexto: STJ, 5ª Turma, REsp 820.420/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03/08/2006, DJ 11/09/2006 p. 343.

13) **trazer consigo**: transportar junto ao corpo (v.g., na bolsa, no bolso da calça, etc.) ou em seu interior (v.g., cápsulas de cocaína ingeridas pela chamada "mula");

14) **guardar**: tomar conta da droga, protegendo, tendo-a sob vigilância, geralmente por meio de ocultação;

15) **prescrever**: significa receitar, indicar. Trata-se de crime próprio, pois quem pode prescrever é apenas médico e dentista. Ao contrário do crime do art. 38 da Lei de Drogas, punido a título culposo, a modalidade "prescrever" constante do art. 33 é punida exclusivamente a título de dolo;[70]

16) **ministrar**: é introduzir no organismo de alguém substância entorpecente, por qualquer meio. Não se trata de crime próprio, já que, diversamente da modalidade "prescrever", qualquer pessoa pode introduzir a droga no organismo humano. Essa modalidade do art. 33 é punica exclusivamente a título doloso. Logo, se a conduta for praticada culposamente, o crime será o do art. 38 da Lei nº 11.343/06;

17) **entregar a consumo**: norma de encerramento que visa abarcar toda e qualquer conduta relacionada à traficância que não possa ser enquadrada nas modalides anteriores, diferenciando-se do fornecimento por consistir em tradição da droga a terceiro praticada de maneira isolada, única, esporádica;

18) **fornecer**: significa prover, entregar, abastecer, distinguindo-se da entrega a consumo por trazer ínsita a ideia de continuidade no tempo, ou seja, de uma tradição contínua durante certo período. Geralmente, esta modalidade é utilizada como forma de captação de clientela. Não se confunde com a figura típica do art. 33, § 3º, porquanto nesta a droga é oferecida eventualmente e *sem objetivo de lucro* a pessoa do relacionamento do agente para juntos a consumirem.

Todas as condutas acima mencionadas têm o complemento *ainda que gratuitamente*, ou seja, sem cobrança de qualquer preço ou valor. Portanto, é de todo irrelevante haver ou não lucro, ou mesmo o intuito de lucro.

Os vários núcleos verbais constantes do art. 33 da Lei de Drogas fazem dele um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Assim, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena (art. 59, *caput*, do CP). Pouco importa que o autor tenha importado determinada substância entorpecente, transportado-a para determinado lugar onde foi mantida em depósito para depois ser vendida. Terá praticado um crime único, por força da incidência do princípio da alternatividade. Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

26. CRIMES PERMANENTES DE TRÁFICO DE DROGAS.

Crime permanente é aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento. Como se vê, uma das principais características do crime permanente consiste em o agente poder fazer cessar a perturbação do bem jurídico a qualquer momento. Ele possui o domínio do fato, da conduta e do resultado.[71]

O art. 33 da Lei de Drogas prevê algumas condutas que são permanentes, como, por exemplo, a de *expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo* e *guardar*. Essa natureza permanente de algumas modalidades do tráfico de drogas traz consigo algumas consequências, a saber:

1) **Prisão em flagrante:** enquanto não cessar a permanência, o agente encontra-se em situação de flagrância, ensejando, assim, a efetivação de sua prisão em flagrante, independentemente de prévia autorização judicial. Nos exatos termos do art. 303 do CPP, "nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência";[72]

2) **Violação domiciliar independentemente de prévia autorização judicial:** em seu art. 5º, XI, a

70. No sentido de que a imputação a médico de prática vedada e reiterada de prescrição de associação medicamentosa, que atua no sistema nervoso central, causando dependência química, colocando o paciente sob risco de desenvolver problemas hepáticos e renais, de pressão arterial, taquicardia, ansiedade e agitação, indica, a princípio, o crime de tráfico de drogas: STJ, 6ª Turma, RHC 26.915/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/05/2011, DJe 13/06/2011.

71. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 146-147.

72. STJ, 6ª Turma, HC 17.618, Rel. Fernando Gonçalves, j. 25/09/2001, DJU 15/10/2001. No sentido da legalidade da prisão em flagrante de indivíduo cultivando *cannabis sativa* em sua horta particular, por se tratar de crime permanente: STJ, 5ª Turma, HC 11.222/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 27/11/2000 p. 175. No sentido de que o crime de associação para o tráfico de drogas é permanente, protraindo a sua consumação no tempo, autorizando, desta forma, a autuação em flagrante durante todo o tempo em que subsistir o vínculo associativo entre os consortes: STJ, 6ª Turma, HC 140.207/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/09/2009, DJe 21/09/2009.

própria Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio nos casos de flagrante delito, seja durante o dia, seja durante a noite, e independentemente de prévia autorização judicial. Em relação aos crimes permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Logo, estando o agente em situação de flagrância no interior de sua casa, e desde que haja justa causa nesse sentido, será possível a violação ao domicílio mesmo sem mandado judicial.[73] O próprio Código Penal, em seu art. 150, § 3º, inciso II, dispõe que não constitui crime de violação de domicílio a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. Nesses casos, para que a polícia possa adentrar em uma residência, sem mandado judicial, exige-se aquilo que se costuma chamar de "causa provável" (no direito norte-americano, *probable cause*), ou seja, quando os fatos e as circunstâncias permitiriam a uma pessoa razoável acreditar ou ao menos suspeitar, com elementos concretos, que um crime está sendo cometido no interior da residência. Aliás, em recente julgado, o Supremo admitiu que não há ilegalidade na prisão em flagrante realizada por autoridade policial baseando-se em notícia anônima.[74] A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, portanto, *quando amparada em fundadas razões*, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que, dentro da casa, havia situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. Nessa medida, deve ser considerada arbitrária a entrada forçada em domicílio *sem uma justificativa conforme o direito, ainda que, posteriormente, seja constatada a existência de situação de flagrante no interior daquela casa*. Enfim, deve haver um controle *a posteriori*, exigindo-se dos agentes estatais a demonstração de que a medida fora adotada mediante *justa causa*, ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de flagrante delito no interior daquele domicílio, autorizando, pois, o ingresso forçado, independentemente de prévia autorização judicial.

Em síntese, o modelo probatório deve ser o mesmo da busca e apreensão domiciliar, que pressupõe a presença de fundadas razões (CPP, art. 240, § 1º), as quais, logicamente, devem ser exigidas de maneira modesta e compatível com o momento em questão.[75] Nessa linha, aos olhos da 6ª Turma do STJ, não configura justa causa apta a autorizar invasão domiciliar a mera *intuição da autoridade policial* de eventual traficância praticada por indivíduo, fundada unicamente em sua fuga de local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas ante iminente abordagem policial. O crime de tráfico de drogas, por seu tipo plurinuclear, enseja diversas situações de flagrante que não devem ser confundidas. Nem sempre o agente traz consigo drogas ou age ostensivamente de modo a ser possível antever que sua conduta se insere em alguma das dezoito alternativas típicas que justificam o flagrante, com a mitigação de um direito fundamental. Nesses casos, espera-se que a autoridade policial proceda a investigações preliminares que a levem a descobrir, v. g., que a residência de determinado indivíduo serve de depósito ou de comercialização de substâncias entorpecentes, de modo a autorizar o ingresso na casa, a qualquer hora do dia ou da noite, dada a natureza permanente do tráfico de drogas. Na hipótese em que o acusado encontra-se em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, e, ao avistar o patrulhamento policial, empreende fuga até sua residência (por motivos desconhecidos) e, em razão disso, é perseguido por policiais, sem, contudo, haver um contexto fático do qual se possa concluir (ou, ao menos, ter-se fundada suspeita), que no interior da residência também ocorre uma conduta criminosa, a questão da legitimidade da atuação policial, ao invadir o domicílio, torna-se extremamente controversa. Assim, ao menos que se possa inferir, de fatores outros que não a mera fuga ante a iminente abordagem policial, que o evasor esteja praticando crime de tráfico de drogas, ou outro de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, não haverá razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, *ainda que haja posterior descoberta e apreensão de drogas no interior da residência* – circunstância que se mostrará meramente acidental –, sob pena de esvaziar-se a franquia constitucional do art. 5º, XI. O que se tem, portanto, é apenas a *intuição* acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, o

73. STF, 2ª Turma, HC 84.772/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 12/11/2004 p. 41. E também: STF, 2ª Turma, HC 74.127/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 13/06/1997; STJ, 5ª Turma, HC 31.514/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 05/04/2004 p. 296; STJ, 6ª Turma, HC 21.392, Rel. Vicente Leal, j. 22.10.2002, DJU 18.11.2002, p. 296. No mesmo sentido: STJ, 5ª Turma, HC 35.642/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 07/03/2005 p. 293.

74. No sentido de que não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima: STF, 2ª Turma, HC 90.178/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2010, DJe 55 25/03/2010.

75. Com esse entendimento: STF, Pleno, RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/11/2015.

que, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configurou, por si só, "fundadas razões" a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial.[76] Em outro precedente, a 6ª Turma do STJ concluiu que a existência de *denúncias anônimas* somada à *fuga do acusado*, por si sós, não configuram *fundadas razões* a autorizar o ingresso policial no domicílio do acusado sem o seu consentimento ou determinação judicial. Por isso, concluiu ter havido ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5º, inc. XI, da Constituição da República, pois, não havia referência à prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância naquele local. Ainda que o tráfico ilícito de drogas seja um tipo penal com vários verbos nucleares, e de caráter permanente em alguns destes verbos, como, por exemplo, "ter em depósito", não se pode ignorar o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal e esta garantia constitucional não pode ser banalizada em face de tentativas policiais aleatórias de encontrar algum ilícito em residências. Reconheceu, assim, que a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária, e não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida, pois os agentes estatais devem demonstrar que havia elemento mínimo a caracterizar fundadas razões (justa causa).[77] O termo "*delito*", utilizado no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, merece interpretação extensiva, abrangendo também a contravenção penal. O raciocínio é idêntico em relação ao princípio da legalidade ou da reserva legal, segundo o qual não há crime (e nem contravenção penal) sem lei anterior que o defina (CF, art. 5º, XXXIX). Portanto, mesmo em se tratando de contravenções penais (v.g., jogo do bicho), é possível o ingresso em casa alheia sem autorização judicial. Referindo-se ao ingresso em domicílio no caso de drogas, Luiz Flávio Gomes assevera que "a captura é legítima, não há que se falar em invasão de domicílio ou crime de abuso de autoridade. Em outras palavras: não importa se a droga encontrada na casa do sujeito era para traficância ou para consumo pessoal. Em ambas as hipóteses a invasão foi correta (é juridicamente incensurável)";[78]

3) **Encontro fortuito de provas:** a teoria do encontro fortuito ou casual de provas é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova deve ser considerada ilícita; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida. A título exemplificativo, suponha-se que, no curso de investigação relacionada a crimes contra a fauna, uma autoridade policial ingresse em uma residência munida de mandado judicial de busca domiciliar com a finalidade de apreender animal de grande porte mantido em cativeiro sem autorização do IBAMA. Se é esta a finalidade do mandado (CPP, art. 243, II), é de se esperar que a diligência seja levada a efeito exclusivamente para a apreensão do animal. Logo, na hipótese de os policiais passarem a revistar gavetas e armários, eventuais provas documentais referentes a crimes contra o sistema financeiro nacional ali encontradas hão de ser consideradas ilícitas, porquanto não relacionadas ao objeto do mandado de busca, caracterizando evidente violação do domicílio (CF, art. 5º, XI), pois, para tanto, não havia prévia autorização judicial. No entanto, nesses casos de cumprimento de mandados de busca, deve-se atentar para o fato de que a Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio nos casos de flagrante delito (CF, art. 5º, XI). Logo, se a autoridade policial, munida de mandado de busca e apreensão, depara-se com certa quantidade de droga no interior na residência, temos que a apreensão será considerada válida, pois, como se trata do delito de tráfico de drogas na modalidade de "guardar", "ter em depósito", etc., espécie de crime permanente, haverá situação de flagrante delito, autorizando o ingresso no domicílio mesmo sem autorização judicial. Portanto, nas hipóteses de flagrante delito (v.g., crimes permanentes), mesmo que o objeto do mandado de busca e apreensão seja distinto, será legítima a intervenção policial, a despeito da autorização para entrar na casa lhe ter sido deferida com outra finalidade.

76. STJ, 6ª Turma, REsp 1.574.681/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20/04/2017, DJe 30/05/2017.

77. STJ, 6ª Turma, RHC 83.501/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 06/03/2018, DJe 05/04/2018.

78. *Nova Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei nº 11.343, de 23/08/2006*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 215.

27. FLAGRANTE PREPARADO, FLAGRANTE ESPERADO E VENDA SIMULADA DE DROGAS.

O flagrante preparado ocorre quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente à prática do delito com o objetivo de prendê-lo em flagrante, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consume. Exemplificando, suponha-se que, após prender o traficante de uma pequena cidade, e com ele apreender seu computador pessoal no qual consta um cronograma de distribuição de drogas, a autoridade policial passe a efetuar ligações aos usuários, simulando uma venda de droga. Os usuários comparecem, então, ao local marcado, efetuando o pagamento pela aquisição da droga. Alguns minutos depois, são presos por agentes policias que se encontravam à paisana, sendo responsabilizados pela prática do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Nesse caso, estará caracterizado o flagrante preparado, como espécie de crime impossível, em face da ineficácia absoluta dos meios empregados. Logo, diante da ausência de vontade livre e espontânea dos autores e da ocorrência de crime impossível (CP, art. 17), a conduta deve ser considerada atípica. Cuidando-se de flagrante preparado, e, por conseguinte, ilegal, pois alguém se vê preso em face de conduta atípica, afigura-se cabível o relaxamento da prisão pela autoridade judiciária competente (CF, art. 5º, inciso LXV). Sobre o assunto, confira-se o teor da Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". A leitura da súmula fornece os dois requisitos do flagrante preparado: preparação e não consumação do delito. Logo, mesmo que o agente tenha sido induzido à prática do delito, porém operando-se a consumação do ilícito, haverá crime e eventual prisão será considerada legal.

Por sua vez, no chamado flagrante esperado, não há qualquer atividade de induzimento, instigação ou provocação. Valendo-se de investigação anterior, *sem a utilização de um agente provocador*, a autoridade policial ou terceiro limita-se a aguardar o momento do cometimento do delito para efetuar a prisão em flagrante, respondendo o agente pelo crime praticado na modalidade consumada, ou, a depender do caso, tentada. Tratando-se de flagrante legal, não há falar em relaxamento da prisão, funcionando a liberdade provisória com ou sem fiança como medida de contracautela.[79]

A propósito, como já se manifestou o STJ, não se deve confundir flagrante preparado com esperado – em que a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar qualquer mecanismo causal da infração. A "campana" realizada pelos policiais a espera dos fatos não se amolda à figura do flagrante preparado, porquanto não houve a instigação e tampouco a preparação do ato, mas apenas o exercício pelos milicianos de vigilância na conduta do agente criminoso tão-somente à espera da prática da infração penal.[80]

Muito se discute acerca do flagrante no caso de drogas: preparado ou esperado? A nosso juízo, tudo depende do caso concreto. A título de exemplo, suponha-se que, fazendo-se passar por usuário de drogas, uma autoridade policial passe a frequentar uma praça onde tem conhecimento que determinada pessoa esteja vendendo drogas. Com a intenção de confirmar que o traficante traz consigo substância entorpecente, solicita a este determinada quantidade de droga, efetuando a prisão no exato momento em que a droga lhe é entregue. Com o vendedor são apreendidos inúmeros papelotes de cocaína e maconha, além da pequena porção supostamente vendida à autoridade policial.

Nessa hipótese, dúvidas não restam quanto à configuração do flagrante preparado em relação ao verbo 'vender'. Afinal de contas, ao mesmo tempo em que a autoridade policial induziu o agente à venda da droga, adotou todas as precauções para que tal *venda* não se consumasse. Entretanto, há que se lembrar que o tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas é exemplo de tipo misto alternativo, ou seja, tipo penal que descreve crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado ou plurinuclear. Assim, apesar de o agente ter sido induzido a vender a droga, venda esta que caracterizaria hipótese de flagrante preparado, como o crime de tráfico de drogas não se configura apenas com o ato de venda de substância entorpecente, afigura-se possível que o agente responda pelo crime de tráfico, nas modalidades de 'trazer consigo', 'guardar'[81],

79. STF, 2ª Turma, HC 78.250/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26/02/1999 p. 3. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 76.397/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 27/02/1998 p. 3; STJ, 5ª Turma, HC 84.141/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18/02/2008 p. 48. Ainda no sentido da legalidade do flagrante esperado: STJ, 5ª Turma, RHC 103.456/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/11/2018, DJe 14/11/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 438.565/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19/06/2018, DJe 29/06/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 377.808/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 12/09/2017, DJe 22/09/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.356.130/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 30/06/2015, DJe 14/12/2015.

80. STJ, 5ª Turma, HC 40.436/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 02/05/2006 p. 343.

81. STF: "Inocorre flagrante preparado em sede de crime permanente, porquanto o crime preexiste à ação do agente provocador; assim, o policial que comparece ao local e mostra-se interessado na aquisição do entorpecente não induz os acusados à prática do delito, pois o fato de manter guardada a droga destinada ao consumo de terceiros já constitui o crime; portanto, a atuação do agente provocador caracteriza mero exaurimento". (RT 740/539).

'oferecer', 'ter em depósito'[82], etc. Em outras palavras, não se dá voz de prisão em flagrante pelo delito preparado, mas sim pelo outro, descoberto em razão deste.[83]

Portanto, considerando-se que o delito de tráfico de entorpecente consuma-se com a prática de qualquer uma das 18 (dezoito ações) identificadas no núcleo do tipo (Lei nº 11.343/06, art. 33, *caput*), algumas de natureza permanente, quando qualquer uma delas for preexistente à atuação policial, estará legitimada a prisão em flagrante e a persecução penal, sem que se possa falar em flagrante forjado ou preparado. Torna-se descabida, assim, a aplicação da súmula nº 145 do Supremo, a fim de ser reconhecido o crime impossível.[84]

Nesses casos de venda simulada de drogas, é importante que seja demonstrado que a posse da droga preexistia à aquisição pela autoridade policial: "Não há crime na operação preparada de venda de droga, quando não preexiste sua posse pelo acusado. Fica descaracterizado o delito para o réu que tão só dele participou em conluio com policiais, visando a repressão ao narcotráfico".[85]

De fato, se restar demonstrado que somente a quantidade vendida à autoridade policial estava com o agente, há de se concluir pela presença de crime impossível, pois não há crime anterior pelo qual ele possa responder. Ex: o agente policial induz ou instiga o acusado a fornecer-lhe a droga que, no momento, não a possuía. Porém, saindo do local, e retornando minutos depois apenas com a quantidade de entorpecente pedida pelo policial, ocorre a prisão em flagrante.

Daí, aliás, a justificativa para a criação da novel figura do **agente policial disfarçado** (Lei n. 10.826/03, arts. 17, §2º, e 18, parágrafo único; Lei n. 11.343/06, art. 33, §1º, IV).[86] De fato, ante a criação das novas figuras típicas, na eventualidade de haver um levantamento prévio por parte de policiais demonstrando que determinado indivíduo estaria vendendo drogas em pequenas quantidades ("tráfico *formiguinha*"), sem mantê-las consigo antes de receber cada proposta, eventual venda da substância ao agente disfarçado terá o condão de tipificar o crime do art. 33, §1º, IV, da Lei n. 11.343/06, pouco importando, *in casu*, que com o traficante seja localizada exclusivamente a exata quantidade de droga comercializada. Não existisse o novo tipo penal envolvendo o agente policial disfarçado, a prisão em flagrante do traficante pelos demais verbos núcleos do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, não seria viável, porquanto descartada a voluntariedade acerca da posse da droga envolvida na negociação.

28. TIPO SUBJETIVO.

Os crimes de tráfico de drogas previstos no art. 33 da Lei de Drogas são punidos exclusivamente a título de dolo, ou seja, deve o agente ter consciência e vontade de praticar qualquer dos núcleos verbais constantes do art. 33, ciente de que o faz sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Os verbos "prescrever" e "ministrar" constantes do art. 33 também são utilizados no art. 38 da Lei de Drogas, diferenciando-se pelo fato de que esta figura delituosa pode ser praticada apenas culposamente.

Apesar de a expressão "tráfico de drogas" estar relacionada à ideia de *mercancia e lucro*,[87] fato é que a tipificação desse crime dispensa a presença de qualquer elemento subjetivo específico, bastando a consciência e a vontade de praticar um dos 18 (dezoito) verbos constantes do art. 33. A propósito, ambas as Turmas Criminais do STJ têm precedentes no sentido de que o tráfico de drogas é crime de ação múltipla e a prática de um dos verbos contidos no art. 33, *caput*, é suficiente para a consumação da infração, sendo prescindível a realização de atos de venda do entorpecente.[88]

Portanto, diversamente do crime do art. 28 da Lei de Drogas, que se caracteriza pela presença do especial fim de agir de o agente trazer a droga consigo *para consumo pessoal*, sendo considerado, pois, tipo incongruente (ou congruente assimétrico), os crimes de tráfico de drogas são espécies de tipos congruentes, vez que há uma perfeita adequação entre os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, isto é, são infrações desprovidas de

82. STJ, 5ª Turma, HC 17.454/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 10/06/2002 p. 232. E também: STF, 1ª Turma, HC 81.970-2, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.06.2002; STJ, 5ª Turma, RHC 17.698/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 06/08/2007 p. 537.

83. STF, 1ª Turma, HC 72.824/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 17/05/1996 p. 16.324.

84. STJ, 5ª Turma, RHC 20.283/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04/06/2007 p. 378. No mesmo contexto: STJ, 6ª Turma, REsp 1.556.355/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02/10/2018, DJe 16/10/2018; STJ, 5ª Turma, HC 463.572/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/09/2018, DJe 02/10/2018; STJ, 6ª Turma, HC 290.663/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 04/12/2014, DJe 17/12/2014.

85. STF, 2ª Turma, HC 70.235/RS, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 08/03/94, DJ 06/05/1994. E também: STJ, 6ª Turma, HC 17.483/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 04/02/2002 p. 568.

86. O tema será objeto de análise na sequência, mais precisamente nos comentários aos crimes equiparados ao tráfico de drogas (item n. 30.4).

87. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009. p. 1.863.

88. STJ, 5ª Turma, HC 332.396/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 23/02/2016, DJe 15/03/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 397.759/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04/08/2015, DJe 20/08/2015.

qualquer outro elemento subjetivo– o chamado dolo específico da doutrina tradicional (ou especial fim de agir).

Na hipótese de o agente não ter consciência de que traz consigo a droga, caracterizado estará o denominado erro de tipo, porquanto incidente sobre um dos elementos constitutivos do tipo legal do crime (CP, art. 20). Na mesma linha, como o art. 33 contempla como elemento normativo do tipo o fato de tais condutas serem praticadas *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar,* eventual erro em relação à existência dessa autorização prévia – por exemplo, agente que supõe, equivocadamente, que teria recebido autorização de uma autoridade policial para manter sob sua guarda drogas com a finalidade de serem exibidas em palestras educativas antitóxicos –, deve ser tratado como erro de tipo, e não como erro de proibição, porquanto o erro recai sobre elemento constitutivo do crime do art. 33 da Lei de Drogas. Em ambas as hipóteses, se o erro for invencível, tanto o dolo quanto a culpa serão excluídos. Na hipótese de se tratar de erro vencível, ou seja, que podia ter sido evitado caso o agente tivesse sido um pouco mais diligente, estará excluído o dolo, restando a culpa se prevista em lei, o que não acontece em relação ao crime do art. 33, que é punido exclusivamente a título doloso. Logo, impõe-se a absolvição do acusado, nos termos do art. 20, *caput,* do CP, c/c art. 386, III, do CPP.

29. SANÇÃO PENAL.

Na vigência da Lei nº 6.368/76, a pena prevista para o crime de tráfico de substância entorpecente do art. 12 era de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Com o advento da Lei nº 11.343/06, a sanção penal cominada ao crime do art. 33 foi sensivelmente aumentada: reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa.

Por se tratar de *lex gravior,* vez que houve o aumento do máximo da pena cominado ao referido delito, sua incidência deve recair apenas em relação aos crimes de tráfico de drogas cometidos a partir da vigência da Lei nº 11.343/06, que se deu em data de 8 de outubro de 2006, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa. No entanto, como algumas modalidades delituosas do art. 33 são permanentes (v.g., ter em depósito), na hipótese de o crime ter se iniciado antes do dia 8 de outubro de 2006, mas ter se prolongado durante a vigência da Lei nº 11.343/06, é perfeitamente possível a aplicação do novel preceito secundário, sem que se possa objetar eventual violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Afinal, consoante dispõe a súmula nº 711 do Supremo, "a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".

30. CRIMES EQUIPARADOS AO TRÁFICO DE DROGAS.

Com o objetivo de evitar que qualquer atividade relacionada à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas fique impune, o legislador descreve no art. 33, § 1º, três condutas equiparadas ao tráfico de drogas.

Há certa controvérsia acerca da possibilidade de concurso de crimes entre as modalidades delituosas do art. 33, *caput,* e aquelas constantes do § 1º do art. 33. De um lado, parte da doutrina entende que o agente que importa substância entorpecente e também importa matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente deve responder por dois crimes, em concurso material, formal ou crime continuado, a depender do caso concreto.[89]

Prepondera, no entanto, o entendimento de que as condutas delituosas descritas no § 1º do art. 33 têm caráter subsidiário, de modo que sua aplicação só é possível se o agente não for punido por qualquer das figuras previstas no *caput.* Portanto, desde que as condutas sejam praticadas em um mesmo contexto – por exemplo, determinado agente utiliza local de que tem a propriedade para o tráfico ilícito de drogas (art. 33, § 1º, III) por ele mesmo executado (art. 33, *caput)* –, não há falar em vários crimes de tráfico, mas apenas um (progressão criminosa). Afinal, se se trata de condutas incluídas dentro da cadeia progressiva de lesão ao mesmo bem jurídico tutelado – saúde pública –, seria ilógico buscar a punição do agente em concurso de delitos.[90]

30.1. Tráfico de matéria-prima, insumos ou produtos químicos destinados à preparação de drogas.

Incorre na pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos)

89. Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 257.

90. Com esse entendimento: MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 102.

a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa aquele que importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas (Lei nº 11.343/06, art. 33, § 1º, I). Se praticado no mesmo contexto fático, o crime do art. 33, caput, da Lei de Drogas, absorve esta figura delituosa com base no princípio da consunção.[91]

Os verbos utilizados nesse dispositivo legal já foram analisados nos comentários ao art. 33, *caput*, para onde remetemos o leitor. Diversamente do *caput* do art. 33, que tem como objeto material a *droga*, a conduta delituosa do art. 33, § 1º, inciso I, recai sobre:

a) **matéria-prima:** é a substância bruta da qual podem ser extraídas ou produzidas as drogas;

b) **insumo:** elemento participante do processo de formação de determinado produto. Apesar de não ser possível se extrair dele a droga, o insumo é utilizado para a produção da substância entorpecente quando agregado à matéria-prima (v.g., somado aos restos de cocaína, o bicarbonato de sódio dá origem ao *crack*);[92]

c) **produtos químicos:** substância química qualquer, pura ou composta, utilizada em laboratório no processo de elaboração da droga, sem, todavia, se agregar à matéria-prima (v.g., a acetona é utilizada para o refino de cocaína).

Ao se referir à matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, o art. 33, § 1º, inciso I, da Lei de Drogas, abrange não apenas as substâncias destinadas *exclusivamente* à preparação da droga, mas também aquelas que, *eventualmente*, se prestem a essa finalidade. À evidência, o crime estará consumado com a prática de qualquer um dos núcleos previstos no referido tipo penal, dispensando-se a efetiva preparação da droga.

Nesse caso, faz-se necessária a realização de exame pericial para atestar que o produto apreendido era utilizado, mesmo que eventualmente, como matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas. Outrossim, segundo a doutrina, "não há necessidade de que as matérias-primas tenham já *de per si* os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos; basta que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição, etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas".[93]

Até mesmo para se evitar que uma pessoa seja responsabilizada por esse crime pelo simples fato de ser flagrada trazendo consigo éter ou acetona, a tipificação do crime sob comento demanda a comprovação de que a matéria-prima, os insumos e os produtos químicos apreendidos com o acusado eram destinados à preparação de drogas. À evidência, por força da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, o ônus da prova quanto à destinação específica da matéria-prima, dos insumos e dos produtos químicos à preparação de drogas recai exclusivamente sobre a acusação (CPP, art. 156, *caput*). Assim, se restar evidenciado que a substância era utilizada para a produção da droga, seja exclusiva, seja eventualmente, outra solução não há senão a condenação do agente pela prática do crime do art. 33, § 1º, I, da Lei nº 11.343/06.

Por isso, desde que demonstrada sua efetiva utilização para a preparação de drogas, é possível reconhecer a prática do crime do art. 33, §1º, inciso I, da Lei n. 11.343/06, mesmo em se tratando de posse de **cafeína**. A propósito, confira-se: "(...) É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a cafeína constitui insumo comumente utilizado para aumentar a quantidade e o volume de entorpecentes. Sendo assim, sua posse para tal finalidade configura o delito do art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006. Conforme pontuou julgado da Sexta Turma, "[...] a expressão 'matéria-prima' abrange não só as substâncias destinadas exclusivamente à preparação de drogas, mas também aquelas que, eventualmente, se prestam a esse objetivo" (HC 45.003/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 26/10/2009)".[94]

91. Com esse entendimento: STF, 2ª Turma, HC 109.708/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 23/06/2015. No sentido de que é possível a aplicação do princípio da consunção entre os crimes previstos no §1º do art. 33 e/ou no art. 34 pelo tipificado no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/06, desde que não caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta: STJ, 6ª Turma, AgInt no AREsp 1.237.014/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 21/08/2018, DJe 03/09/2018; STJ, 6ª Turma, AgInt no REsp 1.470.276/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 08/11/2016, DJe 21/11/2016; STJ, 5ª Turma, HC 346.077/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17/05/2016, DJe 25/05/2016.

92. A Lista "D2" do Anexo I da Portaria SVS/MS 344/98 elenca outros exemplos de insumos químicos utilizados para fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos: acetona, ácido clorídrico, ácido sulfúrico, anidrido acético, cloreto de etila, cloreto de metileno, clorofórmio, éter etílico, metil etil cetona, permanganato de potássio, sulfato de sódio e tolueno. Como o art. 66 da Lei de Drogas faz referência à Portaria SVS/MS 344/98 apenas para fins de especificação do conceito de *drogas*, e não de insumos, o ideal é concluir que esta lista "D2" do Anexo I da referida Portaria tem natureza exemplificativa, sendo perfeitamente possível a tipificação do crime do art. 33, § 1º, inciso I, mesmo que o insumo destinado à produção da droga não conste da referida lista.

93. GRECO FILHO, Vicente. *Lei de Drogas Anotada: Lei nº 11.343/2006*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 96.

94. STJ, 5ª Turma, HC 441.695/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 15/10/2019, DJe 25/10/2019.

A tipificação desse crime também está condicionada à demonstração de que a conduta foi executada em desacordo com o elemento normativo *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.* Logo, se a utilização da matéria-prima, dos insumos e dos produtos químicos for feita de acordo com a Lei nº 10.357/01, que estabelece normas de controle e fiscalização sobre produtos químicos que, direta ou indiretamente, possam ser destinados à elaboração ilícita de substâncias entorpecentes, psicotrópicas ou que determinem dependência física ou psíquica, há de ser reconhecida a atipicidade da conduta. Portanto, se alguém importar, exportar, remeter, produzir, etc., matéria-prima, insumo ou produto químico devidamente autorizado, trata-se de fato atípico.

Discute-se na doutrina o correto enquadramento típico a ser feito nas hipóteses de posse de *sementes de plantas destinadas à preparação de drogas.*

Inicialmente, as sementes apreendidas deverão ser submetidas a exame pericial. Certificado pelo laudo pericial que as sementes já contêm uma das substâncias listadas como *droga* pela Portaria SVS/MS 344/98, a exemplo do que ocorre com o tetraidrocanabinol (THC), princípio ativo da maconha, que pode (ou não) ser encontrado nas sementes da planta, a conduta do agente deverá ser tipificada, a depender das circunstâncias do caso concreto, como o tráfico de drogas do art. 33, *caput,* porquanto as próprias sementes já podem ser consideradas espécie de *droga,* ou como a modalidade equiparada do art. 33, § 1º, I, se acaso demonstrado que o agente pretendia utilizar as sementes como matéria-prima para a produção de outras drogas. Como ocorreu a mera apreensão das sementes, sem que o agente tivesse dado início à prática dos verbos núcleos *semear, cultivar ou fazer a colheita,* esta conduta não pode ser tipificada como a modalidade do art. 33, § 1º, II.

Lado outro, se o exame pericial não conseguir detectar a presença de *droga* nas sementes apreendidas, subsiste apenas o crime do art. 33, § 1º, I, porquanto não se pode descartar a possibilidade de utilização das sementes como matéria-prima para a produção de drogas. Como observa a doutrina, "ao se referir à matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à produção de drogas, a Lei deixa clara a intenção de criminalizar todo o processo produtivo da droga, desde o seu primórdio e não apenas a partir da existência do princípio ativo. O significado de produzir a partir da matéria-prima não se resume ao simples processo de extração do princípio ativo das plantas; na realidade, engloba toda a cadeia produtiva, que pode sim ter início com a aquisição de sementes para plantação. As sementes constituirão a matéria-prima a partir da qual ocorrerá a lavra da planta e, em seguida, a extração da droga".[95] A propósito, em caso concreto apreciado pelo STJ referente à apreensão de 170 (cento e setenta) sementes de *cannabis sativa* na casa de determinado indivíduo, considerou o STJ que a conduta amolda-se ao crime equiparado de tráfico de drogas na modalidade de "ter em depósito" ou "guardar" matéria-prima destinada à preparação de droga, não sendo possível a arguição da atipicidade do fato delituoso.[96]

Em sentido diverso, porém, a 2ª Turma do STF concluiu, em recente julgado, que a conduta de importar, pela internet, 26 (vinte e seis) sementes da planta *cannabis sativa,* que não possuíam a substância psicoativa THC, deveria ser considerada atípica. Na visão daquele colegiado, para fins de tipificação do crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, §1º, I, da Lei n. 11.343/06, a matéria-prima ou o insumo deveria ter condições e qualidades químicas que permitissem, mediante transformação ou adição, por exemplo, a produção da droga ilícita, o que não seria a situação do caso concreto.[97]

30.2. Cultivo de plantas para o tráfico de drogas.

Vimos anteriormente que aquele que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de *pequena quantidade de substância* ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica *para seu consumo pessoal,* responde pelo crime do art. 28, § 1º, da Lei de Drogas. Esta figura delituosa não se confunde com aquela prevista no art. 33, § 1º, II, que incrimina a conduta do agente que semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas. Como se percebe, o cultivo de drogas para consumo pessoal diferencia-se desta modalidade de crime equiparado ao tráfico de drogas em virtude da presença de 02 (dois) elementos especializantes, quais sejam: a finalidade deve ser o consumo pessoal, e as plantas devem ser destinadas à preparação de pequena quantidade de substância entorpecente.

95. MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 105.

96. STJ, 5ª Turma, HC 100.437/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/12/2008, DJe 02/03/2009.

97. STF, 2ª Turma, HC 144.161/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/09/2018.

Quanto aos verbos utilizados no dispositivo legal sob comento, *semear* pode ser compreendido como espalhar sementes para que germinem. De seu turno, *cultivar* consiste em propiciar condições para o desenvolvimento da planta. Por fim, *fazer a colheita* significa recolher aquilo que é produzido pela planta. O objeto material dessa conduta delituosa são as plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

Na hipótese de o agente semear determinada área rural, cultivar as plantas e depois fazer sua colheita para a preparação de drogas, haverá crime único. No entanto, se as condutas forem praticadas em contextos distintos – por exemplo, após a colheita de certas plantas, o agente dá início a novo ciclo de plantio – o ideal é dizer que responderá por diversos crimes do art. 33, § 1º, inciso II, em continuidade delitiva (CP, art. 71).

Para a caracterização da conduta delituosa do art. 33, § 1º, II, pouco importa se as plantas já apresentam o princípio ativo, na medida em que a Lei de Drogas exige apenas que tais plantas sejam destinadas à preparação de drogas. Afinal, o que é semeado, cultivado ou colhido não é a droga em si, mas sim a planta da qual esta droga será posteriormente extraída.

De se lembrar que, na hipótese de cultivo de plantas para o tráfico de drogas, dispõe o art. 32, § 4º, da Lei de Drogas, que as glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme disposto no art. 243 da Constituição Federal. Nesse caso, prevalece o entendimento doutrinário de que é perfeitamente legítima a expropriação de bem de família pertencente ao traficante, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.009/90, sem que se possa objetar eventual lesão ao direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal.[98]

30.3. Utilização de local para fins de tráfico.

Consta do art. 33, § 1º, inciso III, da Lei de Drogas, que também incorre na pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, o agente que utiliza *local* ou *bem de qualquer natureza* de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, *para o tráfico ilícito de drogas.*

Diversamente da legislação anterior, que se referia apenas ao "local" (revogada Lei nº 6.368/76, art. 12, § 2º, II), a nova Lei de Drogas faz uso das expressões "local" e "bem de qualquer natureza". Isso significa dizer que o crime restará caracterizado tanto nas hipóteses de utilização de um "local" para o tráfico de drogas (v.g., estabelecimento comercial, apartamento, bar, restaurante), quanto nas hipóteses em que o agente se aproveita de um "bem de qualquer natureza" (v.g., automóveis, barcos, aviões, etc.) para o tráfico ilícito de drogas.

Como o dispositivo se refere a local ou bens de que o agente tenha a *propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância,* prevalece o entendimento de que o tipo penal sob comento abrange apenas locais abertos ao público (v.g., restaurantes, bares) e privados. Por isso, não estão inseridos no tipo penal os locais públicos de uso comum (v.g., praias, praças), porquanto não se trata de local de que uma pessoa determinada pudesse ter a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância.

O tipo penal em questão deixa claro que o sujeito ativo desse delito não é apenas o proprietário (aquele que tem o uso, o gozo e a disposição da coisa), mas também aquele que tiver o local ou bem sob sua posse (tirar proveito sem ser proprietário), administração (gerência), guarda (manter sob tutela) ou vigilância (tomar conta). Além da utilização do local ou do bem, o legislador também incrimina a conduta daquele que consente (autoriza) que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente (sem contraprestação), para o tráfico ilícito de drogas. Assim, por exemplo, se o proprietário de um apartamento permitir que o imóvel de sua propriedade seja utilizado por terceiro para a venda de drogas, deverá responder pelo crime do art. 33, § 1º, III. Trata-se, portanto, de crime próprio, o que, à evidência, não impede o concurso de agentes (CP, art. 30).

Quando comparado com o tipo penal que o antecedeu – "utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, *para uso indevido* ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência fisica ou psíquica" (revogada Lei nº 6.368/76, art. 12, § 2º, II) – fica evidente que a grande novidade do tipo penal do art. 33, § 1º, III, da Lei nº 11.343/06, diz respeito à exclusão da utilização de local *para o uso indevido de substância entorpecente.* Logo, a novel figura delituosa só restará tipificada se o local for utilizado ou cedido

98. Nessa linha: CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. p. 174.

para o *tráfico de drogas*, e não para o consumo pessoal de substância entorpecente. Portanto, na hipótese de tais condutas serem praticadas para simplesmente facilitar o uso por terceiros, o juízo de tipicidade deve ser feito com base no art. 33, § 2º, da Lei de Drogas, porquanto não se pode negar que há um certo auxílio ao uso indevido de drogas. Noutro giro, se o agente se utilizar de local ou bem de sua propriedade ou posse para o consumo próprio de drogas, deverá responder apenas pelo crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Em que pese não haver um tipo penal específico com o *nomen iuris* de *tráfico ilícito de drogas*, expressão à qual se refere o legislador na parte final do art. 33, § 1º, III, prevalece o entendimento de que podem ser rotuladas como *tráfico de drogas* as condutas delituosas previstas no art. 33, *caput*, assim como as modalidades equiparadas do art. 33, § 1º, incisos I e II, e do art. 34, todas da Lei de Drogas. Por conseguinte, se determinado agente consentir que outrem se utilize de bem imóvel de sua propriedade para a prática do crime de associação para fins de tráfico previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, cedendo, por exemplo, apartamento de sua propriedade para reuniões de traficantes, sem que este local seja utilizado para a distribuição da droga, não restará tipificado o crime do art. 33, § 1º, III. Neste caso, se restar comprovado que tal agente estava associado de maneira estável e permanente aos demais indivíduos, deverá responder apenas pelo crime do art. 35.

O delito estará consumado quando o tráfico de drogas for praticado, ainda que uma única vez, já que o delito sob comento não é habitual.

30.4. Venda ou entrega de drogas, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas a agente policial disfarçado.

O Pacote Anticrime introduziu uma nova figura equiparada ao tráfico no inciso IV do §1º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, *in verbis*: "IV – vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente". As diversas elementares constantes do novel tipo penal (v.g., vender, entregar, drogas, matéria-prima, insumo, produto químico destinado à preparação de drogas, etc.) já foram objeto de análise nos tópicos anteriores. Interessa, pois, neste exato momento, apenas a compreensão da figura do **agente policial disfarçado**.

Dentre tantas inovações introduzidas pelo Pacote Anticrime no direito penal e processual penal brasileiro, uma delas merece especial atenção: o agente policial disfarçado (ou agente encoberto),[99] doravante previsto não apenas no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei n. 11.343/06, mas também nos arts. 17, §2º,[100] e 18, parágrafo único,[101] ambos do Estatuto do Desarmamento.

Uma breve leitura dos referidos dispositivos legais demonstra que estamos diante de verdadeira técnica especial de investigação, passível de execução exclusivamente por agentes policiais, dos quais se demanda a capacidade de atuar de maneira dissimulada, leia-se, sem revelar sua real identidade, para fins de obtenção de elementos de informação quanto à materialidade e autoria da infração penal preexistente, sem exercer, porém, qualquer forma de intervenção no seu curso causal. Na sistemática introduzida no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas, tem como objetivo precípuo evitar que a dispersão de armas e drogas seja feita por meio de pequenas quantidades (tráfico *formiguinha*).

Ao se fazer passar por um possível comprador (ou recebedor) de arma de fogo, drogas ou matéria-prima, o agente policial disfarçado objetiva, precipuamente, assegurar a criminalização autônoma dos crimes de comércio ilegal de arma de fogo, tráfico internacional de arma de fogo e tráfico de drogas, afastando-se, assim, todo e qualquer entendimento no sentido de que a conduta em questão poderia vir a caracterizar flagrante preparado, logo, crime impossível, diante da ineficácia absoluta do meio, conforme previsto na **súmula n. 145 do STF** ("Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação"). Nesse caso, ainda que se queira objetar que o agente disfarçado tenha, de fato, contribuído na cadeia causal da conduta delituosa, o fato de o legislador ter tipificado, como crime autônomo, o

99. No sentido de que a figura do agente policial disfarçado introduzida pelo Pacote Anticrime no Estatuto do desarmamento e na Lei de Drogas guarda semelhança com a ação encoberta da doutrina portuguesa e espanhola: BARCELLOS, Bruno Lima; LEITÃO Jr., Joaquim. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei n. 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). *In Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2020. p. 89.

100. Lei n. 10.826/03. "Art. 17. (...) §2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente".

101. Lei n. 10.826/03. "Art. 18. (...) Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente".

envolvimento preexistente – por isso, voluntário – do investigado com a venda ou entrega desses artefatos ao policial, já será o suficiente para que se possa atestar o preenchimento de todas as elementares da figura típica, autorizando, pois, não apenas eventual prisão em flagrante, mas também a deflagração da persecução penal *in iudicio*.[102]

Como deixa entrever o art. 17, §2º, *in fine*, o art. 18, parágrafo único, *in fine*, ambos da Lei n. 10.826/03, e o art. 33, §1º, IV, *in fine*, da Lei n. 11.343/06, todos incluídos pela Lei n. 13.964/19, a validade da atuação do agente disfarçado, que independe de prévia autorização judicial, está condicionada à *presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente*. Ou seja, há necessidade de uma causa provável capaz de indicar que o criminoso já havia realizado uma conduta delituosa em momento anterior, característica esta que distancia esta técnica especial de investigação do flagrante preparado, porquanto evidencia que o crime em questão já teria sido praticado de maneira livre, consciente e voluntária, leia-se, sem qualquer induzimento.

Exemplificando, se um policial, anonimamente, induz alguém a lhe fornecer determinada quantidade de droga, que, no momento, sequer possuía, sem que houvesse, ademais, quaisquer elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, efetuando sua prisão momentos depois por ocasião da entrega da droga, há de se concluir que o "tráfico" em questão seria fruto da conduta proativa do agente provocador, caracterizando-se, pois, evidente hipótese de flagrante preparado.[103] Por outro lado, na eventualidade de haver um levantamento prévio por parte de policiais em um evento qualquer (v.g., balada), demonstrando que determinado indivíduo estaria vendendo drogas em pequenas quantidades, sem mantê-las consigo antes de receber cada proposta, eventual venda da droga ao agente disfarçado terá o condão de tipificar o crime do art. 33, §1º, IV, da Lei n. 11.343/06, pouco importando, *in casu*, que com o traficante seja localizada exclusivamente a exata quantidade de droga comercializada.[104] Como se pode notar, não existisse o novel tipo penal envolvendo o agente disfarçado, a prisão em flagrante do traficante pelos demais verbos núcleos do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 não seria viável, porquanto descartada a voluntariedade da posse da droga envolvida na negociação.[105]

Não se pode confundir o **agente disfarçado** com o **agente provocador**, tampouco com o **agente infiltrado**. A atuação do agente provocador, geralmente realizada sem prévia autorização judicial, caracteriza-se pela instigação de alguém à prática de determinado delito, sem que esta pessoa tivesse previamente tal propósito, o que retira a neutralidade causal de sua conduta no cometimento da infração. Na sequência, adota todas as precauções para que o delito não se consume (v.g. prisão em flagrante). Cuida-se, na visão dos Tribunais Superiores – **súmula n. 145 do STF** –, de hipótese de crime impossível diante da ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17). Por sua vez, agente infiltrado é aquele que tem autorização judicial para se infiltrar em determinada organização criminosa (Lei n. 12.850/13, art. 10, *caput*), tornando-se, aparentemente, um deles, com o objetivo de colher elementos capazes de proporcionar seu desmantelamento, devendo agir precipuamente de maneira passiva (neutra) no que toca às atividades ilícitas exercidas pelo grupo investigado, é dizer, não os instigando à prática de qualquer ilícito, sob pena de se transformar em verdadeiro agente provocador. Sua atuação caracteriza-se sobremaneira pela confiança que almeja conquistar dos integrantes da organização criminosa, o que mais adiante facilitará seu acesso a informações que interessam aos órgãos persecutórios (v.g., revelação da estrutura hierárquica, identificação dos demais integrantes, etc.). Em sentido diverso, a atuação do agente disfarçado não está condicionada à autorização judicial prévia, nem tampouco de prévia comunicação ao juiz competente, como se exige no caso da ação controlada (Lei n. 12.850/13, art. 8º,

102. Como destaca a doutrina, "os elementos probatórios (ou elementos informativos) razoáveis a respeito da conduta criminosa preexistente permitem a caracterização do crime autônomo sem que se cogite em flagrante preparado, agente provocador ou crime impossível, assegurando que a conduta delitiva foi perpetrada de forma voluntária, livre e consciente. Registramos que são estas provas que alicerçam que a participação do agente policial disfarçado foi neutra e que não teve interferência na linha causal da infração penal". (BARCELLOS, Bruno Lima; LEITÃO Jr., Joaquim. Op. cit. p. 93).

103. RT 707/293.

104. É exatamente nesse sentido a lição de Renee do Ó Souza, Rogerio Sanches Cunha e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins. A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei n. 13.964/2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarcado-prevista-na-lei-13-9642019/> Acesso em 24/01/2020 às 22:35. Os autores definem o agente disfarçado como "aquele que, ocultando sua real identidade, posiciona-se com aparência de um cidadão comum (não chega a infiltrar-se no grupo criminoso) e, a partir disso, coleta elementos que indiquem a conduta criminosa preexistente do sujeito ativo. O agente disfarçado ora em estudo não se insere no seio do ambiente criminoso e tampouco macula a voluntariedade na conduta delitiva do autor dos fatos".

105. Era nesse sentido, aliás, o entendimento jurisprudencial em momento anterior à entrada em vigor da Lei n. 13.964/19: "Não há crime na operação preparada de venda de droga, quando não preexiste sua posse pelo acusado. Fica descaracterizado o delito para o réu que tão só dele participou em conluio com policiais, visando a repressão ao narcotráfico". (STF, 2ª Turma, HC 70.235/RS, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 08/03/94, DJ 06/05/1994). E também: STJ, 6ª Turma, HC 17.483/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 04/02/2002 p. 568.

§1º). Conquanto se assemelhe ao agente infiltrado no sentido de que ambos ocultam sua verdadeira identidade, diferencia-se daquele pelo fato de que não há necessidade de se ganhar a confiança do grupo criminoso.[106]

É nesse sentido a lição de Vinícius Marçal e Cleber Masson: "Por todas essas razões, não se deve confundir a técnica especial de investigação da ação controlada com a figura do agente policial disfarçado (criado pela Lei n. 13.964/19 – Pacote Anticrime). O agente disfarçado atua independentemente de autorização judicial ou de prévia comunicação ao juízo e não investiga, necessariamente, ações praticadas por organizações criminosas. O agente disfarçado encobre a sua real identidade com o intuito de coletar informações que indiquem o envolvimento preexistente – e, por isso, voluntário – do investigado com o comércio irregular de armas e drogas, sem fazer nascer nele o intuito delitivo (ao contrário do que ocorre com o provocador). Ademais, o agente disfarçado não precisa manter o seu alvo sob vigilância perene, como acontece na ação controlada. Não obstante essas diferenças, os dois institutos – respeitados os requisitos legais de cada qual – podem se fazer presentes de maneira concomitante. Ou seja, uma ação controlada pode ser levada a efeito com ou sem um agente policial disfarçado".[107]

Em conclusão e, diante da redação lacônica dos arts. 17, §2º, e 18, parágrafo único, ambos do Estatuto do Desarmamento, e do art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas, é possível antevermos o surgimento de algumas controvérsias:

a) (Im) possibilidade de utilização da figura do agente policial disfarçado como técnica especial de investigação para delitos diversos: considerando-se o fato de o legislador ter introduzido a figura do agente disfarçado exclusivamente em relação aos crimes de comércio ilegal de arma de fogo (Lei n. 10.826/03, art. 17, §2º, incluído pela Lei n. 13.964/19), tráfico internacional de arma de fogo (Lei n. 10.826/03, art. 18, parágrafo único, incluído pela Lei n. 13.964/19), e tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 33, §1º, inciso IV, incluído pela Lei n. 13.964/19), certamente haverá questionamentos quanto à (im) possibilidade de utilização dessa técnica especial de investigação para outros delitos, como, por exemplo, lavagem de capitais, corrupção, associação criminosa, etc. De um lado, há quem entenda que, exclusivamente em relação ao meio de obtenção de prova, e não em relação à matéria penal – é dizer, em relação aos tipos penais incriminadores em questão –, não há por que não se admitir a possibilidade de utilização da figura do agente policial disfarçado na apuração de outros delitos. É nesse sentido a lição de Bruno Lima Barcellos e Joaquim Leitão Jr., que apontam diversos argumentos favoráveis a tal conclusão, dentre eles o princípio da livre iniciativa probatória, o fato de a lei não proibir o emprego da figura do agente policial disfarçado em outros crimes, limitando-se apenas a exemplificar algumas infrações penais que a admitem, etc.[108] Com a devida vênia aos referidos autores, não nos parece ser esta a melhor conclusão. Por se tratar, o agente policial disfarçado, de meio de obtenção de prova, sua utilização deve atender a diversas exigências, dentre elas a reserva de lei, expressão do princípio da legalidade (CF, art. 5º, *caput*, e incisos II e LIV). Logo, a lei processual penal que o disciplina deve ser prévia, escrita e estrita. Destes atributos decorrem a anterioridade e especificidade da norma processual penal restritiva de direito fundamental. Logo, partindo da premissa de que o Pacote Anticrime introduziu o agente policial disfarçado apenas no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas, e exclusivamente em relação a determinados delitos, não se pode querer utilizá-lo para a apuração de todo e qualquer crime, por mais relevante e eficaz que o seja;

b) Polícia dotada de atribuição para atuar como agente disfarçado: ao introduzir essa nova técnica especial de investigação no ordenamento jurídico, o Pacote Anticrime faz uso da terminologia "agente policial disfarçado", sem especificar se a expressão abrange apenas os integrantes das Polícias Judiciárias (Civil e Federal), ou se integrantes da Polícia Militar também podem empregá-la. Sem embargo de opiniões em sentido contrário, levando-se em consideração que estamos diante de uma técnica especial de investigação, o ideal é concluir que *agente policial*, para os fins dos arts. 17, §2º, e 18, parágrafo único, ambos do Estatuto do Desarmamento, e art. 33, §1º, IV, da Lei de Drogas, é apenas a autoridade policial que tenha atribuição para a apuração de infrações penais, ou seja, tão somente a Polícia Judiciária. Isso, no entanto, não afasta a possibilidade de a Polícia Militar efetuar a prisão de criminosos encontrados em situação de flagrante delito (CPP, art. 302, I

106. Nesse sentido: PEREIRA, Flavio Cardoso. *Agente encubierto como médio extraordinario de investigación: perspectivas desde el garantismo procesal penal*. Bogotá: Grupo Editoral Ibáñez, 2013. p. 275-334.

107. MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2020.

108. Op. cit. p. 94-95.

a IV) de comércio ilegal de arma de fogo, tráfico internacional de arma de fogo, e tráfico de drogas, devendo, porém, tomar o cuidado de autuar o flagranteado pelos crimes dos arts. 17, *caput*, e 18, *caput*, ambos do Estatuto do Desarmamento, e art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, respectivamente;

c) Agente policial disfarçado virtual: o legislador faz referência ao *agente policial disfarçado*, mas não especifica se sua atuação seria exclusivamente presencial, ou se a utilização dessa novel técnica especial de investigação também poderia ser feita de maneira virtual na internet. A nosso juízo, não há nenhuma diferença ontológica entre a presença física (ou real) e a presença remota (ou virtual). Se o agente policial pode tomar conhecimento da existência de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente quando estiver fisicamente presente em determinado lugar (v.g., festa), também poderá adquirir esse mesmo conhecimento por meio da internet (v.g., whatsapp, Skype, facetime, redes sociais, etc.). Logo, não há por que não se admitir a figura do agente policial disfarçado virtual,[109] a qual, todavia, não se confunde com a infiltração policial virtual constante do art. 10-A da Lei n. 12.850/13, pelas razões anteriormente expostas.

31. PARTICIPAÇÃO NO USO INDEVIDO DE DROGAS.

Na vigência da antiga Lei de Drogas, o fato de determinado agente induzir, instigar ou auxiliar alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica era tido como conduta equiparada ao tráfico de drogas (revogada Lei nº 6.368/76, art. 12, § 2º, inciso I), sujeito a uma pena de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Com o advento da Lei nº 11.343/06, apesar de a participação no uso indevido de drogas ser tipificada no § 2º do art. 33, houve uma sensível diminuição da pena cominada, que passou a ser de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa, o que, em tese, autoriza inclusive a concessão de suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89), já que a pena mínima cominada ao delito é igual a 1 (um) ano. Trata-se, portanto, de *novatio legis in mellius*, razão pela qual o novo preceito secundário deve retroagir no tempo para beneficiar aqueles que foram condenados na vigência da Lei anterior, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Quanto à competência para a aplicação da *lex mitior*, se o processo ainda estava em andamento à época da vigência da Lei nº 11.343/06 (08/10/2006), a aplicação da norma penal mais benéfica deve ter sido feita pelo próprio juiz do processo de conhecimento. Na hipótese de o processo encontrar-se em grau recursal, a competência para aplicação da *lex mitior* recai sobre o Tribunal. Por fim, caso já tivesse havido o trânsito em julgado de sentença condenatória, seria o juiz da execução o competente para sua aplicação, tal qual disposto no art. 66, inciso I, da Lei de Execuções penais, cujo conteúdo é referendado pela Súmula nº 611 do STF ("Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna").

Apesar de inserida no art. 33, esta figura delituosa do § 2º não é considerada crime equiparado a hediondo, até mesmo porque o art. 44 da Lei de Drogas não estende as vedações ali inseridas a este delito.

Em relação às condutas incriminadas no art. 33, § 2º, há 3 (três) possibilidades distintas:

a) **induzir:** é criar, incutir, colocar, fazer brotar a ideia na cabeça do agente. Ou seja, o terceiro não tinha a intenção de fazer uso de drogas, mas foi convencido pelo agente;

b) **instigar:** nesse caso, o agente limita-se a reforçar, estimular uma ideia já existente na mente do agente, fortalecendo sua intenção de usar drogas;

c) **auxiliar:** há uma facilitação material do uso indevido de drogas por terceiro, geralmente com o fornecimento de elementos que permitam o consumo da substância entorpecente. Diferencia-se das duas hipóteses anteriores, que têm natureza moral, porquanto, neste caso, o auxílio está no campo material. Basta pensar no exemplo do agente que empresta seu carro para que alguém se dirija a local de venda de drogas para adquirir determinada quantidade para seu próprio consumo. Evidentemente, este auxílio destinado ao uso indevido de drogas não pode abranger o fornecimento em si da droga, pois, nesse caso, o agente deverá responder pelo crime do art. 33, *caput*, nas modalidades de *vender, oferecer, entregar a consumo*, etc. Em síntese, por força do princípio da subsidiariedade, a conduta incriminada no art. 33, § 2º, da Lei de Drogas, funciona como verdadeiro *soldado de reserva*[110] em relação ao crime do art.

109. Com entendimento semelhante: BARCELLOS, Bruno Lima; LEITÃO Jr., Joaquim. Op. cit. p. 97.

110. Como observa Greco, "pelo princípio da subsidiariedade, a norma dita subsidiária é considerada, na expressão de Hungria, como um 'soldado de reserva', isto é, na ausência ou impossibilidade de aplicação da norma

33, *caput*. Valendo-se do exemplo acima citado, se, ao invés de emprestar seu carro para que o terceiro fosse até determinado local comprar drogas para seu consumo pessoal, o próprio agente dirigisse seu carro, comprando a droga para fornecê-la a consumo de terceiro, a correta adequação típica do fato delituoso seria no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Nas 3 (três) hipóteses acima mencionadas – induzir, instigar, ou auxiliar –, é indispensável que a conduta do agente vise a pessoa determinada. Em se tratando de incentivo genérico, dirigido a pessoas incertas, não há falar no crime do art. 33, § 2º, podendo restar caracterizado, a depender do caso concreto, o crime de apologia ao crime previsto no art. 287 do Código Penal.

No tocante ao momento consumativo do crime do art. 33, § 2º, como o tipo penal em análise faz referência ao induzimento, instigação ou auxílio de alguém *ao uso indevido de drogas*, prevalece o entendimento de que o crime estará consumado apenas com o efetivo uso da droga por terceiro, e não com a simples conduta de induzir, instigar ou auxiliar. Cuida-se, portanto, de crime de natureza material, o que significa dizer que a reunião de todos os elementos de sua definição legal e consequente consumação do delito (CP, art. 14, I) somente estarão aperfeiçoados com a ocorrência do resultado, a saber, o uso da droga por terceiro. Como a Lei de Drogas silencia acerca do assunto, é plenamente possível a aplicação subsidiária do art. 31 do Código Penal, que dispõe que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.[111]

31.1. Difusão do vício e do tráfico de drogas e "marchas da maconha".

Enquanto em vigor a Lei nº 6.368/76, o crime de difusão do uso indevido e do tráfico de drogas estava previsto no art. 12, § 2º, III, com a seguinte redação: "Nas mesmas penas incorre, ainda, quem: (...) III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência química ou psíquica".

Apesar de tal conduta delituosa não ter sido reproduzida *ipsis litteris* pela Lei nº 11.343/06, não há falar em *abolitio criminis*,[112] porquanto se alguém induzir, instigar ou auxiliar *uma pessoa determinada* ao uso indevido de drogas, subsiste a possibilidade de responsabilização criminal pela prática do delito do art. 33, § 2º, da Lei de Drogas. Nesse caso, é indispensável que a conduta do agente tenha como destinatário uma pessoa determinada. Por consequência, se os destinatários da indução forem *pessoas incertas ou indeterminadas*, deve ser reconhecida a prática do crime de apologia ao crime previsto no art. 287 do Código Penal ("Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime").

Assim, em uma interpretação sistemática, deve-se concluir que a conduta prevista no inciso III do § 2º do art. 12 da Lei 6.368/1976 continua típica na vigência da Lei 11.343/2006, ainda que desdobrada em mais de um artigo da nova lei. Ademais, observe-se que a regra contida no art. 29 do CP também afasta a alegação de descriminalização da conduta em análise, pois quem contribui, de qualquer modo, para o crime, incide nas penas a este cominadas na medida de sua culpabilidade.[113]

Sempre houve acirrada controvérsia quanto à legalidade das chamadas "Marchas da Maconha", instrumentos de participação popular cujo objetivo é sensibilizar a comunidade e as autoridades governamentais, notadamente o Legislativo, para o tema referente à descriminalização do uso de drogas ou de qualquer substância entorpecente específica. Apesar da polêmica, tem prevalecido o entendimento de que tais marchas não tipificam os delitos de incitação ao crime (CP, art. 286), apologia de crime ou criminoso (CP, art. 287), nem tampouco o delito do art. 33, § 2º, da Lei de Drogas, porquanto o exercício da liberdade de expressão buscando a descriminalização de determinado ilícito penal não ofende a paz pública e nem a saúde pública.

A discussão em torno do assunto acabou chegando ao Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 187, interposta pelo Procurador-Geral da República em virtude de inúmeras decisões

principal mais grave, aplica-se a norma subsidiária menos grave. É a aplicação do brocardo *lex primaria derrogat legi subsidiariae*". (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte geral*. 15ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2013. p. 28).

111. Com esse entendimento: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 305. Em sentido diverso, Rogério Sanches Cunha (op. cit. p. 176) sustenta que a conduta estará consumada mesmo que a pessoa incentivada não venha a fazer uso da droga.

112. No sentido de que a Lei n. 11.343/06 manteve as condutas descritas no art. 12, §2º, III, da revogada Lei n. 6.368/76, razão pela qual não há que se falar em *abolitio criminis*: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.410.569/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26/09/2017, DJe 09/10/2017; STJ, 6ª Turma, HC 244.827/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/03/2016, DJe 05/04/2016; STJ, 6ª Turma, HC 163.545/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25/06/2013, DJe 01/08/2013; STJ, 5ª Turma, REsp 1.113.746/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07/04/20111, DJe 13/12/2011.

113. Com esse entendimento: STJ, 6ª Turma, HC 163.545/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25/06/2013, DJe 01/08/2013.

judiciais proferidas por todo o país determinando a proibição das "Marchas da Maconha". Por entender que o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento devem ser garantidos a todas as pessoas, o Plenário julgou procedente o pedido para dar, ao art. 287 do CP, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, *de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos.* Na visão da Corte, a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confundiria com ato de incitação à prática do crime (CP, art. 286), nem com o de apologia de fato criminoso (CP, art. 287). Concluiu-se que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas ou de proposta abolicionista a outro tipo penal, não significaria ilícito penal, mas, ao contrário, representaria o exercício legítimo do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião. O Min. Luiz Fux ressalvou que deveriam ser considerados os seguintes parâmetros: 1) que se trate de reunião pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência; 2) que não exista incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes na sua realização; 3) que não ocorra o consumo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público e 4) que não haja a participação ativa de crianças e adolescentes na sua realização.[114]

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal voltou a apreciar a matéria no julgamento da ADI nº 4.274/DF, dando interpretação conforme a Constituição ao art. 33, § 2º, da Lei de Drogas, para dele excluir qualquer significado capaz de ensejar a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. Novamente, concluiu o Plenário que a utilização do § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Afinal, nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Aliás, nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes.[115]

32. CESSÃO GRATUITA E EVENTUAL DE DROGAS PARA CONSUMO COMPARTILHADO.

Sob a égide da revogada Lei nº 6.368/76, era bastante controversa a hipótese fática em que alguém, de maneira gratuita, cedia droga a terceiro para o consumo compartilhado. Havia quem dissesse que tal agente deveria responder pelo crime de tráfico de drogas, então previsto no art. 12, vez que o crime de porte de drogas do art. 16 fazia referência apenas ao *uso próprio,* e não ao *uso compartilhado.* Outros, no entanto, preferiam tipificar essa conduta como hipótese de porte de drogas para uso próprio (revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76), sob o argumento de que a ausência da finalidade de mercancia da droga inviabilizava o reconhecimento do tráfico de drogas.[116]

Atenta às controvérsias existentes à época da Lei nº 6.368/76, a nova Lei de Drogas procurou resolver o problema introduzindo um novo tipo penal no art. 33, § 3º: "Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem". Nos mesmos moldes que o art. 33, § 2º, esta figura delituosa do § 3º também não é crime equiparado a hediondo, porquanto não abrangida pelas restrições de benefícios prevista no art. 44 da Lei de Drogas.

Como esta nova figura delituosa contém todos os requisitos descritivos típicos da conduta do tráfico de drogas do art. 33, *caput,* na modalidade *entregar a consumo,* porém acrescidos de mais alguns elementos especializantes (eventualidade, ausência de objetivo de lucro e consumo conjunto com pessoa do relacionamento), forçoso é concluir que, em virtude do princípio da especialidade, deve prevalecer sobre tal figura delituosa (*lex specialis derogat lex generali).*

114. STF, Pleno, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/06/2011, Informativo nº 631 do STF.

115. STF, Pleno, ADI 4.274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 23/11/2011, DJe 84 30/03/2012.

116. Na vigência da revogada Lei nº 6.368/76, o Supremo tinha precedentes no sentido de que, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, a legislação não fazia qualquer distinção entre o comportamento daquele que fornecia gratuitamente e a conduta do que, em caráter profissional, comercializava a substância tóxica. Por conseguinte, a cessão gratuita de maconha, por exemplo, era equiparada, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, vez que ambas as condutas realizavam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes, objeto de previsão legal do revogado art. 12 da Lei nº 6.368/76. Nessa linha: STF, 1ª Turma, HC 69.806/GO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 09/03/1993, DJ 04/06/1993.

Na medida em que a pena cominada à novel figura delituosa é de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28, é evidente que se trata de exemplo de *novatio legis in mellius*, que deve retroagir em benefício do acusado, seja para aqueles condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei nº 6.368/76, seja para aqueles condenados à pena privativa de liberdade então prevista para o crime de porte de drogas para uso próprio.[117]

A conduta incriminada é *oferecer*, que significa ofertar como presente, sem a intenção de venda, ou seja, de forma gratuita. Como o legislador faz referência apenas ao verbo oferecer, dispondo que o consumo compartilhado é apenas o *especial fim de agir*, ou seja, um resultado que não precisa ocorrer para a consumação do delito, é evidente que o delito consuma-se com a simples oferta da droga, pouco importando se foi aceita pela pessoa de relacionamento do agente, ou mesmo se houve o consumo da droga. De se notar que, em relação ao agente a quem foi oferecida a droga, não será aplicável a pena do art. 33, § 3º, mas tão somente aquelas cominadas pelo art. 28 da Lei de Drogas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos.

O verbo núcleo utilizado no art. 33, § 3º, da Lei de Drogas – *oferecer* –, demonstra que o crime só restará caracterizado na hipótese de a iniciativa partir do próprio agente. Logo, pelo menos em tese, se a iniciativa para o consumo compartilhado partir de pessoa de relacionamento do agente, e não deste, não se pode dizer que teria havido a *oferta da droga*. Surge, então, a dúvida acerca do juízo de subsunção a ser feito na hipótese em que o agente não oferece a droga, mas atende à solicitação de terceiro de seu relacionamento, entregando a droga para consumo compartilhado.

À primeira vista, como o legislador faz referência apenas ao verbo *oferecer*, poder-se-ia pensar que tal conduta subsumir-se-ia ao crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, *caput*, na modalidade de *entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente*. No entanto, tal conclusão acabaria por afrontar o próprio princípio da proporcionalidade, porquanto o fato de ceder à solicitação de terceiro, a ele entregando a droga para consumo compartilhado, é evidentemente menos gravoso do que a conduta em que a iniciativa para o oferecimento da droga parte do próprio agente, mas, mesmo assim, a conduta menos gravosa acabaria sendo punida com penas bem mais severas que aquelas previstas no art. 33, § 3º, da Lei de Drogas. Destarte, valendo-se da analogia *in bonam partem*, parece-nos que o ideal é concluir que o art. 33, § 3º, abrange não apenas a conduta daquele que oferece a droga para consumo compartilhado – nesse caso, a iniciativa é do próprio agente –, como também as hipóteses em que a entrega e o fornecimento ocorrem a pedido de terceiro, desde que, evidentemente, presentes os demais elementos especializantes do referido tipo penal.[118]

Como exposto anteriormente, o art. 33º, § 3º, diferencia-se do tráfico de drogas do art. 33, *caput*, na modalidade *entregar a consumo* em virtude da presença de alguns elementos especializantes. São eles:

1) **Eventualidade**: o oferecimento da droga não pode ocorrer de maneira habitual, frequente, sob pena de restar caracterizado o crime do *caput* do art. 33. Como o tipo penal em questão faz referência ao oferecimento eventual de droga, depreende-se que esse elemento especializante da *eventualidade* há de ser analisado sob a ótica do sujeito ativo, e não da pessoa do relacionamento do agente a quem foi oferecida a droga para o consumo compartilhado. Logo, mesmo que a droga seja oferecida pela primeira vez a determinada pessoa, se restar comprovado que esse mesmo agente já havia oferecido drogas para consumo compartilhado a outras pessoas, essa habitualidade afastará a tipificação do crime do art. 33, § 3º, da Lei de Drogas;

2) **Ausência de objetivo de lucro:** o art. 33, § 3º, da Lei de Drogas, deixa claro que a tipificação deste crime está diretamente relacionada à demonstração de que o oferecimento da droga não foi feito com o objetivo de se auferir qualquer lucro (direto ou indireto). Por conseguinte, se restar evidenciado que o oferecimento ocorreu em virtude de atos onerosos ou de comercialização, enfim, com caráter de mercancia, o agente deverá responder pelo crime do art. 33, *caput*. Também responde pelo crime de tráfico de drogas o agente que oferece gratuitamente droga visando futuros consumidores, ou seja, para que pessoas, mesmo que de seu

117. No sentido de que o novo tipo penal de distribuição gratuita e eventual de droga a pessoa do relacionamento é exemplo de *novatio legis in mellius*, devendo retroagir em benefício daqueles condenados sob a égide da Lei nº 6.368/76: STJ, 5ª Turma, REsp 984.031/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/06/2008, DJe 30/06/2008. E ainda: STJ, 6ª Turma, REsp 859.339/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 26/05/2008, DJe 12/08/2008; STJ, 5ª Turma, REsp 984.031/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/06/2008, DJe 30/06/2008.

118. Com esse entendimento: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 117.

relacionamento, experimentem a substância a fim de conferir sua qualidade, fomentando futuras compras. Nas hipóteses de consumo compartilhado de drogas, é extremamente comum que a aquisição da droga por um dos agentes seja possível apenas com a contribuição financeira dos demais. Em tal situação, parece não haver qualquer objetivo de lucro por parte daquele responsável pela compra da droga. Afinal, o valor por ele amealhado não será revertido em seu benefício, já que o rateamento entre os usuários foi feito apenas para que fosse atingido o montante necessário para a aquisição da droga;

3) **Pessoa do relacionamento**: o art. 33, § 3º, aponta como um de seus elementos especializantes o oferecimento eventual da droga a pessoa do relacionamento do agente. Por mais que não seja necessária uma relação de parentesco, o dispositivo deixa claro que deve se tratar de pessoa conhecida, próxima ao agente, a ele ligada por meio de relação de amizade ou coleguismo, mesmo que desprovida de maior intimidade. Portanto, caso a droga seja oferecida a pessoa recém-conhecida pelo agente, restará caracterizado o crime do art. 33, *caput;*

4) **Consumo compartilhado:** o último elemento especializante constante do art. 33, § 3º, diz respeito ao consumo compartilhado da substância oferecida pelo agente. Como o legislador faz uso da expressão *para juntos a consumirem,* tem-se aí verdadeiro especial fim de agir do ofertante, que, no entanto, não precisa ocorrer para que o crime esteja consumado.

No tocante ao ônus da prova, se o Ministério Público oferece denúncia em face de determinado indivíduo imputando-lhe a prática do crime do art. 33, § 3º, da Lei de Drogas, recai sobre a acusação o ônus de comprovar não só o efetivo oferecimento da droga, como também a presença de todos esses elementos especializantes.

Na hipótese de o acusado ser denunciado pela conduta de tráfico de drogas prevista no art. 33, *caput,* é muito comum que a defesa pretenda a desclassificação para a figura delituosa do art. 33, § 3º. Nesse caso, há quem entenda que o ônus da prova seria da defesa, porquanto haveria alegação de fato modificativo da imputação formulada. Logo, objetivando uma desclassificação, caberia à defesa pelo menos criar uma dúvida razoável acerca da presença de tais elementos especializantes (ônus da prova imperfeito).[119]

Sem embargo desse entendimento, parece-nos que, mesmo nas hipóteses de postulação de desclassificação por parte da defesa para o crime do art. 33, § 3º, continua a recair sobre o Ministério Público o ônus da prova quanto à imputação do tráfico de drogas do art. 33, *caput,* sob pena de evidente afronta à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência. Nesse caso, não se pode objetar que seria impossível à acusação provar a inocorrência do crime de uso compartilhado porque corresponderia à prova de um fato negativo (prova diabólica). Na verdade, o que não é possível é provar alegações de fatos indeterminados, sejam eles positivos ou negativos. Agora, se o fato negativo for determinado, é perfeitamente possível comprovar sua inocorrência através da prova de fatos positivos contrários ou com ele incompatíveis. Destarte, a fim de provar que o acusado não praticou o crime do art. 33, § 3º, mas sim o de tráfico de drogas previsto no art. 33, *caput,* bastará ao órgão do Ministério Público comprovar a inexistência dos elementos especializantes acima referidos, ou seja, que o oferecimento da droga não ocorreu de maneira eventual, que a droga foi oferecida com o objetivo de lucro, que não foi oferecida a pessoa de relacionamento do agente, ou que o oferecimento não foi feito para fins de consumo compartilhado.

Como já se pronunciou a 1ª Turma do STF, recai sobre a acusação o ônus da prova quanto ao tráfico de drogas, que não ocorre pela simples compra do entorpecente. Logo, para fins de tipificação da conduta delituosa do art. 33, § 3º, da Lei de Drogas, não se pode admitir a inversão do ônus da prova a ponto de se concluir pelo tráfico de drogas em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição.[120]

No tocante ao sujeito ativo, cuida-se de crime comum, já que qualquer pessoa pode praticar a conduta delituosa do art. 33, § 3º. Como se trata de crime contra a saúde pública, o sujeito passivo é a coletividade, mas não se pode negar que a pessoa a quem foi oferecida a droga também figura como prejudicada.

Controversa é a discussão acerca da necessidade de capacidade de discernimento por parte da pessoa tentada pelo oferecimento da droga. Há quem entenda que, na medida em que o legislador não estabeleceu qualquer distinção, a pessoa a

119. Nesse sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 119.

120. STF, 1ª Turma, HC 107.448/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/06/2013, DJe 196 03/10/2013.

quem é oferecida a droga pode ser um imputável ou inimputável (v.g., criança, doente mental, etc.), sendo que, neste último caso, à pena prevista no art. 33, § 3º, deve ser aplicada a causa de aumento de pena do art. 40, inciso VI.[121]

Sem embargo desse entendimento, parece-nos que não se pode considerar válida a manifestação de vontade de pessoas menores de 14 (catorze) anos, portadoras de enfermidade ou deficiência mental ou que, por qualquer outro motivo, não tenham o necessário discernimento para o consumo compartilhado de drogas. Ora, da mesma forma que a aquiescência de tais indivíduos é de todo irrelevante para a caracterização do crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), sendo firme o entendimento doutrinário no sentido de que o induzimento de uma criança ao suicídio tipifica o crime de homicídio, e não o de induzimento ao suicídio (CP, art. 122),[122] já que haveria verdadeira hipótese de autoria mediata, porquanto o homicida estaria utilizando o menor impunível como instrumento para execução de seu desiderato, não se pode reputar válido o consentimento do inimputável para o consumo compartilhado de drogas. Por isso, na hipótese de a droga ser oferecida para consumo compartilhado à pessoa desprovida de capacidade mental ou intelectual para compreender as consequências do uso de drogas, o ideal é concluir pela tipificação do crime do art. 33, *caput*, desconsiderando-se eventual consentimento do incapaz.[123]

33. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA.

De maneira inovadora, a Lei nº 11.343/06 passou a prever uma causa de diminuição de pena em seu art. 33, § 4º, nos seguintes termos: "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)". A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

Apesar de muitos se referirem a este dispositivo com a denominação de tráfico *privilegiado*, tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se apenas a prever a possibilidade de diminuição da pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase do cálculo da pena no sistema trifásico de Nelson Hungria (CP, art. 68).

De acordo com o entendimento antigo do STJ, a presença dessa causa especial de diminuição de pena não teria o condão de afastar a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas. A propósito, eis o teor da **súmula nº 512 do STJ**: "A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas".[124]

Todavia, em recente julgado, o Plenário do STF alterou seu entendimento para concluir que o crime de *tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda*. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único), é cabível a fixação de regime inicial diverso do fechado,[125] e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/2006. Para o STF, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, "caput" e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. A Corte observou que, no caso do tráfico privilegiado, a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstrariam o menor juízo de reprovação e,

121. Nesse sentido: CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. p. 177.

122. Originalmente, o art. 122 do CP incriminava tão somente o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Eis que surge, então, a Lei n. 13.968, com vigência em data de 27/12/2019, conferindo ao referido delito não apenas uma nova rubrica marginal – *induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação* –, mas também uma nova redação típica, nos seguintes termos: "Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou *a praticar automutilação* ou prestar-lhe auxílio para que o faça". Em que pese o legislador ter introduzido esta novel figura delituosa de *participação em automutilação* no art. 122 do CP, logo, dentro do Capítulo da Parte Especial que versa sobre os "crimes contra a vida", é de todo evidente que estamos diante de um verdadeiro crime contra a integridade corporal, o qual, por consequência, deveria ter sido alocado no art. 129 do CP. No mesmo sentido: MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 212)*. Vol. 2. 13ª ed. São Paulo: Método, 2020.

123. Em sentido semelhante: GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada:* Lei 11.343/2006. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 99.

124. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, RHC 118.099/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04/02/2014.

125. Admitindo a fixação do regime inicial aberto para cidadão condenado pela prática do crime de tráfico "privilegiado": STF, 1ª Turma, HC 163.231/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25/06/2019.

em consequência, de punição dessas pessoas. Não se poderia, portanto, chancelar-se a hediondez a essas condutas, até mesmo porque a etiologia do crime privilegiado seria incompatível com tal natureza. Demais disso, se o crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, seria no mínimo contraditório que o tráfico privilegiado fosse etiquetado como tal, porquanto estar-se-ia conferindo ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual.[126]

Com a nova orientação do STF acerca do assunto, o STJ foi obrigado a alterar seu entendimento, deliberando, assim, pelo cancelamento da súmula n. 512. A 3ª Seção do STJ concluiu que nem toda transação ilícita com drogas deve necessariamente submeter-se ao regime dos crimes hediondos, como a conduta de quem oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem (art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006), bem como - conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 118.533- a de quem, de forma episódica, pratica o denominado *tráfico privilegiado de drogas* (art. 33, § 4º).[127]

Esse entendimento acabou sendo positivado pelo Pacote Anticrime, ao incluir ao art. 112 da LEP o §5º, in verbis: "§5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006".

33.1. Pressupostos para a incidência da minorante.

É firme a jurisprudência no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas simultaneamente para justificar o aumento da pena-base e para afastar a redução prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, sob pena de indesejado bis in idem.[128] Para a incidência dessa minorante, passível de aplicação apenas aos crimes do art. 33, *caput*, e § 1º, faz-se necessário o preenchimento de 4 (quatro) requisitos cumulativos (e não alternativos):[129]

a) **acusado primário**: o conceito de primariedade é definido a partir de uma interpretação a contrario sensu da reincidência (CP, art. 63). Primário, portanto, é o acusado que pratica determinado crime sem que tenha contra si, à época do fato delituoso, sentença condenatória transitada em julgado referente à prática de outro crime. Como a reincidência está sujeita ao prazo depurador de cinco anos (CP, art. 64, I), pode-se dizer que, expirado este prazo, mesmo aquele acusado que já fora condenado irrecorrivelmente pela prática de crime anterior deverá ser tratado como se fosse primário. Logo, se o acusado for reincidente, revela-se inviável a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sem que se possa objetar eventual *bis in idem*.[130] *Quanto à possibilidade de prévia condenação irrecorrível pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal funcionar como causa geradora de reincidência, logo, como óbice à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, remetemos o leitor aos comentários à natureza jurídica do art. 28 da Lei de Drogas.* Por possuir fé pública, tendo, pois, valor probante para o reconhecimento das informações nela certificadas, a folha de antecedentes criminais é suficiente, *de per si*, para comprovar os maus antecedentes e a reincidência do acusado. Revela-se desnecessária, portanto, a juntada de certidão cartorária (certidão de objeto e pé) do juízo de origem de suas condenações pretéritas. Logicamente, deve constar da folha de antecedentes não apenas a correta qualificação do acusado, mas também informações quanto aos crimes pelos quais foi condenado, assim como a data do trânsito em julgado de eventuais sentenças condenatórias. É exatamente nessa linha o teor da **súmula n. 636 do STJ**: "A folha de antecedentes

126. STF, Pleno, HC 118.533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/06/2016, DJe 199 16/09/2016.

127. STJ, 3ª Seção, Pet 11.796/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23/11/2016, DJe 29/11/2016.

128. A propósito, confira-se: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.484.629/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 25/06/2019, DJe 02/08/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 497.047/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 14/05/2019, DJe 25/06/2019; STJ, 5ª Turma, AgInt no HC 476.398/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/05/2019, DJe 27/05/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.768.766/PR, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 09/04/2019, DJe 11/04/2019.

129. No sentido de tais requisitos devem estar presentes cumulativamente: STF, 1ª Turma, RHC 110.084/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08/11/2011, DJe 226 28/11/2011; STJ, 5ª Turma, HC 320.278/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 01/09/2015, DJe 15/09/2015; STJ, 6ª Turma, HC 326.462/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 25/08/2015, DJe 11/09/2015. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 510.077/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/06/2019, DJe 05/08/2019; STJ, 5ª Turma, HC 503.317/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 30/05/2019, DJe 04/06/2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.422.314/ES, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/04/2019, DJe 22/04/2019.

130. No sentido de que a utilização da reincidência como agravante genérica e circunstância que afasta a causa especial de diminuição da pena do crime de tráfico não caracteriza *bis in idem*: STJ, 5ª Turma, HC 318.078/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 25/08/2015, DJe 11/09/2015; STJ, 6ª Turma, HC 302.328/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 04/12/2014, DJe 17/12/2014; STJ, 5ª Turma, HC 158.280/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21/09/2010, DJe 18/10/2010. E ainda: STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 1.024.639/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 10/04/2018, DJe 18/04/2018; STJ, 6ª Turma, HC 417.234/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08/02/2018, DJe 26/02/2018; STJ, 5ª Turma, HC 307.476/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 06/10/2016, DJe 17/10/2016. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 107.274/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/04/2011, DJe 75 19/04/2011.

criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência";[131]

b) bons antecedentes: este conceito também é alcançado por exclusão, leia-se, será considerado dotado de bons antecedentes o acusado que não tiver maus antecedentes. São maus antecedentes aqueles que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos. Inquéritos instaurados e processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas, prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes não podem ser considerados como "maus antecedentes", sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência. A propósito, eis o teor da **súmula nº 444 do STJ**: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base".[132] Durante anos, prevaleceu o entendimento de que restariam como maus antecedentes, então, apenas condenações criminais com trânsito em julgado que não mais caracterizassem a reincidência em virtude do decurso do lapso temporal de 5 (cinco) anos previsto no art. 64, inciso I, do CP. Assim, se uma pessoa tivesse sido condenada irrecorrivelmente e a sanção já se encontrasse cumprida ou extinta há mais de 5 (cinco) anos, esse dado não teria o condão produzir reincidência, mas poderia ser levado em consideração como maus antecedentes.[133] Ocorre que, mais recentemente, ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram precedentes no sentido de que a existência de condenação anterior, ocorrida em prazo superior a cinco anos, contado da extinção da pena, não poderia ser considerada como maus antecedentes. Isso porque o decurso do lapso temporal de 5 (cinco) anos mencionado no inciso I do art. 64 do CP teria o condão de extinguir não só os efeitos decorrentes da reincidência, mas também qualquer outra valoração negativa por condutas pretéritas praticadas pelo agente. Assim, se essas condenações não mais serviriam para o efeito da reincidência, com muito maior razão não deveriam valer para fins de antecedentes criminais.[134] Diante desse entendimento, subsiste como maus antecedentes tão somente uma condenação definitiva por fato anterior – jamais posterior[135] – ao crime cuja pena se esteja a individualizar, pouco importando o momento do trânsito em julgado. Em outras palavras, embora exista um delito anterior, o trânsito em julgado da condenação dele decorrente pode ser posterior à prática do novo crime no qual será considerada como circunstância judicial desfavorável, característica, aliás, que diferencia os maus antecedentes da reincidência, eis que, neste caso, o trânsito em julgado deve ser anterior à prática do novo crime.[136] Em conclusão, se o acusado comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença condenatória por crime anterior (CP, art. 63), e ainda não transcorreu o lapso temporal de 5 (cinco) anos, a reincidência deve ser levada em consideração como circunstância agravante. Logo, o fato de o acusado registrar uma única condenação transitada em julgado não pode ser valorado, ao mesmo tempo, como circunstância judicial desfavorável e agravante de reincidência, sob pena de *bis in idem*.[137] A *contrario sensu*, se o acusado ostentar mais de uma condenação irrecorrível, é perfeitamente possível que uma delas seja levada em consideração como reincidência e a outra (ou outras) como maus antecedentes;

c) **não dedicação a atividades criminosas**: o terceiro requisito para a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, é que o agente não se dedique às atividades criminosas, o que significa dizer que o acusado deve desenvolver algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a

131. No mesmo sentido que a súmula n. 636 do STJ: STF, 2ª Turma, HC 103.571, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje de 16-03-2011; STF, 1ª Turma, HC 103.970, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 05/10/2010, Dje de 30-11-2010; STF, Pleno, HC 70.873, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 23-09-1994; STF, 1ª Turma, HC 107.274, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje de 25-04-2011; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.417.107/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/05/2014, DJe 13/05/2014; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.716.998/RN, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08/05/2018, DJe 16/05/2018; STJ, 6ª Turma, HC 212.789/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 07/10/2014, DJe 21/10/2014; STJ, 6ª Turma, HC 272.899/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 18/09/2014, DJe 02/10/2014; STJ, 5ª Turma, REsp 285.750/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07/10/2003, DJ 08/03/2004.

132. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, RMS 29.273/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/09/2012; STF, Pleno, RE 591.054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/12/2014.

133. No sentido de que configura maus antecedentes a existência de condenações pretéritas, ainda que transcorrido lapso temporal superior a cinco anos entre o efetivo cumprimento das penas e a infração posterior: STJ, 5ª Turma, HC 198.557/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13/0/2012. Também há precedente do Plenário do STF adotando esse **sistema da perpetuidade**, é dizer, no sentido de que o decurso do tempo após o cumprimento ou extinção da pena não elimina essa circunstância judicial desfavorável, ao contrário do que ocorre com a reincidência (CP, art. 64, I): STF, Pleno, RE 591.054/SC, Rel. Min. Maro Aurélio, j. 17/12/2014.

134. Adotando o **sistema da temporariedade** da reincidência para os antecedentes: STF, 1ª Turma, HC 119.200/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11/02/2014; STF, 2ª Turma, HC 126.315, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/09/2015, DJe 246 04/12/2015.

135. Como já se pronunciou o STJ, "(...) é impossível a consideração de condenação transitada em julgado correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia para valorar negativamente os maus antecedentes, a personalidade ou a conduta social do agente". (STJ, 6ª Turma, HC 189.385/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/02/2014).

136. No sentido de que condenações transitadas em julgado após o cometimento dos crimes objeto da condenação são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes criminais para efeito de exacerbação da pena-base: STF, 1ª Turma, HC 117.737, Rel. Min. Rosa Weber, j. 15/10/2013; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 243.109;SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/06/2014.

137. STJ, 6ª Turma, HC 147.202/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 28/02/2012, DJe 12/03/2012.

ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida. Por isso, se restar evidenciado que o acusado faz parte de associação voltada para o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/06, art. 35) ou é um dos integrantes de determinada associação criminosa (CP, nova redação do art. 288), não será possível a incidência da minorante do art. 33, § 4º, ao crime de tráfico de drogas por ele praticado.[138] Da mesma forma, se o indivíduo for flagrado com grande quantidade e variedade de drogas, tem-se aí forte indicativo de que se trata de agente dedicado a atividades criminosas, até mesmo porque não é normal que um traficante pequeno e eventual dê início às atividades de traficância com tamanha quantidade e diversidade de drogas.[139] Conquanto não seja possível a utilização de inquéritos policiais e processos penais em curso para se concluir que o acusado tenha *maus antecedentes*, admite-se a utilização desse critério para se formar a convicção de que o réu se dedica a *atividades criminosas*, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Não se trata de avaliação de inquéritos ou processos penais para agravar a situação do réu condenado por tráfico de drogas, mas sim uma forma de se afastar um benefício legal, porquanto existentes elementos concretos para concluir que ele se dedica a atividades criminosas, sendo inquestionável que, em determinadas situações, a existência de investigações e/ou ações penais em andamento possam ser elementos aptos para formação da convicção do magistrado. Ademais, como os princípios constitucionais devem ser interpretados de forma harmônica, não merece ser interpretado de forma absoluta o princípio da inocência, de modo a impedir que a existência de inquéritos ou ações penais impeçam a interpretação em cada caso para mensurar a dedicação do Réu em atividade criminosa. Assim não o fazendo, conceder o benefício do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 para aquele que responde a inúmeros processos penais ou seja investigado, é equipará-lo com quem numa única ocasião na vida se envolveu com as drogas, situação que ofende o princípio também previsto na Constituição Federal de individualização da pena. Por fim, mister salientar que não se pretende tornar regra que a existência de inquérito ou ação penal obste o benefício em todas as situações, mas sua avaliação para concluir se o réu é dedicado a atividades criminosas também não pode ser vedada de forma irrestrita, de modo a permitir a avaliação pelo magistrado em cada caso concreto.[140] Segundo o STJ, o magistrado não pode deixar de aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 se utilizando exclusivamente dos elementos descritos no núcleo do referido tipo penal para concluir que o réu se dedicava à atividade criminosa. Por isso, para que se possa negar a aplicação da referida minorante em razão do exercício do tráfico como atividade criminosa, deve o juiz basear-se em dados concretos que indiquem tal situação, sob pena de toda e qualquer ação descrita no núcleo do tipo ser considerada incompatível com a aplicação da causa especial de diminuição de pena.[141] Ainda que a dedicação a atividades criminosas ocorra

138. No sentido de que a condenação pelo crime de associação para o tráfico (art. 35) impossibilita o reconhecimento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, porquanto evidencia que o agente se dedica a atividades criminosas: STJ, 5ª Turma, REsp 1.178.001/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/08/2010, DJe 20/09/2010. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, REsp 1.199.671/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26/02/2013, DJe 06/03/2013; STJ, 5ª Turma, HC 313.015/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12/04/2016, DJe 19/04/2016; STJ, 6ª Turma, HC 337.903/RO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01/03/2016, DJe 09/03/2016; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.465.052/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/06/2019, DJe 02/08/2019; STJ, 5ª Turma, HC 501.038/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11/06/2019, DJe 21/06/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.282.174/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 30/05/2019, DJe 06/06/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.327.778/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 14/05/2019, DJe 24/05/2019.

139. Considerando ser inaplicável a diminuição de pena à hipótese em que determinado acusado, conquanto primário e de bons antecedentes, tenha sido flagrado com elevada quantidade de drogas, a saber, 1.915 g (mil novecentos e quinze gramas) de cocaína, no momento em que tentava embarcar para a Espanha, o que acabaria por evidenciar sua dedicação a atividades criminosas: STJ, 6ª Turma, HC 194.454/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 22/03/2011, DJe 11/04/2011. Considerando inaplicável a redução legal a acusado flagrado com elevada quantidade de droga – 1 Kg (um quilo) de crack e 5,6 g (cinco gramas e seis centigramas) de maconha: STJ, 6ª Turma, HC 174.547/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 17/02/2011, DJe 07/12/2011. Na mesma linha, em caso concreto referente à apreensão de 15 (quinze) quilos de cocaína: STJ, 6ª Turma, HC 141.921/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 26/10/2010, DJe 22/11/2010. No mesmo contexto: STJ, 5ª Turma, HC 148.148/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/11/2009, DJe 15/12/2009; STJ, 5ª Turma, HC 119.149/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 09/12/2008, DJe 02/02/2009; STF, 1ª Turma, RHC 94.806/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/03/2010, DJe 67 15/04/2010. STF, 1ª Turma, HC 103.118/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/03/2012, DJe 73 13/04/2012. Em sentido diverso, entendendo que a apreensão de 100 (cem) papelotes de crack não é motivo que inviabilize a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu percentual máximo: STJ, 6ª Turma, HC 143.504/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, j. 23/02/2010, DJe 23/08/2010. Em determinado caso concreto no qual o acusado ingerira cápsulas com cocaína, sendo surpreendido em terminal rodoviário ao desembarcar de ônibus proveniente da Bolívia, concluiu a 1ª Turma do Supremo ser indevida a não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera suposição sobre a dedicação às atividades criminosas em face da quantidade de droga apreendida e da sua possível participação em organização voltada para a prática de crimes: STF, 1ª Turma, RHC 118.008/SP, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24/09/2013. No sentido de que a quantidade de drogas, isoladamente considerada, não pode levar automaticamente ao entendimento de que o indivíduo faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminosa, inviabilizando, assim, a aplicação do §4º do art. 33 da Lei de Drogas: STF, 2ª Turma, RHC 138.715/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/05/2017. Há precedentes de ambas as Turmas Criminais do STJ no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas simultaneamente para justificar o aumento da pena-base e afastar a redução prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sob pena de caracterizar *bis in idem*: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 704.874/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 15/09/2015, DJe 05/10/2015; STJ, 6ª Turma, HC 327.448/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 15/09/2015, DJe 05/10/2015; STJ, 5ª Turma, HC 309.228/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 15/09/2015, DJe 30/09/2015.

140. Nesse sentido: STJ, 3ª Seção, EREsp 1.431.091/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 14/12/2016, DJe 1º/02/2017.

141. STJ, 5ª Turma, HC 253.732/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/12/2012, DJe 01/02/2013.

concomitantemente com o exercício de atividade profissional lícita, não se admite a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. De fato, ao prever que o acusado não deve se dedicar a atividades criminosas para que seja beneficiado com a referida minorante, o dispositivo legal sob comento não exige, em nenhum momento, que essa dedicação seja exercida com exclusividade;[142]

d) **não integração de organização criminosa:** de acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.[143] Considerando que o art. 33, § 4º, não faz qualquer ressalva quanto à natureza das infrações penais praticadas por essa organização, o ideal é concluir que o simples fato de integrar uma organização criminosa funciona como óbice à incidência da causa de diminuição de pena, pouco importando se tal associação está voltada para a prática de crimes de tráfico de drogas ou de infrações penais de natureza diversa com pena máxima superior a 4 (quatro) anos ou de caráter transnacional. No âmbito do STJ, prevalece o entendimento de que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base e para afastar a incidência da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*.[144] Controversa é a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 às denominadas "mulas do tráfico", pessoas geralmente humildes recrutadas por organizações criminosas para fazer o transporte da droga, muitas vezes inclusive com a ingestão de pequenas cápsulas da droga. A nosso ver, por mais que tais pessoas tenham consciência de que concorrem para a prática de um esquema de tráfico de drogas desenvolvido por determinada organização criminosa, dela não costumam ter maiores detalhes, geralmente recebendo informações apenas em relação ao responsável pela recepção da droga no local de destino. Logo, se restar evidenciado que concorreram para o transporte de pequena quantidade de droga pela primeira vez, não se pode dizer que tais indivíduos se dedicam a atividades criminosas, nem tampouco que efetivamente integram uma organização criminosa, porquanto ausentes os requisitos da estabilidade e da permanência. Assim, é perfeitamente possível a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, à denominada "mula ocasional". Todavia, se restar comprovado que a "mula" transportava grande quantidade de droga, mediante remuneração, com despesas custeadas previamente, havendo toda uma estrutura logística voltada à remessa de vultuosas quantidades de droga para o exterior a partir do Brasil, com o fornecimento de passaportes, hospedagem, dinheiro e outros bens ao transportador da mercadoria, revela-se inviável a aplicação do benefício do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por se tratar de efetivo integrante de organização criminosa.[145] Na jurisprudência, a despeito de certa controvérsia, tem prevalecido o entendimento no sentido de que é possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas, na qualidade de "mula", uma vez que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que ele seja integrante de organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso. Portanto, a exclusão da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, somente se justifica quando indicados expressamente os fatos concretos que comprovem que a "mula" integre a organização criminosa. De todo modo, embora não seja suficiente para

142. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, REsp 1.380.741/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 12/4/2016, DJe 25/4/2016.

143. Para mais detalhes acerca do conceito legal de organizações criminosas, remetemos o leitor ao capítulo referente à Lei nº 12.850/13.

144. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 486.465/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/06/2019, DJe 02/08/2019; STJ, 6ª Turma, HC 491.328/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/06/2019, DJe 01/07/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 505.248/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 18/06/2019, DJe 27/06/2019; STJ, 5ª Turma, HC 510.248/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 30/05/2019, DJe 13/06/2019.

145. Nessa linha: STF, 2ª Turma, HC 110.551/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2012, DJe 97 17/05/2012. Admitindo a aplicação da minorante para traficante eventual ("mula") aliciada por uma organização criminosa, a despeito da elevada quantidade de droga, *in casu*, 1 kg de cocaína: STJ, 5ª Turma, HC 141.206/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18/03/2010, DJe 26/04/2010. No sentido de que a atuação do agente na condição de "mula" em crime de tráfico internacional de entorpecentes não significa, necessariamente, que integre organização criminosa, já que seria ele mero transportador, o que não representaria adesão à estrutura de organização criminosa: STF, 1ª Turma, HC 124.107/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04/11/2014. No sentido de que a condição de 'mula' do tráfico, por si só, não afasta a possibilidade de aplicação da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, uma vez que a figura de transportador da droga não induz, automaticamente, à conclusão de que o agente integre, de forma estável e permanente, organização criminosa: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.425.587/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 25/06/2019, DJe 01/07/2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.422.110/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11/06/2019, DJe 25/06/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.772.711/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11/06/2019, DJe 25/06/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.425.303/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/04/2019, DJe 03/05/2019.

denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, a atuação do agente como "mula" configura circunstância concreta e idônea para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, modulando a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado no mínimo legal.[146]

33.2. Ônus da prova.

Quanto ao ônus da prova acerca da presença (ou ausência) dos requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é certo dizer que, em virtude da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, incumbe à acusação comprovar a impossibilidade de aplicação da referida causa de diminuição de pena, demonstrando que o acusado não é primário, não tem bons antecedentes, que se dedica a atividades criminosas ou que integra organização criminosa. Se não o fizer, a dúvida milita em favor do acusado, autorizando a aplicação da minorante. Afinal, como observa a doutrina, fosse necessário que a defesa provasse os requisitos negativos de não se dedicar a atividades criminosas ou não integrar organização criminosa, haveria evidente violação à presunção de inocência, porquanto a "prova negativa indeterminada é daquelas que se pode chamar de 'prova diabólica', tamanha a dificuldade em se desincumbir dela".[147] Como a incidência da minorante depende da presença cumulativa dos quatro requisitos anteriormente analisados, basta que a acusação demonstre a ausência de um deles para se afastar a possibilidade de aplicação do referido benefício.

Destarte, não se pode admitir uma inversão do ônus da prova, no sentido de impor ao acusado a comprovação da presença de todos os requisitos previstos no art. 33, § 4º. Na verdade, se a acusação se quedar inerte quanto à demonstração da ausência de um dos requisitos necessários para a sua aplicação, outra opção não terá o juiz senão aplicar a referida causa de diminuição de pena. Nesse contexto, confira-se: "O afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 exige fundamentação idônea. A ausência de provas do envolvimento em atividades criminosas ou da participação em organização criminosa deve ser interpretada em benefício do acusado e, por conseguinte, não é suficiente para afastar a aplicação da causa de redução da pena. Incidência do princípio da presunção de inocência e da regra do *in dubio pro reo*".[148]

33.3. *Quantum* de diminuição de pena e vedação à conversão em pena restritiva de direitos.

Presentes os requisitos acima explicitados – acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa –, impõe-se a diminuição da pena de um sexto a dois terços, verdadeiro direito subjetivo do acusado.

Como a aplicação da minorante depende da presença cumulativa de todos esses requisitos, é evidente que o preenchimento desses pressupostos, por si só, não autoriza a aplicação da causa de diminuição em seu patamar máximo. Fosse assim, toda vez que o acusado fizesse jus ao benefício legal por preencher todos os 4 (quatro) requisitos, a causa de diminuição de pena seria aplicada no máximo legal – 2/3 (dois terços), tornando inócua a previsão legal de um patamar mínimo e máximo. Por isso, o *quantum* de diminuição deve ser fixado pelo magistrado com base em critérios diversos daqueles necessários para a aplicação da minorante.

Nesse contexto, como se pronunciou o Supremo, "o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua

146. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 387.077/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06/04/2017, DJe 17/04/2017; STF, 2ª Turma, HC 132.459, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/12/2016, DJe 13/2/2017; STF, 1ª Turma, HC 120.985, Rel. Min. Rosa Weber, j. 07/10/2014, DJe 30/6/2016. Negando a aplicação da minorante para "mula" flagrada em aeroporto internacional ao tentar embarcar para Lisboa com 2.070 (dois mil e setenta) gramas de cocaína, sob o argumento de se tratar de pessoa dedicada a atividades criminosas: STJ, 5ª Turma, HC 148.148/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/11/2009, DJe 15/12/2009. Afastando a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, em caso concreto em que determinada "mula" transportava 500 kg de maconha, sob o argumento de que a quantidade de droga com ela apreendida funcionaria como forte indício de que estava integrada à organização criminosa: STF, 1ª Turma, HC 130.981/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/10/2016.

147. MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 125.

148. STF, 2ª Turma, HC 103.225/RN, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11/10/2011, DJe 221 21/11/2011. Em outro julgado, concluiu o Supremo que o princípio da presunção de inocência veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado com respaldo em simples presunção ou em meras suspeitas, sendo ônus da acusação a comprovação de fatos utilizados para a exacerbação da reprimenda penal, no caso concreto, para se afastar a aplicação de causa especial de diminuição de pena constante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Logo, como os maus antecedentes dependem de comprovação, não sendo esta prova exigível do próprio acusado, é certo dizer que a ausência de prova nesse sentido inviabiliza que o fato objeto de dúvida conduza à presunção de que o recorrente se dedicava a atividades criminosas, repercutindo na aplicação da sanção penal. (STF, 1ª Turma, RHC 107.759/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/10/2011, DJe 227 29/11/2011). Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 99.608/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 15/12/2009, DJe 91 20/05/2010.

a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo".[149]

Para fins de determinar o *quantum* de diminuição da pena, o juiz deve se valer dos critérios constantes do art. 42 da Lei de Drogas – natureza e quantidade da droga, personalidade e conduta social do agente –, tendo plena autonomia para aplicar a redução no *quantum* reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, desde que o faça de maneira fundamentada.

Nesse caso, não se pode objetar que haveria *bis in idem* pelo fato de uma mesma circunstância ser levada em consideração duas vezes, ora na primeira fase de individualização da pena, ora para fixar o *quantum* de diminuição da pena-base. Se o Supremo Tribunal Federal entende que o agravamento da pena pela reincidência não ofende o princípio da individualização da pena, nem tampouco caracteriza *bis in idem*, podendo esta mesma circunstância agravante também ser utilizada para a vedação de outros benefícios legais (v.g., transação e suspensão condicional do processo),[150] não há dupla valoração quando ocorrer o aumento da pena-base por um dos fundamentos do art. 42 da Lei de Drogas, sendo estes mesmos fundamentos posteriormente utilizados para mensurar o *quantum* de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, haja vista a diversidade de incidência (primeiro como critério de aumento da pena-base e, depois, como fixação do *quantum* de diminuição).[151]

Em sentido diverso, há precedentes da 2ª Turma do Supremo com o entendimento de que a fixação do *quantum* de redução não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena. Logo, como a *natureza e a quantidade da droga apreendida* são circunstâncias que devem ser sopesadas na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, revela-se impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de indevido *bis in idem*.[152]

De todo modo, como vetores independentes que são, a quantidade e a natureza da substância podem ser destacados e considerados em momentos distintos da fixação da reprimenda. Logo, somente se opera o *bis in idem* quando o juízo sentenciante considera a natureza e a quantidade de droga simultaneamente na primeira e na terceira fase de individualização da reprimenda. Agora, se a natureza da droga for utilizada para exasperar a pena-base, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, e a quantidade de droga utilizada para afastar aplicação do grau máximo de redução do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, não há falar em *bis in idem*.[153]

Em sua redação original, o art. 33, § 4º, vedava a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, ainda que a pena definitiva

149. STF, 1ª Turma, HC 103.430/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24/08/2010, DJe 168 09/09/2010. Estranhamente, todavia, em ulterior julgado da 2ª Turma, concluiu o Supremo que, se se trata de acusado dotado de bons antecedentes, que não faz parte de grupo criminoso, ostentando, enfim, todos os requisitos para a concessão do benefício do art. 33, § 4º, impõe-se a diminuição da pena aí prevista em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços): STF, 2ª Turma, HC 114.830/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/03/2013.

150. STF, Plenário, RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/04/2013. Na mesma linha: STF, Plenário, HC 94.361/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/04/2013.

151. No sentido de que o art. 42 da Lei 11.343/2006 pode ser utilizado tanto para agravar a pena-base quanto para afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º, do mesmo diploma normativo, sem que se possa arguir eventual *bis in idem*: STF, 1ª Turma, HC 117.024/MS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 10/09/2013. Com o entendimento de que não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido: STJ, 5ª Turma, HC 182.142/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/05/2011, DJe 30/05/2011. No sentido da possibilidade de fixação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços), em razão da qualidade e da quantidade de droga apreendida no caso concreto: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 74.617/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 23/10/2012, DJe 30/10/2012. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 241.621/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25/09/2012, DJe 02/10/2012; STJ, 5ª Turma, HC 127.289/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14/09/2010, DJe 04/10/2010; STF, 1ª Turma, HC 104.195/MS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26/04/2011, DJe 111 09/06/2011; STF, 1ª Turma HC 100.800/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23/08/2011, DJe 175 12/09/2011. No sentido de que é possível que a fração de redução da causa de diminuição de pena estabelecida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 seja modulada em razão da qualidade e da quantidade de droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito: STJ, 5ª Turma, HC 495.838/MS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18/06/2019, DJe 25/06/2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 506.205/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21/05/2019, DJe 03/06/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.389.733/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14/05/2019, DJe 24/05/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.798.257/RO, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 14/05/2019, DJe 24/05/2019. No sentido de que a expressiva quantidade de droga apreendida, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, se restar evidenciado que o agente se dedicava à atividade criminosa, ora como fator que, a despeito de não impedir a aplicação da causa de diminuição de pena, pode ser usada como parâmetro para definir o *quantum* de redução da pena: STJ, 5ª Turma, HC 126.366/GO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23/06/2009, DJe 14/09/2009. Com o mesmo entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 124.646/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/06/2009, DJe 31/08/2009.

152. STF, 2ª Turma, HC 99.440/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/05/2011, DJe 90 13/05/2011. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 108.513/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/08/2011, DJe 171 05/09/2011; STF, 2ª Turma, HC 108.523/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14/02/2012, DJe 053 13/03/2012; STF, 2ª Turma, HC 106.313/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/03/2011, DJe 67 07/04/2011. A natureza e a quantidade do entorpecente podem ser utilizadas na primeira ou na terceira fase da dosimetria penal, e não de maneira simultânea, sob pena de *bis in idem*. Logo, não se admite o afastamento da pena-base do mínimo legal em virtude da natureza e quantidade da droga e subsequente utilização da mesma circunstância para fixar a causa de diminuição da pena em apenas 1/6 (um sexto). Destarte, utilizado o critério da natureza e da quantidade dos entorpecentes para elevar a pena-base, a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 deve ser fixada no patamar de dois terços, salvo se houver outro fundamento para impedir sua aplicação em grau máximo. Nesse contexto: STF, 2ª Turma, RHC 122.684/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16/09/2014.

153. Nesse contexto: STF, 2ª Turma, HC 148.333 AgR/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/08/2018, DJe 185 04/09/2018; STF, Pleno, HC 112.776/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 30/10/2014; STF, 1ª Turma, HC 129.555/PR-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 27/10/2016; STF, Pleno, HC n. 109.193/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 30/10/14.

aplicada ao agente ficasse em patamar não superior a 4 (quatro) anos em virtude da incidência da referida minorante. Ocorre que, nos autos do HC 97.256, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dessa restrição. Não por outro motivo, o Senado Federal acabou suspendendo a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" por meio da Resolução nº 5 de 2012, valendo-se da competência prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal.[154]

33.4. Possibilidade de aplicação da minorante aos crimes de tráfico de drogas cometidos à época da Lei nº 6.368/76.

À época da Lei nº 6.368/76, o crime de tráfico de drogas então previsto no art. 12, *caput*, estava sujeito à pena de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Com o aumento da pena base do tráfico de drogas pela Lei nº 11.343/06, hoje fixada no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão, o próprio legislador teve o cuidado de inserir no art. 33, § 4º, uma causa de diminuição de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), evitando-se, assim, uma possível injustiça se acaso tal pena tivesse que ser aplicada a um traficante ocasional.

Se dúvida não há quanto à incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, aos crimes de tráfico de drogas cometidos na vigência da Lei nº 11.343/06, apresenta-se um pouco mais tormentosa a discussão quanto à possibilidade de aplicação da referida minorante àqueles que foram condenados por fatos análogos praticados sob a égide da Lei nº 6.368/76, sobretudo se aplicada a pena mínima de 3 (três) anos de reclusão.

A novel causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, está diretamente relacionada à nova pena mínima fixada para os crimes de tráfico de drogas. Por conseguinte, se, à luz da nova pena mínima cominada para o art. 33, *caput*, da Lei de Drogas – 5 (cinco) anos – o *quantum* máximo de diminuição de pena – 2/3 (dois) terços – pode conduzir à pena definitiva mínima de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, seria este o limite máximo de diminuição da pena, inclusive para aqueles condenados sob a vigência da Lei nº 6.368/76, sob pena de se admitir que o Poder Judiciário, por meio da combinação de leis diversas, criasse uma terceira disposição legislativa (*lex tertia)* não prevista pela Lei nº 11.343/06, atuando como verdadeiro legislador positivo, o que acabaria por afrontar o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º).

Por consequência, para aqueles condenados pela prática do crime do art. 12 da revogada Lei nº 6.368/76, admite-se a incidência da novel causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, em fiel observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas jamais seria possível a fixação de uma pena definitiva aquém de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, como poderia ocorrer se o critério de 2/3 (dois terços) fosse aplicado àqueles condenados à pena mínima de 3 (três) anos, hipótese em que o *quantum* final seria de 1 (um) ano, o que, em tese, lhes daria direito inclusive à suspensão condicional do processo.

Para a jurisprudência, a norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no *caput* do art. 33. Portanto, não se pode admitir sua aplicação em combinação com o conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador. Dessa forma, a aplicação da referida minorante deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Portanto, em homenagem ao princípio da extratividade (retroatividade ou ultraatividade) da lei penal mais benéfica, deve-se verificar, caso a caso, qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei – em que a pena mínima é mais baixa – ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre *quantum* mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.[155]

154. STF, Pleno, HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJe 247 15/12/2010. Reconhecida a inconstitucionalidade da vedação prevista na parte final do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, inexiste óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 485.746/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 04/06/2019, DJe 17/06/2019; STJ, 5ª Turma, HC 482.234/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/06/2019, DJe 14/06/2019; STJ, 5ª Turma, HC 505.206/MS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28/05/2019, DJe 03/06/2019. Para mais detalhes acerca da inconstitucionalidade da vedação em abstrato à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para os crimes hediondos e equiparados (v.g., tráfico de drogas), remetemos o leitor ao capítulo referente à Lei dos Crimes Hediondos.

155. STJ, 3ª Seção, EREsp 1.094.499/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12/05/2010, DJe 18/08/2010. Na mesma linha: STJ, 3ª Seção, Rcl 3.546/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23/06/2010, DJe 29/09/2010; STF, 1ª Turma, HC 102.718/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/09/2011, DJe 206 25/10/2011. No sentido de não ser permitida, nem mesmo para beneficiar o réu, a combinação de dispositivos de leis diversas, criando uma terceira norma não estabelecida pelo legislador, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da

Com o objetivo de pôr fim à controvérsia, o STJ editou a súmula nº 501, *in verbis:* "É cabível a aplicação retroativa da Lei nº 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei nº 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis". Em Recurso Extraordinário que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do STF, o Supremo também concluiu ser vedada a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, combinada com as penas previstas na Lei 6.368/76, no tocante a crimes praticados durante a vigência desta norma, sob pena de se permitir que o juiz criasse uma terceira lei, atuando como verdadeiro legislador positivo. Na visão do Supremo, ao tratar do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, a Constituição Federal dispõe que a lei penal deve retroagir para beneficiar o réu, mas não faz menção acerca da possibilidade de algumas partes de diversas leis serem aplicadas separadamente para favorecer o acusado.[156]

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

34. TRÁFICO DE MAQUINÁRIO PARA FABRICAÇÃO DE DROGAS.

Pelo menos em regra, atos preparatórios não são puníveis. Como deixa entrever o art. 14, inciso II, do Código Penal, para que determinado crime seja punido a título de tentativa, é indispensável que haja pelo menos o *início da execução*. No entanto, em algumas situações, diante da relevância do bem jurídico tutelado, o legislador resolve transformar esses atos preparatórios em verdadeiros *tipos penais especiais*, fugindo à regra geral, a exemplo do que ocorre com o crime de petrechos para falsificação de moeda (CP, art. 291) e com o delito do art. 34 da Lei de Drogas, que, na verdade, antecipa a incidência do Direito Penal para abranger situações que ainda não teriam o condão de tipificar o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Trata-se de tipo penal subsidiário em relação ao crime do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas. Por consequência, ocorrendo o crime principal de tráfico de drogas em um mesmo contexto fático, afasta-se a aplicação do tipo subsidiário do art. 34 (*lex primaria derogat lex subsidiariae).* A título de exemplo, se a polícia não conseguir localizar nenhuma quantidade de droga em um laboratório clandestino durante a execução de um mandado de busca domiciliar, porém encontrar uma balança de precisão com vestígios de cocaína, o agente deverá ser autuado em flagrante delito pela prática do art. 34, porquanto demonstrado que tal aparelho era utilizado na preparação de droga. No entanto, se a Polícia tiver êxito na apreensão da droga e da balança de precisão, estaria tipificado apenas o crime do art. 33, *caput*, que teria o condão de afastar a aplicação do soldado de reserva do art. 34.[157]

Nessa linha, em caso concreto referente a indivíduo acusado de tráfico internacional de drogas, especificamente *cocaína*, que, em laboratório de refino, dela extraía o *crack*, concluiu o Supremo que o tráfico de drogas teria o condão de absorver o crime de fabricação da droga, por ser mais amplo. Na verdade, o legislador teria antecipado o momento consumativo do tráfico na modalidade de produção ou preparo de entorpecentes, ao tipificar mera conduta de "possuir ou guardar" máquinas ou instrumentos destinados a essa finalidade (art. 34). Por conseguinte, este delito subsidiário seria aplicável somente quando não configurado o crime principal de tráfico de drogas do art. 33, *caput*.[158]

À evidência, se ficar caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta, o agente deverá responder pelos dois crimes em

anterioridade da lei penal e da separação de poderes: STF, 2ª Turma, HC 96.844/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04/12/2009, DJe 22 04/02/2010.

156. STF, Pleno, RE 600.817/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/11/2013.

157. Nessa linha: THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo.* 2ª ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008. P. 95. Em sentido diverso, afirmando que o art. 34 não funciona como tipo subsidiário em relação ao art. 33: NUCCI. Op. cit., Vol. 1. p. 271.

158. STF, 1ª Turma, HC 104.633/SP, Rel. Min. Rosa Weber, j. 11/09/2012, DJe 197 05/10/2012. Responderá apenas pelo crime de tráfico de drogas – e não pelo mencionado crime em concurso com o delito do art. 34 da Lei 11.343/2006 – o agente que, além de preparar para venda certa quantidade de drogas ilícitas em sua residência, mantiver, no mesmo local, uma balança de precisão e um alicate de unha utilizados na preparação das substâncias: STJ, 5ª Turma, Resp 1.196.334/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19/09/2013. No sentido de que, por força do princípio da consunção, o crime do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, absorve os delitos tipificados pelos arts. 33, §1º, I, e 34, da Lei n. 11.343/06, desde que praticados no mesmo contexto: STF, 2ª Turma, HC 109.708/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 23/06/2015.

concurso material e/ou formal impróprio. Basta pensar na hipótese em que o agente, além de ter em depósito certa quantidade de drogas ilícitas em sua residência para fins de mercancia, possuir, no mesmo local e em grande escala, objetos, maquinário e utensílios que constituam laboratório utilizado para a produção, preparo, fabricação e transformação de drogas ilícitas em grandes quantidades. Nessa situação, as circunstâncias fáticas demonstram verdadeira autonomia das condutas e inviabilizam a incidência do princípio da consunção. Sabe-se que o referido princípio tem aplicabilidade quando um dos crimes for o meio normal para a preparação, execução ou mero exaurimento do delito visado pelo agente, situação que fará com que este absorva aquele outro delito, desde que não ofendam bens jurídicos distintos. Levando-se em consideração que o crime do art. 34 visa coibir a produção de drogas, enquanto o art. 33 tem por objetivo evitar a sua disseminação, deve-se analisar, para fins de incidência ou não do princípio da consunção, a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas. Relevante aferir, portanto, se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela quanto à coibição da própria produção de drogas. Logo, se os maquinários e utensílios apreendidos não forem suficientes para a produção ou transformação da droga, será possível a absorção do crime do art. 34 pelo do art. 33, haja vista ser aquele apenas meio para a realização do tráfico de drogas (como a posse de uma balança e de um alicate – objetos que, por si sós, são insuficientes para o fabrico ou transformação de entorpecentes, constituindo apenas um meio para a realização do delito do art. 33). Contudo, a posse ou depósito de maquinário e utensílios que demonstrem a existência de um verdadeiro laboratório voltado à fabricação ou transformação de drogas implica autonomia das condutas, por não serem esses objetos meios necessários ou fase normal de execução do tráfico de drogas.[159]

O legislador faz uso de 11 (onze) verbos núcleos: fabricar (produzir em grande escala), adquirir (obter a propriedade de maneira gratuita ou onerosa), utilizar (fazer uso de algo), transportar (levar de um lugar para outro, geralmente por meio não pessoal), oferecer (ofertar como presente, sem a intenção de venda, geralmente de forma gratuita), vender (alienar mediante contraprestação), distribuir (entregar a diferentes partes), entregar (passar algo à posse de outrem), possuir (ter algo em seu poder para usufruir), guardar (tomar conta, proteger, ter sob vigilância, geralmente por meio de ocultação) e fornecer (prover, entregar, abastecer, com certa continuidade no tempo).

Essas condutas devem recair sobre maquinário (conjunto de peças de determinada máquina), aparelho (dispositivo inserido em uma máquina), instrumento (objeto mecânico para alcançar fim semelhante ao de uma máquina) ou qualquer objeto (qualquer peça que possa ser usada com a mesma finalidade) *destinado à fabricação* (produção em grande escala), *preparação* (obtenção de algo por meio da composição de elementos), *produção* (manufaturar ou fazer surgir em menor escala) *ou transformação* (alteração da composição original) *de drogas.*

O art. 34 não abrange, portanto, objetos destinados ao uso de drogas, a exemplo de uma lâmina utilizada na separação de cocaína ou um papel usado para confeccionar um cigarro de maconha. Portanto, se houver a apreensão de objetos impregnados de droga já pronta para o consumo, restará apenas a punição pelo crime do art. 28, jamais pelo art. 34, porquanto evidenciado que a destinação dos instrumentos era apenas para o uso da substância, e não para a fabricação, preparação, produção ou transformação de droga.

Parte da doutrina sustenta que o maquinário deve ser destinado *exclusivamente* à fabricação de drogas. Trata-se, porém, de posição minoritária, até mesmo porque dificilmente um aparelho seria utilizado tão somente para a preparação de drogas, o que acabaria por tornar impossível a aplicação do referido tipo penal.

Por isso, com o objetivo de conferir maior eficácia ao tipo penal do art. 34 da Lei de Drogas, a maioria da doutrina sustenta que o dispositivo abrange tanto o maquinário *exclusivamente* destinado à preparação de drogas quanto aqueles objetos *eventualmente* empregados na fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas (v.g., bico de Bunsen, estufa, pipetas, destiladores, etc.). Na verdade, basta que seja comprovado que, apesar da finalidade aparentemente lícita, tais instrumentos eram efetivamente utilizados pelo agente para fins

159. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 303.213/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08/10/2013. Em outro caso concreto, referente a indivíduos que, além de terem em depósito certa quantidade de entorpecentes para fins de mercancia, armazenavam, em significativa escala, maquinários e utensílios - balanças, tachos e substâncias para mistura, com peso total, conforme auto de apreensão, de dezenove quilogramas - que não se destinavam somente à preparação dos estupefacientes encontrados no momento da sua prisão, compondo, para além disso, laboratório que funcionava de forma autônoma, proporcionando a preparação de número muito maior de substâncias estupefacientes, concluiu a 6ª Turma do STJ (HC 349.524/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 18/05/2017, DJe 30/05/2017) ser inviável a incidência do princípio da consunção, porquanto evidenciada a independência entre as condutas, ou seja, a fabricação ou transformação dos materiais tóxicos não operou como meio necessário para o crime de tráfico de entorpecentes.

de fabricação de drogas (v.g., balança de precisão). Nesse contexto, como observa Vicente Greco Filho, "para a caracterização do delito, portanto, a fim de que não se incrimine injustamente se houver destinação inocente, há necessidade de que, no caso concreto, fique demonstrado que determinados aparelhos, maquinismos, instrumentos ou objetos estejam efetivamente destinados à preparação, produção ou transformação de substância proibida".[160]

À evidência, como o ônus da prova recai sobre o Ministério Público (CPP, art. 156, *caput*), incumbe à acusação demonstrar que os aparelhos eram efetivamente utilizados pelo agente para fins de fabricação de drogas, aproveitando-se o acusado do benefício da dúvida (*in dubio pro reo*). Aliás, como se trata de crime que deixa vestígios, é indispensável a realização de exame pericial para se comprovar a destinação ilícita dos objetos apreendidos.

Como a exploração de drogas é permitida no território nacional em situações excepcionais (Lei nº 11.343/06, arts. 2º e 31), é indispensável que a conduta seja praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elemento normativo do tipo). Apesar de a expressão *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar* constituir fator vinculado à ilicitude, foi inserida no tipo penal do art. 34 como verdadeira elementar do delito. Logo, uma vez não preenchida esta elementar, o fato se torna atípico. Destarte, a conduta de fabricar maquinário destinado à preparação de drogas devidamente autorizado é fato atípico. Além disso, eventual erro quanto à presença dessa elementar caracteriza hipótese de erro de tipo.

Como o art. 44 da Lei de Drogas impõe ao crime do art. 34 uma série de restrições – por exemplo, inafiançáveis, insuscetíveis de sursis, graça e indulto –, prevalece o entendimento de que se trata de crime equiparado a hediondo. Há, todavia, entendimento minoritário em sentido contrário. Como a Constituição Federal refere-se apenas ao *tráfico de drogas*, há quem entenda que não se pode querer equiparar o crime do art. 34 a hediondo, porquanto se trata de mero ato preparatório da traficância.[161]

Comparando-se a pena prevista pelo art. 34 da Lei de Drogas com aquela prevista anteriormente para esta mesma conduta delituosa (art. 13 da revogada Lei nº 6.368/76), denota-se que não houve majoração da pena privativa de liberdade, que continua no mesmo patamar, qual seja, reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Na verdade, houve apenas um incremento da pena de multa, que antes era de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, e, a partir da vigência da Lei nº 11.343/06, passou a ser de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa. Neste ponto, cuida-se de *novatio legis in pejus*, que só pode ser aplicada aos crimes praticados após a entrada em vigor da nova Lei de Drogas.

Pelo menos em regra, afigura-se inviável a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, ao crime de tráfico de maquinário para fabricação de drogas. Isso porque tal dispositivo legal prevê a possibilidade de aplicação da minorante de um sexto a dois terços apenas em relação aos delitos definidos no *caput* e no § 1º do art. 33, sem fazer qualquer referência ao art. 34. De mais a mais, se o agente é surpreendido na posse de maquinário destinado à fabricação de drogas, tem-se aí forte indicativo de que se dedica às atividades criminosas ou que integra organização criminosa, o que inviabiliza a aplicação do referido benefício legal.

No entanto, se considerarmos que a pena mínima cominada ao art. 34 é de 3 (três) anos de reclusão, e que a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, ao crime de tráfico de drogas pode resultar numa pena mínima de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, se acaso aplicada a minorante no máximo legal, seria de todo desarrazoado punirmos um crime preparatório com uma pena mais gravosa que aquela prevista para o próprio crime-fim de tráfico de drogas. Por isso, parece assistir razão à doutrina quando sustenta que, por questão de isonomia, é perfeitamente possível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, ao crime de maquinário para fabricação de drogas do art. 34 da Lei nº 11.343/06, desde que presentes os requisitos anteriormente estudados, quais sejam, agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.[162]

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

160. Op. cit., p. 108.

161. Com esse entendimento: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 316. Na mesma linha: CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit., p. 181.

162. Nesse contexto: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit., p. 138.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

35. ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO.

Ao contrário do crime de associação criminosa (CP, nova redação do art. 288), que demanda a presença de pelo menos 3 (três) pessoas, e do novel delito de organização criminosa constante do art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, cuja tipificação impõe a associação de pelo menos 4 (quatro) pessoas, a associação para fins de tráfico impõe o número mínimo de 2 (dois) agentes. Dentre eles, pouco importa a presença de um inimputável (v.g., menor de 18 anos)[163] ou de um agente que não tenha sido identificado. Deveras, por mais que as autoridades policiais não tenham logrado êxito na identificação de todos os integrantes da associação, é perfeitamente possível que apenas um agente seja processado pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas, desde que se tenha a certeza da existência do outro membro.

Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se de maneira estável ou permanente para a consecução de um fim comum. A característica da associação é a estabilidade do vínculo que une os agentes, mesmo que nenhum dos crimes por eles planjeados venha a se concretizar. Por isso, por mais que o art. 35 da Lei de Drogas faça uso da expressão "reiteradamente ou não", a tipificação desse crime depende da estabilidade ou da permanência (*societas sceleris*), características que o diferenciam de um concurso eventual de agentes (CP, art. 29).[164]

Na vigência da antiga Lei de Drogas (Lei nº 6.368/76), essa característica da estabilidade e da permanência do crime de associação para fins de tráfico era mais evidente. Isso porque a referida Lei contemplava uma causa de aumento de pena para a hipótese de o crime ser praticado em concurso de agentes (art. 18, inciso III, da revogada Lei nº 6.368/76). Ora, se o concurso eventual de agentes era rotulado pela antiga lei como simples causa de aumento de pena, era evidente que a tipificação do crime de associação para fins de tráfico, então previsto no art. 16, demandava a presença de estabilidade e permanência do vínculo associativo.

É bem verdade que a nova Lei de Drogas não contemplou a referida causa de aumento de pena.[165] Daí, todavia, não se pode concluir que, em virtude do uso da expressão "reiteradamente ou não", o crime de associação para fins de tráfico passe a abranger tanto o concurso eventual quanto o concurso estável e permanente de dois ou mais indivíduos. Se se trata de crime contra a paz pública, há de se entender que apenas a associação estável e permanente é capaz de expor a risco o bem jurídico tutelado. Logo, uma associação instável e efêmera, características inerentes ao concurso eventual de agentes, não tipifica, *de per si*, o crime do art. 35 da Lei nº 11.343/06. Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, a caracterização do crime de associação para o tráfico depende do dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006.[166]

Como se pode notar, a estabilidade e a permanência são características semelhantes aos crimes de associação para fins de tráfico e associação criminosa (CP, art. 288, com redação dada pela Lei nº 12.850/13). No entanto, enquanto este depende da associação estável e permanente de 3 (três) ou mais pessoas para o fim de praticar uma *série indeterminada de crimes*, a associação para fins de tráfico estará caracterizada ainda que a associação estável e permanente vise apenas e tão somente um único crime de tráfico de drogas. Tendo em conta que o art. 35 faz uso da cláusula "reiteradamente ou não", o ideal é concluir que este crime de associação estará caracterizado ainda que a finalidade dos agentes seja a prática de um único delito de tráfico de drogas, desde

163. No sentido de que a participação de um menor pode ser considerada para configurar o crime de associação para o tráfico: STJ, 6ª Turma, HC 250.455/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/12/2015, DJe 05/02/2016.

164. No sentido de que se revela imprescindível, para fins de caracterização do crime de associação para o tráfico de drogas, o dolo de se associar com estabilidade e permanência: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 509.521/RO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11/06/2019, DJe 25/06/2019; STJ, 6ª Turma, HC 493.766/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 07/05/2019, DJe 15/05/2019; STJ, 6ª Turma, REsp 1.652.115/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 07/05/2019, DJe 14/05/2019.

165. Para o Supremo, como a nova Lei de Drogas revogou a majorante da associação eventual para a prática do tráfico de drogas, prevista no art. 18, III, da revogada Lei nº 6.368/76, trata-se de *novatio legis in mellius*, daí por que a lei penal mais benéfica deve retroagir para fins de exclusão da referida majorante a todos os casos anteriores à vigência da Lei nº 11.343/06: STF, 2ª Turma, RHC 83.708/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2010, DJe 55 25/03/2010.

166. STJ, 5ª Turma, HC 254.428/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 27/11/2012, DJe 03/12/2012. No mesmo contexto: STJ, 6ª Turma, HC 149.330/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 06/04/2010, DJe 28/06/2010; STJ, 5ª Turma, HC 209.281/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19/02/2013, DJe 28/02/2013; STJ, 5ª Turma, HC 166.979/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 02/08/2012, DJe 15/08/2012. No sentido da atipicidade da conduta se não houver ânimo associativo permanente (duradouro), mas apenas esporádico (eventual): STJ, 6ª Turma, HC 139.942/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/11/2012.

que, logicamente, evidenciada a estabilidade e permanência da associação.

Referindo-se ao crime de associação para fins de tráfico na vigência da antiga Lei de Drogas (revogada Lei nº 6.368/76, art. 14), cuja redação era bastante semelhante à atual, o próprio Supremo já teve a oportunidade de asseverar que "a associação para o tráfico de entorpecentes, como tipificada no art. 14 da Lei de Entorpecentes, dispensa o elemento mais característico das figuras penais de associação para delinqüir, qual seja, a predisposição da *societas sceleris* à prática de um número indeterminado de crimes: para não confundir-se com o mero concurso de agentes, a melhor interpretação reclama à sua incidência o ajuste prévio e um mínimo de organização, seja embora na preparação e no cometimento de um só delito de tráfico ilícito de drogas".[167]

Portanto, pode-se conceituar o crime do art. 35, *caput*, como a associação estável e permanente de duas ou mais pessoas com o fim de praticar por uma única vez, ou por várias vezes, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei de Drogas. Para a sua configuração, é de todo irrelevante a apreensão de drogas na posse direta do agente.[168]

O art. 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, deixa claro que a finalidade da associação é a prática, reiterada ou não, de qualquer dos *crimes dos art. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei de Drogas*. Consequentemente, se duas ou mais pessoas se associarem para a prática de crimes diversos, como, por exemplo, os delitos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, 37 e 39, não será possível tipificar a conduta como associação para fins de tráfico (art. 35, *caput*), o que, no entanto, não significa dizer que a conduta seria atípica, pois pode ser aplicado o tipo subsidiário do art. 288 do Código Penal, desde que evidenciada a associação estável e permanente de três ou mais pessoas com o objetivo de praticar uma série indeterminada de crimes dolosos. Como será visto mais adiante, na hipótese de a *societas sceleris* ter como objetivo a prática do crime de financiamento ao tráfico (art. 36), estará tipificado o crime de associação para fins de financiamento, previsto no art. 35, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06.

35.1. Concurso de crimes.

Como espécie de crime formal, sua consumação independe da prática dos delitos para os quais os agentes se associaram. No entanto, se tais delitos forem cometidos, os agentes deverão responder pelo crime de tráfico por eles praticado em concurso material com o delito de associação, desde que, repita-se, demonstrada a estabilidade e permanência da *societas criminis*.[169]

Por se tratar de crime formal, consumando-se com a associação estável e permanente de duas ou mais pessoas para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei de Drogas, a condenação pelo crime de associação para fins de tráfico dispensa a apreensão da droga e a realização de exame toxicológico. Como já se pronunciou o STJ, não obstante a materialidade do crime de tráfico pressuponha apreensão da droga, o mesmo não ocorre em relação ao delito de associação para o tráfico, que, por ser de natureza formal, pode ter sua materialidade comprovada com base em outros elementos de provas, como, por exemplo, interceptações telefônicas.[170]

35.2. Pena cominada.

Quanto à pena do crime de associação para fins de tráfico, convém lembrar que, à época da vigência da Lei nº 8.072/90, houve certa controvérsia em relação ao preceito secundário a ser aplicado. Explica-se: quando a Lei dos Crimes Hediondos entrou em vigor em 26 de julho de 1990, ainda estava vigente a antiga Lei de Drogas – Lei nº 6.368/76 –, que previa o crime de associação para fins de tráfico em seu art. 14, sendo a ele cominada uma pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Surgiu, então, um aparente conflito entre o art. 14 da revogada Lei nº 6.368/76 e o art. 8º da Lei nº 8.072/90, porquanto este dispositivo passara a dizer que, em se tratando de crimes hediondos, prática da tortura, *tráfico de drogas* ou terrorismo, a pena prevista no art. 288 do Código Penal seria de 3 (três) a 6 (seis) anos. À época, acabou prevalecendo o entendimento de que o tipo penal do art. 14 permaneceria em vigor, porém com a aplicação da reprimenda constante do art. 8º da Lei nº 8.072/90. Na dicção do

167. STF, 1ª Turma, RHC 75.236/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03/06/1997, DJU 01/08/1997.

168. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 515.917/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/06/2019, DJe 05/08/2019; STJ, 5ª Turma, HC 441.712/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/02/2019, DJe 12/03/2019; STJ, 6ª Turma, RHC 93.498/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 08/05/2018, DJe 21/05/2018; STJ, 6ª Turma, HC 432.738/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/03/2018, DJe 27/03/2018.

169. No sentido de que é possível o concurso de crimes, pois os tipos penais dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006 são autônomos, tal como ocorre em se tratando de outros crimes e o disposto no artigo 288 do Código Penal: STF, 1ª Turma, HC 104.134/AC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/10/2011, DJe 213 08/11/2011.

170. STJ, 6ª Turma, HC 148.480/BA, Rel. Min. Og Fernandes, j. 06/05/2010, DJe 07/06/2010.

Supremo, tratando-se de associação para o trafico de drogas, subsiste o preceito primário do art. 14 da Lei 6.368/76, vale dizer, a associação de duas ou mais pessoas, para praticar, reiteradamente ou não, o trafico de drogas, porém com a aplicação do preceito primário previsto no art. 8º da Lei nº 8.072/90, isto é, reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos.[171]

Com o advento da nova Lei de Drogas – Lei nº 11.343/06 –, toda essa controvérsia encontra-se superada. Afinal, além da revogação da Lei nº 6.368/76, a Lei nº 11.343/06 dispôs sobre o crime de associação para fins de tráfico em seu art. 35, a ele cominando uma pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias multa. Por se tratar de *lex gravior*, vez que restabeleceu a pena de 3 (três) a 10 (dez) anos, aumentando, por consequência, o máximo de pena cominado ao referido delito, sua incidência deve recair apenas em relação às associações para fins de tráfico cometidas a partir da vigência da Lei nº 11.343/06, que se deu em data de 8 de outubro de 2006, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa. Como se trata de crime de natureza permanente, na hipótese de o crime ter se iniciado antes do dia 8 de outubro de 2006, mas ter se prolongado durante a vigência da Lei nº 11.343/06, também é possível a aplicação do novel preceito secundário, sem que se possa objetar eventual violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Afinal, consoante dispõe a súmula nº 711 do Supremo, "a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".

Por fim, nos mesmos moldes do que ocorria à época do art. 14 da revogada Lei nº 6.368/76, parece-nos que o crime de associação para fins de tráfico não deve ser rotulado como equiparado a hediondo.[172] De todo modo, como será visto mais adiante, o art. 44 da nova Lei de Drogas estendeu ao crime do art. 35 da Lei de Drogas uma série de vedações, típicas dos crimes hediondos e equiparados. Por isso, a despeito de não ser considerado hediondo, o crime de associação para o tráfico, no que se refere à concessão do livramento condicional, deve, em razão do princípio da especialidade, observar a regra estabelecida pelo art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/06: cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena e vedação do benefício ao reincidente específico.[173]

35.3. Associação para fins de financiamento do tráfico.

Na vigência da antiga Lei de Drogas, o único crime autônomo de associação era aquele para fins de tráfico de drogas (art. 14 da revogada Lei nº 6.368/76). A Lei nº 11.343/06 instituiu no art. 35, parágrafo único, uma nova modalidade de associação, destinada ao financiamento do tráfico: "Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei".

Nos mesmos moldes que a associação do *caput* do art. 35, esta nova figura de associação também demanda a presença de 2 (duas) ou mais pessoas, associadas de maneira estável e permanente. No entanto, diversamente daquela, esta associação tem como objetivo o financiamento ou custeio do tráfico de drogas.

Como se trata de figura delituosa autônoma, é perfeitamente possível que o agente responda pelo crime do art. 35, parágrafo único, em concurso material com o delito do art. 36, ambos da Lei de Drogas.

35.4. Associação mista.

Por opção do legislador, a associação de duas ou mais pessoas de maneira estável e permanente para a prática dos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/06, tipifica o crime de associação para fins de tráfico previsto no art. 35, *caput*. De outro lado, na hipótese de a associação visar à prática de crimes de financiamento, a subsunção formal da conduta deve se dar no art.

171. STF, 2ª Turma, HC 73.119/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/02/1996, DJ 19/04/1996. No mesmo sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 352.535/PE, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 05/04/2018, DJe 18/04/2018; STJ, 5ª Turma, HC 237.043/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 045/08/2014, DJe 27/08/2014; STJ, 6ª Turma, HC 137.144/PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22/03/2011, DJe 11/04/2011.

172. Na vigência da Lei nº 6.368/76, sempre se entendeu que o tráfico abrangeria apenas as condutas dos arts. 12 e 13. A conduta de associação para o tráfico, então constante do art. 14 da Lei nº 6.368/76, não era crime equiparado a hediondo. Nesse sentido: STF, 1ª Turma, HC 83.017/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, DJU 23/04/2004 p. 24. E ainda: STF, 2ª Turma, HC 83.656/AC, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 20/04/2004, DJ 28/05/2004. No sentido de que o delito de associação para o tráfico de drogas do art. 35 da Lei n. 11.343/06 não possui natureza hedionda: STJ, 6ª Turma, HC 324.691/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30/06/2015, DJe 03/08/2015; STJ, 5ª Turma, HC 320.374/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09/06/2015, DJe 17/06/2015; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 499.706/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 18/06/2019, DJe 27/06/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 485.529/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 12/03/2019, DJE 18/03/2019; STJ, 5ª Turma, HC 482.209/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07/02/2019, DJe 15/02/2019; STJ, 6ª Turma, HC 430.217/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/09/2018, DJe 01/10/2018.

173. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 499.706/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 18/06/2019, DJe 27/06/2019; STJ, 5ª Turma, HC 467.215/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23/10/2018, DJe 31/10/2018; STJ, 5ª Turma, HC 417.782/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/02/2018, DJe 27/02/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 396.983/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 14/11/2017, DJe 24/11/2017.

35, parágrafo único. Por mais improvável que seja, discute-se, então, se seria possível a formação de uma associação mista, isto é, uma voltada à prática dos crimes de tráfico, e outra voltada apenas para o financiamento do tráfico.

Parece não haver dúvida quanto à possibilidade de tipificação do crime de associação para fins de tráfico (art. 35, *caput*), ainda que as infrações sejam distintas (associação heterogênea), mas desde que a *societas sceleris* tenha como fim a prática exclusiva dos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas. Logo, se um dos associados for o responsável pelo transporte do maquinário destinado à preparação da droga (art. 34), outro tiver como atribuição a importação da matéria-prima destinada à preparação da droga (art. 33, § 1º, I), ficando a venda da droga a cargo de um terceiro (art. 33, *caput*), não há como se afastar a tipificação do crime de associação para fins de tráfico, já que os crimes visados por cada um dos agentes encontram-se abrangidos expressamente pelo tipo do art. 35, *caput*, que faz referência aos ilícitos previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/06.

Todavia, se o legislador restringiu a tipificação do crime do art. 35, *caput*, à associação para a prática dos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, é evidente que, para a integralização do número mínimo de dois agentes, não é possível a inclusão de um associado cujo objetivo seja exclusivamente o cometimento do delito de financiamento ao tráfico (art. 36), sob pena de evidente violação ao princípio da legalidade. Na mesma linha, como o crime de associação para fins de financiamento ao tráfico (art. 35, parágrafo único) demanda a presença de duas ou mais pessoas voltadas exclusivamente para a prática reiterada do crime do art. 36, um mero traficante de drogas não pode ser levado em consideração para a tipificação do referido delito.

Na mesma linha, Mendonça e Carvalho observam que "a forma como o legislador tipificou a matéria, separando de maneira estanque a associação para o tráfico da associação para o financiamento, impossibilita, em nosso sentir, que sejam misturadas as formas de associação, em face da estreiteza do princípio da legalidade em matéria penal. (...) Desta forma, diante da omissão do legislador e à luz do princípio da legalidade, o mero financiador não poderá ser integrante da associação para o tráfico, assim como o traficante não poderá integrar a associação do financiador".[174]

174. Op. cit. p. 145. Em sentido diverso, Leonardo Luiz de Figueiredo Costa sustenta que a associação entre agentes pode ser feita de forma heterogênea, envolvendo aquele que ficará incumbido de realizar condutas que serão típicas do art. 33, *caput* ou do § 1º, do art. 34, bem como o seu financiador estavelmente associado, na forma do art. 36. Por exemplo, haverá a prática do delito entre a associação, um importador de entorpecente e um agente financiador que lhe fornece (ou fornecerá) recursos para a aquisição do entorpecente no exterior, desde que o vínculo entre eles seja estável. (O crime de associação ao tráfico e as modificações introduzidas pela Lei 11.343/2006. *Boletim dos Procuradores da República*, nº 73, março 2007, p. 24).

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

36. FINANCIAMENTO OU CUSTEIO AO TRÁFICO DE DROGAS.

36.1. Nova exceção pluralista à teoria monística do concurso de agentes.

Sob a égide da revogada Lei nº 6.368/76, aquele que concorresse para o tráfico de drogas por meio de financiamento ou custeio responderia pelo crime de tráfico de drogas, então previsto no art. 12, em virtude da norma de extensão do concurso de agentes prevista no art. 29 do Código Penal, porém com a pena agravada em virtude da circunstância prevista no art. 62, I, do CP.

Em fiel observância a uma das recomendações da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de Viena (art. 3º, § 1º, V), incorporada ao ordenamento jurídico pelo Decreto Executivo nº 154/1991, o legislador da nova Lei de Drogas resolveu tipificar como crime autônomo a conduta daquele que financia ou custeia a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/06. Portanto, aquele agente que antes era punido como mero partícipe do crime de tráfico de drogas passa a responder pelo tipo penal autônomo do art. 36 da Lei nº 11.343/06. Cria-se, portanto, mais uma exceção pluralista à teoria monística do concurso de agentes.

Por força da teoria monista, também conhecida como unitária, adotada pelo nosso Código Penal, embora um crime seja praticado por diversos coautores e partícipes, o delito permanece único e indivisível. Nesse sentido, referindo-se ao crime sempre no singular, o art. 29 do CP deixa claro que aqueles que concorrem para *o crime* incidem nas penas *a este* cominadas, na medida de sua culpabilidade. Se, em regra, nosso Código Penal adota a teoria monística, não se pode negar que,

em algumas situações, o próprio legislador opta por separar a conduta de cada um dos agentes, que passam a ser punidos por crimes distintos. Além do art. 36 da Lei de Drogas, que passa a funcionar como nova exceção pluralística à teoria monista, há outros exemplos constantes do Código Penal que podem ser lembrados: aborto consentido pela gestante (art. 124) e aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126); corrupção passiva (art. 317) e corrupção ativa (art. 333); facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318) e contrabando (CP, art. 334-A, com redação determinada pela Lei nº 13.008/14) ou descaminho (CP, art. 334, *caput*, com redação determinada pela Lei nº 13.008/14); falso testemunho mediante suborno (art. 342, § 1º) e corrupção ativa de testemunha (art. 343).

Ao prever como delito autônomo a atividade de financiar ou custear o tráfico, o art. 36 da Lei 11.343/2006 objetivou – em exceção à teoria monista – punir o agente que não tem participação direta na execução no tráfico, limitando-se a fornecer dinheiro ou bens para subsidiar a mercancia, porém sem importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas ilicitamente.[175] Portanto, o agente que atua diretamente na traficância e que também financia ou custeia a aquisição de drogas deve responder pelo crime previsto no art. 33, caput, com a incidência da causa de aumento de pena do art. 40, VII, ambos da Lei n. 11.343/06, afastando-se, por conseguinte, a conduta autônoma prevista no art. 36 da Lei de Drogas.[176]

36.2. Elementos do tipo.

O art. 36 da Lei de Drogas faz uso de 2 (dois) verbos distintos:

a) **financiar**: significa sustentar os gastos, custear, bancar, prover o capital necessário para o desenvolvimento do tráfico de drogas;

b) **custear**: consiste em prover despesas, gastos. Como o verbo *custear* tem significado próximo à expressão *financiar*, parte da doutrina sustenta que *custear* não abrange apenas o fornecimento de dinheiro para que o traficante possa desenvolver suas atividades ilícitas, mas também o fornecimento de outros bens móveis, como armas, munição e veículos.[177]

Este financiamento ou custeio deve ter como objetivo a prática de qualquer dos crimes previstos nos *arts. 33, caput e § 1º, e 34* da Lei de Drogas. Logo, o crime do art. 36 não restará tipificado se acaso o financiamento tiver como objetivo a prática de outros delitos previstos na Lei nº 11.343/06. Estranhamente, o legislador não pune o financiamento à associação para fins de tráfico, prevista no art. 35 da Lei de Drogas. Destarte, conquanto seja típico o financiamento aos crimes porventura praticados pela associação, há de ser reconhecida a atipicidade do financiamento à associação, isoladamente considerado.

Em relação ao elemento subjetivo, a conduta é punida exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual). Não se pune a forma culposa desse delito. Conquanto seja comum o financiamento ou custeio ao tráfico com a finalidade de obtenção de lucro, o art. 36 não faz qualquer referência a esse *especial fim de agir*. Logo, responde pelo crime sob análise tanto aquele que financia o tráfico com a intenção de obter determinada vantagem patrimonial, quanto aquele que o faz sem a intenção de auferir lucro.

Há certa controvérsia na doutrina quanto à natureza do crime do art. 36:

a) **crime permanente:** uma primeira corrente sustenta que se trata de crime de natureza permanente, o que significa dizer que sua consumação se prolonga no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a conduta delituosa a qualquer momento. Nesse caso, se determinado agente financiar a prática do tráfico de drogas durante seis meses, de modo contínuo, deverá responder por crime único de financiamento;

b) **crime habitual:** uma segunda corrente entende que o art. 36 da Lei de Drogas é crime de natureza habitual. Nos crimes habituais, a habitualidade funciona como elementar do tipo. Logo, a prática de um ato isolado não gera tipicidade. Para os adeptos dessa corrente, a natureza habitual do crime do art. 36 pode ser extraída da simples

175. No sentido de que o crime de financiar ou custear o tráfico ilícito de drogas previsto no art. 36 da Lei n. 11.343/06 é delito autônomo aplicável ao agente que não tem participação direta na execução do tráfico, limitando-se a fornecer os recursos necessários para subsidiar as infrações a que se referem os arts. 33, *caput*, e §1º, e 34 da Lei de Drogas: STJ, 6ª Turma, HC 306.136/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 03/11/2015, DJe 19/11/2015; STJ, 6ª Turma, REsp 1.290.296/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/12/2013, DJe 03/02/2014.

176. Com esse entendimento: STJ, 6ª Turma, HC 306.136/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 03/11/2015, DJe 19/11/2015; STJ, 6ª Turma, REsp 1.290.296/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/12/2013, DJe 03/02/2014.

177. Em sentido diverso, Junqueira (op. cit. p. 318) sustenta que os verbos *financiar* ou *custear* envolvem o manejo de capitais, daí por que formas indiretas de colaboração como a disponibilização de estrutura ou de instrumentos de telecomunicação devem ser tipificados no art. 33, com fundamento na norma de extensão do art. 29 do Código Penal.

leitura de dois dispositivos: o parágrafo único do art. 35, que só pune a reunião estável de duas ou mais pessoas que visam financiar *reiteradamente* os crimes de tráfico, e do art. 40, VII, majorante aplicável no caso de o sustento ser meramente ocasional;[178]

c) **crime instantâneo:** consuma-se o crime do art. 36 em um momento determinado, sem a necessidade de permanência ou habitualidade da conduta delituosa. Por isso, um único ato de financiamento ou de custeio já é suficiente para a caracterização do crime do art. 36 da Lei de Drogas.

A nosso juízo, o ideal é sustentar que o crime de financiamento ao tráfico de drogas tem natureza instantânea. Não se trata de crime de natureza permanente. A uma porque a consumação desse delito não se prolonga no tempo, já que os verbos *financiar* e *custear* não denotam uma situação duradoura, cujo momento inicial não coincida com o de sua cessação. De mais a mais, no crime de financiamento ao tráfico, o autor do delito não tem a possibilidade de fazer cessar a situação de permanência a qualquer momento, característica inerente a tais crimes. Deveras, por mais que o traficante por ele financiado possa usar o numerário por um período de tempo que se prolonga no tempo (v.g., um ou dois meses), é fato que, a partir do momento em que o dinheiro é entregue, o financiador deixa de ter qualquer disponibilidade sobre ele, do que se conclui que o retorno à situação anterior foge a sua alçada. Também não se trata de crime de natureza habitual, porquanto a tipificação do crime de financiamento ao tráfico independe de um comportamento reiterado. Ora, os verbos típicos constantes do art. 36 da Lei de Drogas não induzem habitualidade, bastando um único ato para a configuração do delito. Portanto, se o agente patrocinar por 3 (três) vezes a compra de determinada quantidade de droga para que terceiros se iniciem nas atividades de tráfico, deverá responder por 3 (três) crimes de financiamento ao tráfico, em concurso material ou continuidade delitiva, a depender das circunstâncias do caso concreto.[179]

36.3. Consumação e tentativa.

Cuidando-se de crime plurissubsistente, é perfeitamente possível a tentativa do crime do art. 36 da Lei de Drogas. Em relação ao momento da consumação do crime de financiamento ao tráfico, há duas correntes:

a) **crime material:** como o tipo penal faz uso da expressão financiar ou custear *a prática* de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas, o delito de financiamento só estará consumado quando estes crimes estiverem caracterizados, ao menos na forma tentada. Por isso, se não houver pelo menos o início da execução dos crimes de tráfico financiados pelo agente, a mera cogitação do crime do art. 36 não será punível;

b) **crime formal:** em posição à qual nos filiamos, parte majoritária da doutrina sustenta que, como os verbos *financiar* e *custear* trazem consigo a ideia de mera disponibilização do numerário, sendo irrelevante o fato de ser atingida (ou não) a finalidade desse custeio, o ideal é concluir que se trata de crime de consumação antecipada. Logo, o crime do art. 36 estará consumado no exato momento em que houver a entrega do numerário ao traficante, pouco importando a efetiva execução dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas, que, se forem cometidos, devem ser tidos como mero exaurimento do delito. É nesse sentido a lição de Samuel Miranda. Para o autor, a lei quis punir "o mero financiamento, daí que se o agente efetivamente financia a aquisição de droga, mas a operação não chega a completar-se, por qualquer motivo, o tipo do art. 36 já está perfeito, pois o que se exige é a mera disponibilização do recurso para o fim de praticar os crimes arrolados no artigo".[180]

36.4. Autofinanciamento.

Como o legislador da Lei de Drogas optou por introduzir mais uma exceção pluralística à teoria monista, é certo dizer que aquele que financia o tráfico de drogas praticado por terceiro responde apenas pelo crime do art. 36, mesmo que o delito por ele financiado não venha a se consumar.

A controvérsia gira em torno das hipóteses de **autofinanciamento**, isto é, quando o mesmo agente, além de financiar o tráfico, também pratica condutas típicas inerentes ao tráfico por ele

178. Nesse contexto: CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. p. 175.

179. Nesse contexto: NUCCI. Op. cit. Vol. 1. p. 275.

180. ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas: aspectos penais e processuais penais:* Lei 11.343/2003. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 82. Na mesma linha, Mendonça e Carvalho (op. cit. p. 150) observam que o legislador não tipificou a conduta daquele que financia o crime de associação para fins de tráfico. Segundo os autores, "a omissão foi voluntária, pois era desnecessário tipificar a situação, já que no exato momento em que o dinheiro ou bem chegar à esfera de disponibilidade dos agentes já estará consumado o crime, mesmo que os crimes visados pela quadrilha (arts. 33, *caput* e § 1º, e art. 34) não venham a ocorrerm. A defender a posição contrária, de ser necessária a prática efetiva do crime financiado, a hipótese de financiamento de uma associação que não venha a cometer nenhum crime ficará atípica".

financiado. A título de exemplo, suponha-se que, dentro de um mesmo contexto fático, determinado indivíduo custeie a aquisição de cocaína por um terceiro, concorrendo, ademais, para o transporte, armazenamento e distribuição da droga para consumo. Sobre o assunto, podemos encontrar diversas posições doutrinárias: 1) haverá crime de financiamento ao tráfico (art. 36) em concurso material com o delito de tráfico praticado pelo agente (art. 33, *caput* e § 1º, ou art. 34); 2) O agente deve responder pelo crime de tráfico por ele praticado (art. 33, *caput* e § 1º, ou art. 34) com a majorante prevista no art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas;[181] 3) O agente responde apenas pelo crime de financiamento ou custeio ao tráfico (art. 36).

Parece-nos inviável a punição do autofinanciador pelos crimes de financiamento e pelo tráfico por ele praticado. Afinal, se estamos diante de crimes que atentam contra o mesmo bem jurídico – saúde pública –, não se pode admitir uma dupla punição pela mesma conduta delituosa. Também não se pode admitir a punição do autofinanciador apenas pelo crime de tráfico majorado, sob pena de se conferir a ele tratamento mais benigno do aquele dado ao agente que atuou apenas como financiador.

Por isso, o ideal é concluir que o autofinanciador deve responder apenas pelo crime de financiamento, funcionando eventual tráfico por ele praticado como mero *post factum* impunível. Ora, se o agente já expôs a perigo o bem jurídico tutelado pelo crime do art. 36 da Lei de Drogas por meio do financiamento ao tráfico, e depois resolve incrementar essa lesão precedente contra o mesmo bem jurídico já posto em perigo, concorrendo para o tráfico por ele mesmo financiado, há de ser aplicado o princípio da consunção, com a consequente absorção do tráfico. Quem concorre para o tráfico por ele mesmo financiado não responde por dois crimes (tráfico e financiamento ao tráfico). Com a prática do tráfico de drogas pelo próprio financiador não se causa uma nova lesão ao bem jurídico tutelado pela Lei nº 11.343/06 (saúde pública), senão tão-somente o seu incremento. Não se trata de uma nova ofensa, sim de um *continuum* que agrava a ofensa precedente. Evidentemente, cabe ao juiz levar em conta esse incremento lesivo do injuto penal no momento de fixar a pena.[182]

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

37. COLABORAÇÃO COMO INFORMANTE.

Da mesma forma que o art. 36, o art. 37 instituiu mais uma exceção pluralista à teoria monística, porquanto, a partir do advento da Lei nº 11.343/06, aquele que colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas, deverá responder não mais como partícipe do crime de tráfico de drogas (CP, art. 29), mas sim pelo tipo penal autônomo do art. 37.

Colaborar significa cooperar, prestar auxílio. No entanto, o art. 37 deixa claro que esta colaboração não pode se dar de qualquer forma. Na verdade, a tipificação do art. 37 está condicionada à *colaboração como informante*, o que significa dizer que este auxílio do agente deve estar restrito ao fornecimento de informações que, de alguma forma, contribuam para a prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas. É o que ocorre, por exemplo, com o chamado "fogueteiro do tráfico", responsável por avisar os traficantes acerca de eventual ação policial em determinada comunidade por eles dominada.[183] *A contrario sensu*, qualquer outra forma de colaboração que não a mera prestação de informações, como ocorre, por exemplo, quando o agente fica responsável pelo transporte da droga, subsume-se ao art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, por meio da norma de extensão do art. 29 do CP.

A propósito, como se pronunciou o Supremo, "a conduta do 'fogueteiro do tráfico', antes tipificada no art. 12, § 2º, da Lei 6.368/76, encontra correspondente no art. 37 da Lei que a revogou, a Lei 11.343/06, não cabendo falar em *abolitio*

181. Há precedentes do STJ no sentido de que, na hipótese de autofinanciamento para o tráfico ilícito de drogas, não há concurso material entre os crimes de tráfico (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) e de financiamento ao tráfico (art. 36), sob pena de *bis in idem*, devendo, nessa situação, ser o agente condenado às penas do crime de tráfico com incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VII: STJ, 6ª Turma, REsp 1.290.296/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/12/2013.

182. Para mais detalhes acerca do princípio da consunção: GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 80-83.

183. No sentido de que o crime de colaboração com o tráfico é um tipo penal subsidiário em relação aos delitos dos arts. 33 e 35 da referida lei e tem como destinatário o agente que colabora como informante, de forma esporádica, eventual, sem vínculo efetivo, para o êxito da atividade de grupo, de associação ou de organização criminosa destinados à prática de qualquer dos delitos previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 da Lei de Drogas: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.738.851/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/08/2018, DJe 30/08/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.713.928/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/08/2018, DJe 29/08/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 798.215/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 26/09/2017, DJe 04/10/2017.

criminis. O informante, na sistemática anterior, era penalmente responsável como coautor ou partícipe do crime para o qual colaborava, em sintonia com a teoria monística do art. 29 do Código Penal: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". A nova Lei de Entorpecentes abandonou a teoria monística, ao tipificar no art. 37, como autônoma, a conduta do colaborador, aludindo ao informante (o 'fogueteiro', sem dúvida, é informante), e cominou, em seu preceito secundário, pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, e o pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa, que é inferior à pena cominada no art. 12 da Lei 6.368/76, expressando a *mens lege* que a conduta a ser punida mais severamente é a do verdadeiro traficante, e não as periféricas. A revogação da lei penal não implica, necessariamente, descriminalização de condutas. Necessária se faz a observância ao princípio da continuidade normativo-típica, a impor a manutenção de condenações dos que infringiram tipos penais da lei revogada quando há, como *in casu*, correspondência na lei revogadora. Reconhecida a dupla tipicidade, é imperioso que se faça a dosimetria da pena tendo como parâmetro o *quantum* cominado abstratamente no preceito secundário do art. 37 da Lei 11.343/06, de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, *lex mitior* retroativa por força do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e não a pena *in abstrato* cominada no art. 12 da Lei 6.368/76, de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão".[184]

Para a tipificação do crime do art. 37 da Lei de Drogas, as informações prestadadas pelo informante devem ter relevância causal para contribuir, de qualquer modo, para os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/06. Por isso, se a informação fornecida pelo agente for irrelevante para a prática de tais crimes, há de ser reconhecida a ausência de nexo causal, com o consequente reconhecimento da atipicidade de sua conduta.

As informações prestadas pelo agente devem ter como destinatário um grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas. Há quem entenda que as expressões são sinônimas,[185] com o que não podemos concordar. Na verdade, se o legislador se valeu de expressões distintas, o ideal é entender que possuem significados diversos. Vejamos:

a) **grupo**: como será visto na sequência, a caracterização de uma *organização* ou de uma *associação* depende da comprovação da permanência e da estabilidade. Logo, como o legislador se refere ao *grupo* em separado no art. 37, o ideal é concluir que este se caracteriza por uma simples reunião de pessoas, ainda que voltada para a prática de um único delito de tráfico de drogas, e mesmo que desprovida de estabilidade e permanência. Portanto, a prestação de informações a um mero concurso eventual de agentes já é suficiente para a tipificação do crime do art. 37;

b) **organização:** como o art. 37 da Lei nº 11.343/06 faz menção à *organização* destinada à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei, a compreensão desse elemento do tipo deve ser feita em conjunto com o art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, que passou a definir o conceito de organizações criminosas, nos seguintes termos: "associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática dos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei nº 11.343/06, cuja pena máxima seja superior a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional;

c) **associação:** este conceito já foi estudado por ocasião da análise do art. 35 da Lei de Drogas, para onde remetemos o leitor.

Como o art. 37 tipifica apenas a prestação de informações a *grupo, organização ou associação*, discute-se na doutrina o correto enquadramento típico a ser feito na hipótese de o agente colaborar como informante com um único traficante. À evidência, se o informante presta informações capazes de auxiliar este traficante solitário na prática dos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei de Drogas, não se pode descartar sua responsabilização penal. Afinal, se tais informações são, de fato, relevantes para a traficância, não se pode negar que tal informante efetivamente concorre para o crime, na forma do art. 29 do Código Penal. O problema é que, como a colaboração tipificada no art. 37 está restrita a grupo, organização ou associação, o informante deveria responder, então, como partícipe do crime de tráfico. Isso, todavia, representaria patente violação ao princípio da isonomia, porquanto aquele que colaborasse com grupo, organização ou associação, responderia pelo crime do art. 37, cuja pena cominada é de reclusão, de

184. STF, 1ª Turma, HC 106.155/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04/10/2011, DJe 218 16/11/2011.

185. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 276.

2 (dois) a 6 (seis) anos, ao passo que o agente que colaborasse com um único traficante – conduta evidentemente menos gravosa – seria processado pelo crime do art. 33, sujeitando-se a uma pena mínima de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos. Por isso, em razão da lacuna constante da Lei de Drogas, a solução preconizada pela doutrina é no sentido da aplicação da analogia *in bonam partem*, para fins de se concluir que o tipo penal do art. 37 também abrange o informante que colabora com um único traficante.[186]

O crime do art. 37 da Lei de Drogas funciona como verdadeiro tipo penal subsidiário (*soldado de reserva*) em relação à associação para fins de tráfico (art. 35). Em outras palavras, para que o agente responda pelo crime do art. 37 da Lei de Drogas, sua colaboração deve ser obrigatoriamente eventual. Ou seja, apesar de não estar associado de maneira estável ou permanente a determinado grupo, organização ou associação, o agente colabora eventualmente com tais indivíduos, geralmente com o objetivo de receber determinada remuneração pelos serviços por ele ocasionalmente prestados. Logo, se restar evidenciado que o agente estabeleceu um vínculo associativo estável e permanente com os destinatários das informações, passando a agir como um dos integrantes da associação criminosa, tendo como função precípua exatamente a prestação de informações, sua conduta deverá ser tipificada no art. 35 da Lei nº 11.343/06.

Por conseguinte, responderá apenas pelo crime de associação do art. 35 da Lei 11.343/2006 – e não pelo mencionado crime em concurso com o de colaboração como informante, previsto no art. 37 da mesma lei – o agente que, já integrando associação que se destine à prática do tráfico de drogas, passar, em determinado momento, a colaborar com esta especificamente na condição de informante. O tipo penal do art. 37 reveste-se de verdadeiro caráter de subsidiariedade, só ficando preenchida a tipicidade quando não se comprovar a prática de crime mais grave. De fato, cuidando-se de agente que participe do próprio delito de tráfico ou de associação, a conduta consistente em colaborar com informações já será inerente aos mencionados tipos. Dessa forma, só pode ser considerado informante, para fins de incidência do art. 37 da Lei 11.343/2006, aquele que não integre a associação, nem seja coautor ou partícipe do delito de tráfico. Nesse contexto, considerar que o informante possa ser punido duplamente – pela associação e pela colaboração com a própria associação da qual faça parte –, além de contrariar o princípio da subsidiariedade, revela indevido *bis in idem*, punindo-se, de forma extremamente severa, aquele que exerce função que não pode ser entendida como a mais relevante na divisão de tarefas do mundo do tráfico.[187]

Como o art. 37 faz menção à colaboração, como informante, com grupo, organização ou associação *destinados ao tráfico de drogas*, o ideal é concluir que o delito se consuma no exato momento em que a informação chegar ao conhecimento dos destinatários das informações, pouco importando a execução de ulterior crime de tráfico de drogas. Conquanto seja de difícil caracterização, a tentativa é perfeitamente possível, já que se trata de crime plurissubsistente. Basta pensar na hipótese de informações prestadas pelo informante por correspondência serem interceptadas por terceiro antes de chegar aos verdadeiros destinatários.

Enfim, não se pode descartar a possibilidade de o crime sob análise ser praticado por funcionário público, que repassa ao grupo, organização ou associação, informações das quais tomou conhecimento em razão do exercício funcional. Nesse caso, a depender das circunstâncias do caso concreto, o juízo de tipicidade deve ser feito nos seguintes termos:

a) se o funcionário público não tiver solicitado nem recebido qualquer vantagem, deve responder pelo crime do art. 37 com a aplicação da majorante do art. 40, inciso II, ambos da Lei nº 11.343/06;

b) se o funcionário público tiver solicitado ou recebido vantagem indevida para o repasse das informações, deve responder pelo crime do art. 37 da Lei de Drogas em concurso material com o crime de corrupção passiva (CP, art. 317), sendo inviável a aplicação de quaisquer dos princípios que regem o conflito aparente de normas, já que as condutas e os bens jurídicos tutelados são diversos. Nesse caso, não será possível a incidência da causa de aumento de pena do art. 40, inciso II, da Lei nº 11.343/06, sob pena de *bis in idem*, já que o abuso da função pública já foi levado em consideração para fins de tipificação do crime do art. 317 do CP;

c) se o funcionário público prestar as informações ao grupo cedendo a pedido ou influência de outrem, mas sem que haja o recebimento de vantagem indevida, deverá ser denunciado pelo

186. Com entendimento semelhante: MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 154.

187. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 224.849/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11/06/2013, DJe 19/06/2013.

crime do art. 37 em concurso com o crime de corrupção passiva privilegiada, previsto no art. 317, § 2º, do Código Penal, hipótese em que, pelos mesmos motivos já expostos, não será viável a incidência da majorante do inciso II do art. 40.

> **Art. 38.** Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinqüenta) a 200 (duzentos) dias-multa.
>
> Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

38. PRESCRIÇÃO OU MINISTRAÇÃO CULPOSA DE DROGAS.

38.1. Crime culposo.

É sabido que, em regra, os crimes são punidos exclusivamente a título de dolo. Este princípio da excepcionalidade do crime culposo consta expressamente do art. 18, parágrafo único, do Código Penal: "salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".

Portanto, somente será possível a punição de determinada conduta a título culposo se houver ressalva expressa no texto da Lei. E é exatamente isso o que ocorre no art. 38 da Lei nº 11.343/06. Ao contrário das demais condutas delituosas constantes da Lei de Drogas, punidas apenas a título doloso, a redação do tipo penal em questão deixa transparecer que esta será punida exclusivamente se praticada culposamente, já que o próprio tipo penal faz referência expressa à prescrição ou ministração *culposa* de drogas. Portanto, na hipótese de prescrição ou ministração *dolosa* de drogas, deverá o agente ser processado pelo crime do art. 33, *caput*, que também faz uso dos verbos *prescrever* e *ministrar*.

Culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado, causadora de um resultado não desejado, mas objetivamente previsível. São 3 (três) as modalidades da culpa: a) imprudência: é a culpa em sua forma comissiva; b) negligência: é a culpa em sua forma omissiva; c) imperícia: é a inobservância de regra técnica no exercício de arte, profissão ou ofício.

Pelo menos em regra, os crimes culposos funcionam como tipos penais abertos, assim compreendidos como os tipos penais nos quais não há a descrição completa e precisa do modelo de conduta proibida ou imposta, sendo necessária uma complementação para fins de subsunção da conduta delituosa a determinado tipo penal. A título de exemplo, quando alguém é denunciado pelo crime de homicídio culposo (CP, art. 121, § 3º), o juízo de tipicidade passa, obrigatoriamente, pela complementação do art. 18, inciso II, do CP, a fim de que se possa aferir se o resultado objetivamente previsível, porém não desejado, decorreu da inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada através de conduta imprudente, negligente ou imperita.

Conquanto os crimes culposos sejam comumente citados como exemplos de tipos penais abertos, especial atenção deve recair sobre o crime do art. 38 da Lei de Drogas, porquanto, nesse caso, o legislador estabelece expressamente as formas de atuação culposa incriminadas, quais sejam:

a) *prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente*: se, por conta de uma má avaliação do estado de saúde, o agente prescrever ou ministrar drogas sem que o paciente delas necessite, deverá responder pelo crime do art. 38, *caput*, da Lei de Drogas. A título de exemplo, suponha-se que, por equívoco, um enfermeiro ministre droga em paciente errado, causando sua morte. Nesse caso, para além da responsabilização criminal pelo crime de prescrição ou ministração culposa, o agente também deverá responder pelo crime de homicídio culposo;

b) *prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, em doses excessivas*: o crime só restará caracterizado se a dose prescrita ou ministrada for evidentemente maior que aquela necessária, o que significa dizer que a prescrição ou ministração culposa de drogas em dose pouco acima da quantidade necessária, evidenciadora de uma culpa leve, não terá o condão de tipificar o crime do art. 38;

c) *prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, em desacordo com determinação legal ou regulamentar*: por se tratar de norma penal em branco, a correta compreensão do art. 38, *caput, in fine*, passa pela compreensão das determinações legais ou regulamentares acerca do assunto.

Tendo em vista a pena privativa de liberdade cominada ao delito – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos –, cuida-se de infração de menor potencial ofensivo, a ser processada e julgada perante os Juizados Especiais Criminais.

38.2. Sujeitos do crime.

A conduta incriminada pelo art. 38 da Lei de Drogas corresponde, grosso modo, àquela constante do revogado art. 15 da Lei nº 6.368/76: "Prescrever ou ministrar culposamente, o *médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem* substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

Diversamente do revogado art. 15 da Lei nº 6.368/76, a nova redação conferida ao crime de prescrição ou ministração não faz menção expressa ao sujeito ativo do crime (médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem). Daí, todavia, não se pode concluir que o crime tenha sido transformado em crime comum. Ora, o art. 38 da Lei de Drogas faz uso de dois verbos: *prescrever* significa receitar, indicar; *ministrar* consiste em inocular, introduzir no organismo de alguém substância entorpecente, por qualquer meio. Em virtude dos verbos utilizados pelo referido dispositivo legal, subsiste a classificação desse crime como próprio, ou seja, aquele delito que exige uma qualidade especial do agente. Afinal, somente médicos ou dentistas têm autorização legal ou regulamentar para prescrever drogas, e apenas médicos, dentistas, farmacêuticos ou profissionais da enfermagem têm semelhante autorização para ministrar drogas. Tal conclusão é reforçada pelo próprio parágrafo único do art. 38, que prevê a comunicação da condenação ao Conselho Profissional respectivo.

Portanto, se a conduta tipificada no art. 38 for praticada por agente que não seja dotado das qualidades especiais acima mencionadas, deverá ser processado pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas. É o que ocorre, por exemplo, com veterinários, que têm autorização para ministrar drogas apenas em animais, jamais em seres humanos. Não por outro motivo, em caso concreto em que determinado agente prescrevia drogas no exercício ilegal da medicina, concluiu o STJ tratar-se de tráfico de drogas.[188] Enfim, quando o agente, no exercício irregular da medicina, prescreve substância caracterizada como droga, resta configurado, em tese, o delito do art. 282 do CP, em concurso formal com o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06.[189]

Como não se admite participação dolosa em crimes culposos, se alguém, dolosamente, obtiver receita de médico prescrevendo culposamente drogas sem que delas necessite o paciente, este deve ser punido pelo crime do art. 38, ao passo que aquele deverá ser processado pelo crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 se entregar a consumo a referida substância.

O sujeito passivo do delito é o paciente do infrator, ou seja, quem está submetido a seus cuidados.

38.3. Consumação.

No tocante ao verbo *ministrar*, a consumação ocorre no exato momento em que a droga é introduzida no organismo humano. De seu turno, em relação à conduta *prescrever*, consuma-se o delito com a simples entrega da receita ao paciente, pouco importando se este realmente adquiriu a substância ou se fez uso da droga. Por se tratar de crime culposo, não se admite a punição a título de tentativa. Na hipótese de o paciente sofrer danos em sua saúde física ou mental, ou até mesmo a morte, o agente também deverá responder pelos crimes de lesão corporal culposa ou homicídio culposo em concurso formal.

38.4. Comunicação ao respectivo Conselho de Fiscalização Profissional.

Dispõe o art. 38, parágrafo único, da Lei de Drogas, que "o juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente". De se notar que não se trata de pena imposta pelo juiz criminal, nem tampouco de efeito genérico ou específico da sentença condenatória, mas sim de mera comunicação ao respectivo Conselho de Fiscalização Profissional, para fins de responsabilização administrativa.

Destarte, como haverá mera comunicação sem a imposição de quaisquer sanções por parte do juiz criminal, o fato de o dispositivo prever o envio dessas informações ao respectivo Conselho de Fiscalização antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não viola a regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência. Aliás, parte da doutrina entende que essa comunicação deve ser feita tão logo seja recebida a denúncia, sem que haja necessidade de condenação, muito menos o trânsito em julgado, porquanto a medida não é um efeito da condenação, nem implica em prejuízo necessário ao profissional,

188. STJ, 6ª Turma, HC 9.126/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 05/12/2000, DJ 13/08/2001.

189. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 139.667/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/12/2009, DJe 01/02/2010; STJ, 6ª Turma, HC 9.126/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 05/12/2000, DJ 13/08/2001.

servindo apenas para dar ciência do fato delituoso ao órgão responsável pela fiscalização da respectiva atividade profissional.[190]

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no *caput* deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

39. CONDUÇÃO DE EMBARCAÇÃO OU AERONAVE SOB A INFLUÊNCIA DE DROGAS.

O art. 39 da Lei de Drogas tipifica apenas a condução de *embarcação* ou *aeronave* sob a influência de drogas, porquanto a condução de veículo automotor nas mesmas condições subsume-se ao tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que possui a seguinte redação: "Conduzir *veículo automotor* com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool *ou de outra substância psicoativa que determine dependência*".

Como o art. 39 faz referência apenas ao *consumo de drogas*, é evidente que a condução de embarcação ou aeronave *sob a influência de álcool* não encontra adequação típica neste dispositivo legal, muito menos no art. 306 do CTB, que abrange tão somente o trânsito de veículos automotores nas vias terrestres. Por consequência, o juízo de tipicidade deve ser feito em consonância com o art. 34 da Lei de Contravenções Penais ("Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em risco a segurança pública") ou com o art. 35 da mesma Lei ("Entregar-se, na prática da aviação, a acrobacias ou a voos baixos, fora da zona em que a lei o permite, ou fazer descer a aeronave fora dos lugares destinados a esse fim"), sem prejuízo da utilização do art. 132 do CP, que, por se tratar de crime de perigo concreto, exige a comprovação de que a conduta do agente expôs a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente.

190. Nesse sentido: NUCCI. Op. cit. p. 278.

39.1. Elementos do tipo.

Conduzir consiste em guiar, dirigir, enfim, colocar a embarcação ou aeronave em funcionamento utilizando seus mecanismos de direção. Há quem entenda que se trata de crime comum. Preferimos visualizar no art. 39, todavia, espécie de crime de mão própria, assim compreendido como aquele cuja execução é intransferível, indelegável, devendo ser levado a efeito pelo próprio agente, porquanto o crime restará tipificado apenas quando o condutor da embarcação ou aeronave estiver sob a influência de drogas, sendo inviável que este delegue a execução do crime a terceiro.[191]

Esta condução terá como objeto:

a) **embarcação:** ao contrário da Constituição Federal (art. 109, IX), que autoriza a fixação da competência da Justiça Federal apenas quando se tratar de crimes cometidos a bordo de *navios*, isto é, embarcações aptas para a navegação em alto-mar, o art. 39 da Lei de Drogas faz uso da expressão *embarcação*, a ser compreendida como o veículo suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas (Lei nº 9.537/97, art. 2º, V);

b) **aeronave:** consoante disposto no art. 106, *caput*, da Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), considera-se aeronave todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas.

39.2. Sob a influência de drogas.

Para tipificação do crime do art. 39 da Lei de Drogas, a condução da embarcação ou da aeronave deve se dar *após o consumo de drogas*. A configuração deste tipo penal se satisfaz com a simples ingestão de droga capaz de perturbar os sentidos de quem delas fez uso. Portanto, não há necessidade de se flagrar o condutor em um estado de completa intoxicação, absolutamente privado da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nada diz a Lei de Drogas acerca dos meios a serem utilizados para comprovação do uso de drogas. Evidentemente, para fins de comprovação do consumo de drogas, o meio de prova mais eficaz é o exame de sangue ou de urina. No entanto, por força do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o

191. No sentido de que se trata de crime de mão própria: MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 161.

acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Aliás, referindo-se ao crime de embriaguez ao volante (Lei nº 9.503/97), a jurisprudência pátria sempre se manifestou no sentido de que a recusa do condutor em submeter-se ao bafômetro ou a um exame de sangue não configura crime de desobediência nem pode ser interpretada em seu desfavor, pelo menos no âmbito criminal, sendo inviável a presunção da embriaguez.[192]

No entanto, o exercício do direito à não autoincriminação não é óbice à comprovação do uso pretérito de drogas. Ainda que o condutor se recuse a fornecer material para a realização de exame pericial de sangue (ou de urina), o uso de drogas pode ser comprovado através de exame clínico com a participação passiva do agente. Ou seja, ainda que o condutor se recuse a colaborar com a produção da prova incriminadora, fazendo uso de seu direito de não produzir prova contra si mesmo, um médico perito pode facilmente constatar que tal pessoa tenha feito uso de drogas, sem que se exija qualquer comportamento ativo do agente, bastando analisar, por exemplo, a aparência do agente, sua atitude, orientação, elocução, andar, coordenação motora, etc. Aliás, com o advento da "Nova Lei Seca" (Lei nº 12.760/12), pensamos ser perfeitamente possível a aplicação subsidiária do quanto disposto no art. 306, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, a fim de se admitir que a comprovação do uso de drogas seja feito com base em exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

39.3. Crime de perigo concreto.

Crimes de perigo são aqueles em que há uma probabilidade de dano, que, no entanto, não precisa ocorrer para a consumação do delito. Na verdade, quando o legislador cria um crime de perigo, seu objetivo é levar a efeito a punição do agente antes que sua conduta venha, efetivamente, a causar lesão ao bem juridicamente protegido. Por isso, os crimes de perigo são, em regra, de natureza subsidiária, sendo absorvidos pelos crimes de dano. Há duas espécies de crimes de perigo:

a) **crimes de perigo abstrato:** há uma presunção feita pelo legislador de que a prática de determinada conduta representa um risco ao bem jurídico, sendo desnecessária, portanto, a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que o tipo penal visa evitar (v.g., porte ilegal de arma de fogo);

b) **crimes de perigo concreto**: a situação de perigo supostamente criada pela conduta do agente faz parte do tipo penal, daí por que deve ser comprovada no caso concreto, sob pena de atipicidade da conduta. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro ("Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, *gerando perigo de dano*"), cujo juízo de tipicidade demanda a comprovação, no caso concreto, que a condução de veículo automotor pelo agente trouxe risco à vida ou à saúde de outrem (v.g., motorista em zigue-zague, na contramão, em alta velocidade, etc.).

Na redação do art. 39 da Lei de Drogas, o legislador faz menção à condução de embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, *expondo a dano potencial a incolumidade de outrem*. Como se pode notar, a situação de perigo presumida pelo legislador está inserida no próprio tipo penal. Logo, trata-se de crime de perigo concreto, sendo inviável a punição do agente pela prática deste crime sem que a acusação comprove que a incolumidade pública foi efetivamente colocada em situação de risco.

39.4. Penas e medidas cautelares.

O preceito secundário do art. 39 da Lei nº 11.343/06 estabelece uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias multa.

Levando-se em consideração a pena privativa de liberdade cominada ao delito – 6 (seis) meses a 3 (três) anos –, a competência para o processo e julgamento será do juízo comum, aplicando-se o procedimento comum sumário (CPP, art. 394, § 1º, II). De todo modo, como a pena mínima é inferior a 1 (um) ano, é possível a concessão da suspensão condicional do processo, conquanto preenchidos os demais requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Nos mesmos moldes que o Código de Trânsito Brasileiro, o legislador também estabeleceu no próprio preceito secundário do art. 39 da Lei nº 11.343/06 a aplicação de penas restritivas de direito a serem impostas de maneira cumulativa

192. STF, 1ª Turma, HC 93.916/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 117 27/06/2008.

com a pena privativa de liberdade e a multa. Logo, diversamente do que ocorre no âmbito do Código Penal, em que a pena restritiva de direito substitui a pena privativa de liberdade, é certo dizer que, por ocasião da aplicação da pena cominada ao art. 39, deverá o magistrado aplicar não apenas a pena privativa de liberdade e a multa, mas também, cumulativamente, a pena de apreensão do veículo, a cassação da habilitação ou proibição de obtê-la.

A primeira pena restritiva de direitos a que se refere o art. 39 é a *apreensão do veículo*. Esta *apreensão da embarcação* ou *da aeronave* de modo algum se confunde com a *apreensão* a que se refere o Código de Processo Penal. Em sua acepção técnica, a apreensão, tida como meio de obtenção de prova, deve ser compreendida como uma medida de constrição em virtude da qual objetos ou pessoas são colocados sob a custódia do Estado pelo fato de interessarem ao processo (v.g., apreensão da arma utilizada para a prática do crime). Ora, se a *apreensão* do veículo consta do preceito secundário do art. 39, é evidente que o legislador aí a considera como espécie de pena restritiva de direitos, e não como meio de obtenção de prova, até mesmo pelo fato de que, uma vez comprovado o uso pretérito de drogas, a retenção da embarcação ou aeronave pouco interessa para a instrução probatória. Conclui-se, pois, que a expressão *apreensão do veículo* foi usada pelo legislador em sua acepção vulgar, no sentido de impedir a utilização da embarcação ou aeronave pelo mesmo prazo referente à pena privativa de liberdade, ainda que substituída por restritiva de direitos. Evidentemente, como esta *apreensão do veículo* é espécie de pena restritiva de direitos, sua aplicação está condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, podendo recair apenas sobre a embarcação (ou aeronave) pertencente ao acusado. Com efeito, em fiel observância ao princípio da pessoalidade da pena, que determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (CF, art. 5º, XLV), jamais será possível a aplicação desta pena na hipótese de o veículo pertencer a terceiro de boa-fé.

Para além da *apreensão do veículo*, o preceito secundário do art. 39 também faz referência à *cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la*, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada. Novamente, o legislador parece deixar de lado a boa técnica de utilização do vernáculo, já que se refere à *cassação da habilitação*, que traz em si a ideia de que o condutor jamais poderia obter novamente sua habilitação, o que não corresponde à realidade, vez que o próprio dispositivo legal estabelece que tal *cassação* deve durar pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada. Cuida-se, portanto, não de uma cassação definitiva da habilitação para a condução de embarcações ou aeronaves, mas sim de mera suspensão. Na hipótese de o agente não estar habilitado à condução do veículo, eventual condenação pela prática do crime do art. 39 funcionará como óbice à obtenção da habilitação pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada.

De se notar que a suspensão da habilitação ou a proibição de obtê-la pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada constam do preceito secundário do art. 39 como espécies de penas restritivas de direito. Logo, por força da regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência, tais sanções só poderão ser aplicadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Discute-se, então, acerca do procedimento a ser adotado pelo juiz na hipótese de verificar que o mesmo agente insiste em reiterar a prática delituosa do art. 39, colocando em risco a incolumidade pública por conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas.

Apesar de a Lei de Drogas silenciar acerca do assunto, parece-nos possível a aplicação subsidiária do quanto disposto no art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), que autoriza expressamente a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor como medida cautelar que pode ser concedida pelo juiz em qualquer fase da persecução penal. Afinal, consoante disposto no art. 3º do CPP, a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Logo, como não se pode privar o magistrado do poder cautelar, sob pena de frustração da própria eficácia da persecução penal em curso, há de ser admitida a aplicação analógica da medida cautelar do art. 294 do CTB no âmbito da Lei de Drogas, desde que evidenciada a presença de seus pressupostos legais.

Segundo o art. 294 do CTB, "em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção". Como não se admite a execução provisória das penas de suspensão da

habilitação (ou proibição de obtê-la), a aplicação dessa medida cautelar do art. 294 do CTB está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* (prova da existência do crime e indícios de autoria) e do *periculum libertatis*. O *periculum libertatis* a que se refere o art. 294 do CTB está relacionado única e exclusivamente à garantia da ordem pública, a ser aqui compreendida como o cuidado de se evitar que o agente volte a praticar novos delitos de trânsito, pondo em risco a segurança viária e a incolumidade pública, em virtude de sua acentuada imprudência, negligência ou imperícia. Não por outro motivo, em caso concreto atinente a homicídio na direção de veículo automotor, concluiu o STJ que, ausente a demonstração concreta da necessidade da segregação cautelar do paciente, deve-se permitir que o acusado aguarde o julgamento em liberdade mediante o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, além da necessária entrega ao juízo da carteira de habilitação para dirigir veículos.[193]

Por fim, dispõe o art. 39, parágrafo único, da Lei de Drogas, que as penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias multa, se o veículo referido no *caput* deste artigo for de *transporte coletivo de passageiros* (v.g., balsas, avião comercial). Justifica-se o aumento da pena em virtude da maior potencialidade lesiva da conduta do agente, que expõe a risco um número ainda maior de pessoas. Para tanto, é indispensável que o agente atue no transporte de passageiros, assim como a existência de viajante no veículo no exato instante da criação da situação de risco. Perceba-se que, ao se referir à pena de prisão, o legislador não faz referência expressa à "reclusão" ou à "detenção". Diante desse silêncio, o ideal é concluir que o parágrafo remete-se às penas do *caput*, logo, a pena privativa de liberdade a ser aplicada seria de detenção, de 4 (quatro) a 6 (seis) anos.

> **Art. 40.** As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
>
> I – a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
>
> II – o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
>
> III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;
>
> IV – o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;
>
> V – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;
>
> VI – sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;
>
> VII – o agente financiar ou custear a prática do crime.

40. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA.

Na vigência da Lei nº 6.368/76, o art. 18 também contemplava diversas causas de aumento de pena, porém dispunha que o *quantum* de majoração devia variar entre 1/3 (um terço) e 2/3 (dois terços). A nova Lei de Drogas manteve a previsão de diversas majorantes. Todavia, houve uma redução do patamar mínimo do aumento possível, que passou a ser de 1/6 (um sexto). Cuida-se, nesse ponto, de *novatio legis in mellius*, que deve retroagir em benefício daqueles acusados que foram condenados sob a égide da Lei nº 6.368/76, mormente quando a majorante tiver sido fixada no mínimo de 1/3 (um terço).[194]

De se notar que o concurso eventual de agentes foi suprimido como causa autônoma de aumento de pena (revogado art. 18, inciso III, 1ª parte, da Lei nº 6.368/76). Como a associação eventual para o cometimento do tráfico de drogas deixou de ser

193. STJ, 5ª Turma, HC 162.678/MA, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/11/2010, DJe 13/12/2010.

194. Como já se pronunciou o STJ, "as causas especiais de aumento de pena do delito de tráfico de drogas recebeu tratamento mais favorável pelo art. 40 da Lei nº 11.343/2006 no tocante ao *quantum* de majoração, verificando-se uma verdadeira *novatio legis in mellius* e, como tal, aplica-se retroativamente aos delitos cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/1976". (STJ, 5ª Turma, HC 135.172/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 15/03/2012, DJe 24/04/2012). Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 124.763/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28/06/2011, DJe 01/08/2011; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.112.371/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 06/11/2012, DJe 26/11/2012. E ainda: STJ, 6ª Turma, HC 143.033/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21/06/2016, DJe 29/06/2016; STJ, 6ª Turma, HC 334.458/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 10/03/2016, DJe 17/03/2016.

rotulada como causa de aumento de pena, é evidente que se trata de *novatio legis in mellius*, que deve retroagir em benefício daqueles traficantes cuja pena foi majorada sob a égide da antiga Lei de Drogas.[195]

Ao contrário do revogado art. 18 da Lei nº 6.368/76, que dispunha que as penas dos *crimes definidos naquela Lei* seriam aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) nas hipóteses ali mencionadas, o art. 40 da nova Lei de Drogas é claro ao restringir a incidência das majorantes apenas aos crimes dos arts. 33 a 37. Revela-se inviável, por conseguinte, a aplicação dessas causas de aumento de pena aos crimes dos arts. 28 (porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal), 38 (prescrição ou ministração culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave sob a influência de droga).

De todo modo, como o art. 40 não faz qualquer ressalva, a incidência das majorantes ali previstas será possível em relação a todo e qualquer crime previsto entre os arts. 33 a 37. Logo, se alguém oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a *adolescente* de seu relacionamento, para juntos a consumirem, deverá responder pelo crime do art. 33, § 3º, com a incidência da causa de aumento de pena do art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

Na mesma linha, na medida em que o art. 40 dispõe que as penas previstas nos arts. 33 a 37 devem ser aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) nas hipóteses ali mencionadas, não configura *bis in idem* a incidência simultânea das referidas majorantes aos crimes de tráfico de drogas (art. 33) e de associação para fins de tráfico (art. 35), porquanto são delitos autônomos, cujas penas devem ser calculadas e fixadas separadamente. A título de exemplo, se restar comprovada a prática de tráfico transnacional de drogas por meio de associação de caráter internacional, a majorante do art. 40, inciso I, da Lei de Drogas, deve ser aplicada tanto à infração penal do art. 33, *caput*, quanto ao delito do art. 35, *caput*, sem que se possa objetar eventual *bis in idem*.[196]

A depender do caso concreto, também é perfeitamente possível a incidência de mais de uma causa de aumento pena (v.g., transnacionalidade do delito, prevalecendo-se o agente do exercício de função pública). Logo, havendo mais de uma majorante no mesmo fato delituoso, pode o magistrado aplicar todas as causas de aumento de pena ou somente uma delas, a teor do disposto no art. 68, parágrafo único, do Código Penal. Nesse caso, como as majorantes têm objetivos distintos, não há falar em *bis in idem*.

Quanto ao cálculo da pena, parece-nos que a simples existência de mais de uma causa de aumento de pena não autoriza, *de per si*, a majoração da pena em 2/3 (dois terços). Na verdade, o raciocínio deve ser semelhante àquele utilizado para o crime de roubo circunstanciado (CP, art. 157, § 2º), ou seja, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado *exige fundamentação concreta*, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (súmula nº 443 do STJ). Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, "a presença de duas causas de aumento de pena no crime de tráfico ilícito de drogas não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação".[197]

40.1. Transnacionalidade e extraterritorialidade do delito.

A primeira majorante prevista no art. 40 da Lei de Drogas diz respeito à hipótese em que a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a *transnacionalidade do delito*. Como será visto mais adiante, por ocasião da análise do art. 70 da Lei nº 11.343/06, essa transnacionalidade do tráfico de drogas também é causa de fixação

195. No sentido de que a revogação da majorante pelo concurso eventual de agentes outrora prevista no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76, pela nova Lei de Drogas, caracteriza hipótese de *abolitio criminis*, devendo retroagir por ser norma penal mais benéfica: STF, 2ª Turma, RHC 83.987/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2010, DJe 55 25/03/2010. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 202.760/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26/11/2013. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 378.072/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 11/09/2018, DJe 18/09/2018; STJ 5ª Turma, HC 307.317/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13/12/2016, DJe 01/02/2017; STJ, 6ª Turma, HC 305.401/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 04/10/2016, DJe 17/10/2016; STJ, 6ª Turma, HC 143.033/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21/06/2016, DJe 29/06/2016.

196. Com esse entendimento: STJ, 6ª Turma, HC 187.241/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12/06/2012, DJe 25/06/2012. E ainda: STJ, 5ª Turma, REsp 738.253/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/12/2005, DJ 01/02/2006 p. 599; STJ, 6ª Turma, HC 250.455/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/12/2015, DJe 05/02/2016; STJ, 5ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.406.905/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 25/11/2014, DJe 03/12/2014. E ainda: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.412.950/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/10/2014, DJe 03/11/2014; STJ, 6ª Turma, REsp 912.495/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26/08/2014, DJe 08/09/2014.

197. STJ, 5ª Turma, HC 156.060/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/11/2011, DJe 02/12/2011. No mesmo contexto: STJ, 6ª Turma, HC 329.562/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/09/2015, DJe 07/10/2015; STJ, 5ª Turma, HC 296.630/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11/11/2014, DJe 18/11/2014. No sentido de que a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei n. 11.343/06 exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento: STJ, 5ª Turma, HC 441.233/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 30/05/2019, DJe 13/06/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 870.459/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 07/05/2019, DJe 15/05/2019; STJ, 5ª Turma, HC 489.833/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26/03/2019, DJe 01/04/2019.

da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso V, da Constituição Federal.

Por ilícito transnacional se compreende aquele que transcende o território brasileiro, ou seja, que envolve águas ou solo ou espaço aéreo que vão além do território nacional. Na hipótese de o crime ultrapassar os limites do território brasileiro, será considerado transnacional, ainda que não envolva diretamente qualquer outro país soberano.

Como a redação anterior da Lei de Drogas fazia referência à *internacionalidade* como causa de aumento de pena, entendia-se que a simples aquisição da droga em outro país não autorizava a incidência da majorante, porquanto era necessária a comprovação da existência de um vínculo entre nacionais e estrangeiros. Como a nova Lei de Drogas preferiu a expressão *transnacional*, ou seja, uma ação além das nossas fronteiras, basta que o delito tenha a sua execução iniciada ou terminada fora dos limites do território nacional.

O inciso I do art. 40 aponta certas circunstâncias que devem ser sopesadas para fins de reconhecimento da transnacionalidade do tráfico de drogas: a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e circunstâncias do fato. Por isso, se restar evidenciado que um dos acusados pegou considerável quantidade de droga em cidade próxima à fronteira com a Bolívia, tendo outro acusado afirmado que tinha conhecimento de que a droga vinha da Bolívia, constando, ademais, inscrição em espanhol na embalagem de alguns papelotes, não se pode descartar o reconhecimento da transnacionalidade do tráfico.[198]

A transnacionalidade do tráfico de drogas pressupõe o intuito de transferência da droga envolvendo mais de um país, dispensando, para sua caracterização, a efetiva ocorrência do resultado. Não por outro motivo, em caso concreto de remessa ilícita de drogas por via postal a país estrangeiro, cuja apreensão se deu ainda no território nacional, concluiu o STJ que, uma vez demonstrada que a intenção do agente era a de remeter drogas a outro país, e tendo sido concretizados todos os atos de execução do delito, caracterizada está a internacionalidade da conduta, ainda que a substância entorpecente não tenha chegado ao destinatário situado em país estrangeiro.[199] É exatamente nesse sentido, aliás, o teor da **Súmula n. 607 do STJ**: "A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n. 11.343/06) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras".

Esta transnacionalidade não está circunscrita às condutas de *importar* e *exportar*, aplicando-se também às demais condutas, tais como *transportar*, *trazer consigo*, etc. Portanto, responde pelo delito de tráfico internacional de drogas perante a Justiça Federal o agente que, oriundo da Argentina, for flagrado no aeroporto do Galeão, durante procedimento de embarque em voo internacional para a Espanha, transportando cápsulas de cocaína em seu estômago.[200]

Destarte, para fins de incidência da majorante do art. 40, inciso I, não é necessária a efetiva transposição da fronteira nacional. Na verdade, basta a presença de evidências de que a substância entorpecente mercadejada tinha como destino qualquer ponto além das linhas divisórias internacionais.[201]

Para que possa falar em tráfico internacional de drogas, é indispensável que a droga apreendida no Brasil também seja considerada ilícita no país de origem (ou de destino). Do contrário, ter-se-á mero tráfico interno, de competência da Justiça Estadual. Daí o motivo pelo qual decidiu o STJ que a importação de cloreto de etila (vulgarmente conhecido como "lança-perfume") da Argentina não é crime de competência da Justiça Federal, pois lá não há a proibição de uso dessa substância.[202] Evidentemente, se essa mesma substância fosse importada de país onde houvesse semelhante proibição àquela existente no território nacional, não se poderia descartar a possibilidade de aplicação da majorante do art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06.[203]

198. STJ, 6ª Turma, HC 148.130/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/08/2012, DJe 03/09/2012. No sentido de que a existência de mensagens em língua espanhola no celular de um dos acusados, a enorme quantidade da substância apreendida (quase duas toneladas de maconha) e a inscrição "Industria Paraguaya" em embalagem utilizada no transporte da droga autorizam o reconhecimento da transnacionalidade do tráfico: STJ, 3ª Seção, CC 115.595/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28/09/2011, DJe 10/10/2011.

199. STJ, 3ª Seção, CC 109.646/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 23/03/2011, DJe 01/08/2011.

200. Nessa linha: TRF3, ACR 2007.61.19.003051-0, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Cotrim Guimarães, DJF 05/03/2009 p. 433. No sentido de que o flagrante de acusado em trânsito para o Aeroporto Internacional de Cumbica/Guarulhos, trazendo consigo substância entorpecente em vias de ser transportada a outro país – África do Sul –, autoriza a incidência da majorante da transnacionalidade do tráfico de drogas: STJ, 6ª Turma, HC 203.198/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 05/03/2013, DJe 13/03/2013.

201. STJ, 5ª Turma, HC 179.519/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/12/2012, DJe 01/02/2013. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 137158/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21/06/2010; STJ, 5ª Turma, HC 157.867/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/11/2011, DJe 07/12/2011. No mesmo sentido, entendendo que, para fins de incidência da majorante do art. 40, inciso I, basta que as circunstâncias do crime indiquem que a droga era proveniente de local fora dos limites territoriais nacionais: STJ, 6ª Turma, HC 133.980/SP, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora convocada do TJ/PE –, j. 18/12/2012, DJe 08/02/2013.

202. STJ, 3ª Seção, CC 34.767/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23/09/2002 p. 221).

203. No sentido da competência da Justiça Federal para o processo e julgamento de tráfico internacional de cloreto de etila (popularmente

Não se pode acreditar que o simples fato de a cocaína ter sido *provavelmente* adquirida na Bolívia atraia a competência da Justiça Federal, pois, se assim fosse considerado, toda a apreensão da droga no país configuraria tráfico internacional, eis que o Brasil não produz tal entorpecente.[204] No mesmo contexto, o simples fato de alguns acusados serem estrangeiros não é motivo suficiente para a conclusão de que se trata de tráfico transnacional.[205]

Na mesma linha, a prisão de determinada pessoa em localidade próxima à fronteira do Brasil com outro país ou o fato de a droga ter sido adquirida de um estrangeiro não autorizam concluir, *prima facie*, pela internacionalidade do tráfico. Antes, é necessário identificar se os agentes estão envolvidos com atos de importação e transporte transnacional ou se seriam meros revendedores que já teriam adquirido a droga na cidade brasileira.[206]

Não há *bis in idem* na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, I, da Lei n. 11.343/06) com as condutas de importar e exportar previstas no *caput* do art. 33 da Lei de Drogas, porquanto o simples fato de o agente trazer consigo a droga já conduz à configuração da tipicidade formal do crime de tráfico.[207] Também não se pode falar em *bis in idem* na hipótese de aplicação da referida majorante ao crime de associação internacional para fins de tráfico e ao crime de tráfico internacional de drogas.

Na vigência da Lei nº 6.368/76, a incidência da majorante do art. 18, inciso I, era possível não penas no caso de tráfico com o exterior, mas também nas hipóteses de *extraterritorialidade da lei penal*. Por *extraterritorialidade* compreende-se a possibilidade de aplicação da lei penal brasileira a crimes cometidos fora do território nacional (CP, art. 7º). Como se trata, o tráfico de drogas, de crime que o Brasil se obrigou a reprimir por tratado internacional, seria possível não apenas a aplicação da lei penal brasileira ao crime cometido no estrangeiro (CP, art. 7º, II, "a"), como também a tal delito devia ser aplicada a majorante do art. 18, I, da revogada Lei nº 6.368/76. Diversamente da Lei nº 6.368/76, a nova Lei de Drogas não reproduziu a causa de aumento de pena para os crimes de tráfico de drogas cometidos fora do território brasileiro. Com efeito, a majorante do art. 40, inciso I, refere-se exclusivamente ao tráfico transnacional, que não se confunde com as hipóteses de extraterritorialidade: naquele, pelo menos uma parte do crime deve ter tocado o território nacional; no caso do art. 7º do CP, os crimes têm sua ação (ou omissão) e resultado produzidos integralmente no estrangeiro.

40.2. Abuso de função pública, missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância.

Consoante disposto no art. 40, inciso II, da Lei nº 11.343/06, as penas previstas nos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343/06 também deverão ser aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) se o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância. A *mens legis* desse dispositivo é punir de maneira mais severa aqueles indivíduos que deviam atuar no combate ao tráfico de drogas, mas que, diversamente, aproveitam do exercício de seus respectivos misteres para a prática dos crimes dos arts. 33 a 37.

A primeira hipótese que autoriza a incidência da majorante é o abuso da função pública. Por função pública compreende-se toda atividade desempenhada com o objetivo de consecução de finalidades próprias do Estado, por meio daquele que exerce cargo, emprego ou função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal. Exercem função pública todos aqueles que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta, aí incluídos os agentes políticos, os servidores públicos, assim como os particulares em colaboração com o Poder Público.

Ao contrário da Lei nº 6.368/76 (revogado art. 18, inciso II, 1ª parte), que determinava o aumento da pena quando o agente tivesse praticado o crime prevalecendo-se de função pública *relacionada com a repressão à criminalidade* (v.g., investigador de polícia, Promotor de Justiça), a nova Lei de Drogas nada disse acerca da espécie de função pública desempenhada pelo agente. Logo, se o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública, ainda que não relacionada à repressão da criminalidade, é perfeitamente possível a incidência da referida majorante.

conhecido como "lança-perfume") internalizado no Brasil através do Paraguai, uma vez que a referida substância é considerada entorpecente em ambos os países: TRF4, ACR 2004.70.02.001039-0, Sétima Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 18/11/2009.

204. STJ, 5ª Turma, HC 66.292/MT, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19/03/2007 p. 374.

205. STF, 1ª Turma, HC 103.945/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26/04/2011, DJe 107 03/06/2011.

206. STJ, 3ª Seção, CC 26.094/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 21/08/2000 p. 91.

207. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 620.417/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17/03/2016, DJe 01/04/2016; STJ, 6ª Turma, REsp 1.290.846/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 15/03/2016, DJe 28/03/2016. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, RHC 59.063/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/06/2018, DJe 01/08/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.659.315/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15/08/2017, DJe 25/08/2017; STJ, 6ª Turma, REsp 1.392.330/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 13/09/2016, DJe 20/09/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 690.252/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 15/12/2015, DJe 02/02/2016.

Como o art. 40, inciso II, da Lei de Drogas, faz referência ao agente que pratica o crime *prevalecendo-se de função pública*, conclui-se que a incidência dessa majorante somente poderá recair sobre o agente que tiver se aproveitado de suas funções públicas para a prática do delito, ou seja, deve haver um nexo funcional entre a prática do delito e a atividade funcional desenvolvida pelo agente. Destarte, se determinado escrivão de polícia for flagrado ao desviar, vender e fornecer a terceiros grande quantidade de droga que se encontrava sob sua guarda, deverá ser processado não apenas pelo crime de peculato (CP, art. 312, *caput*), por ter desviado coisa móvel de que tinha a posse em razão do cargo, mas também pelo delito de tráfico de drogas com a incidência da majorante do art. 40, inciso II, da Lei nº 11.343/06.[208]

As penas previstas nos arts. 33 a 37 também deverão ser aumentadas quando o agente praticar o crime nas seguintes hipóteses:

a) **missão de educação:** *educação* consiste na aplicação dos métodos próprios para assegurar a formação e o desenvolvimento físico, intelectual e moral de um ser humano.[209] Conquanto seja mais comum, a missão de educação nem sempre é desenvolvida nas dependências de estabelecimentos de ensino. Basta pensar na hipótese de um professor particular que se desloca até a casa do próprio aluno para aulas de reforço em determinada disciplina. Por isso, não haverá *bis in idem* na hipótese de incidência simultânea das causas de aumento de pena dos incisos II e III do art. 40 ao tráfico de drogas praticado nas dependências de estabelecimento de ensino por agente no exercício de missão de educação. Nesse contexto, como observam Mendonça e Carvalho, enquanto o inciso II pune mais severamente o agente que se afasta de suas funções, "quando deveria ser um espelho para o educado, no caso do inciso III, quer-se apenar o agente que se vale de lugares em que há maior número de pessoas e perigo maior para a saúde pública";[210]

b) **poder familiar**: tratado nos arts. 1.630 a 1.638 do Código Civil, consiste no poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto.[211] Logo, se um pai fornecer droga para fins de consumo por seu próprio filho, deverá incidir a majorante do art. 40, II, da Lei nº 11.343/06;

c) **guarda ou vigilância:** diz respeito àquele cuja tarefa é vigiar e zelar pela segurança de determinado lugar ou de alguém. Nesse caso, é indispensável que o exercício deste mister ocorra em locais autorizados a manipular ou manter em depósito drogas. Por conseguinte, se um vigia de um laboratório for surpreendido ao vender drogas desviadas de seu local de trabalho, deverá responder pelo crime de tráfico com a aplicação da majorante sob análise. Lado outro, se o agente era vigilante de um estabelecimento bancário, não se pode admitir a aplicação da majorante sob comento.

40.3. Dependências ou imediações de locais onde haja facilidade de disseminação do consumo de drogas em virtude da maior concentração de pessoas.

As penas dos crimes dos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas também deverão ser aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), se a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais (v.g., penitenciárias, centros de detenção provisória),[212] de ensino (v.g., faculdades, colégios) ou hospitalares (v.g., pronto-socorro, posto de saúde), de sedes de entidades estudantis (v.g., diretórios acadêmicos), sociais (v.g., associações de bairro), culturais (v.g., museus, centros de exposições), recreativas (v.g., clubes), esportivas (v.g., ginásios, estádios), ou beneficentes (v.g., orfanatos), de locais de trabalho coletivo (v.g., empresas), de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza (v.g., boates, cinemas, casas de espetáculos), de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social (v.g., clínicas de reabilitação), de unidades militares ou policiais (v.g., batalhões da Polícia Militar) ou em transportes públicos (v.g., ônibus, metrô). Como se percebe, a justificativa

208. STJ, 5ª Turma, HC 181.416/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07/04/2011, DJe 20/05/2011.

209. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009. p. 722.

210. MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 176.

211. Nesse contexto: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. V. 5. Família. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 367.

212. Na vigência da antiga Lei de Drogas, havia precedentes do Supremo no sentido de que a majorante ora em análise também devia incidir na hipótese de um preso praticar o crime de tráfico de drogas no interior de estabelecimento prisional, sendo que, em relação ao carcereiro que facilitasse a entrada de drogas, não haveria *bis in idem* se esta majorante fosse aplicada em conjunto com aquela causa de aumento de pena hoje prevista no art. 40, inciso II, da Lei nº 11.343/06 (crime praticado com abuso da função pública): STF, 1ª Turma, HC 71.813/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/04/1995, DJ 04/08/1995. Ainda no sentido de que tal majorante deve ser aplicada ao tráfico cometido nas dependências de estabelecimento prisional independentemente de o crime ter sido praticado por preso ou por terceiro que não se encontra encarcerado: STJ, 5ª Turma, HC 175.808/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/04/2012, DJe 27/04/2012. Com o mesmo entendimento: STJ, 5ª Turma, REsp 1.186.940/AC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011.

para a existência desta majorante diz respeito à enorme facilidade de disseminação do consumo de drogas nesses locais em virtude da maior concentração de pessoas, o que acaba por representar maior risco à saúde pública.[213]

Na medida em que não se admite o emprego de analogia *in malam partem* no Direito Penal, forçoso é concluir que se trata de rol de natureza taxativa. Por isso, se o local onde o crime de tráfico de drogas não constar do art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, não será possível a incidência da referida majorante, ainda que se trate de local de grande aglomeração de pessoas (v.g., praça pública).[214]

Ao contrário da Lei anterior (revogado art. 18, IV), que fazia menção à incidência dessa majorante na hipótese de *qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação* ocorrer nesses locais de grande concentração de pessoas, a nova Lei de Drogas deixa claro que a incidência da majorante do art. 40, inciso III, somente será possível se a infração penal *tiver sido efetivamente cometida* nesses locais. Portanto, como não se admite a punição por meros atos preparatórios, salvo se tipificados de maneira autônoma (v.g., a associação para fins de tráfico é um ato preparatório que foi alçado a tipo penal incriminador), conclui-se que a incidência da causa de aumento de pena em análise depende da consumação ou, pelo menos, do início de execução de uma das infrações penais dos arts. 33 a 37.

O art. 40, inciso III, deixa claro que a incidência da majorante deve ocorrer não apenas quando a infração tiver sido cometida nas *dependências* desses locais, mas também quando for praticado em suas *imediações*. Apesar de não haver conceito legal de *imediações*, a doutrina sustenta que o termo "não pode ser convertido em medida aritmética rígida, mas deve ser entendido dentro de critério razoável, em função do perigo maior que a lei procura coibir; as imediações, portanto, abrangem a área em que poderia facilmente o traficante atingir o ponto protegido em especial, com alguns passos, em alguns segundos, ou em local de passagem obrigatória ou normal das pessoas que saem do estabelecimento ou a ele se dirigem".[215]

Especificamente quanto ao aumento de pena decorrente do fato de a infração ter sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, o STJ tem precedentes no sentido de que a referida majorante não faz a exigência de que as drogas, objeto do crime, efetivamente passem por dentro dos locais que se busca dar maior proteção, mas apenas que o cometimento dos delitos tenha ocorrido em seu interior. Logo, na eventualidade de acusados, enquanto presos, organizarem a dinâmica da associação criminosa por meio de telefones celulares possuídos clandestinamente, movimentando grandes volumes de entorpecentes entre estados diversos da federação, não se pode afastar a conclusão de que seus atos teriam sido praticados no interior de presídio, ainda que seus efeitos tenham se manifestado a quilômetros de distância, justificando, assim, a incidência da majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/06.[216]

Aos olhos dos Tribunais Superiores, o cometimento do tráfico nas imediações desses locais autoriza a incidência da majorante, sendo dispensável a comprovação de que o acusado visava à comercialização de drogas com seus frequentadores. Nesse sentido, como já se pronunciou o STJ, "não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, uma vez que restou devidamente comprovado que o paciente atuava próximo a estabelecimentos hospitalares e de ensino, pouco importando se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos das escolas".[217]

Em julgados mais antigos, o Supremo e o STJ entendiam que a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei nº 11.343/2006, devia incidir nos casos em que o agente se utiliza

213. Sob pena de *bis in idem*, é indevido o emprego da circunstância de o crime ter sido cometido nas dependências de estabelecimento prisional para fundamentar tanto o *quantum* de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da mesma lei. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 313.677/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21/6/2016, DJe 29/6/2016.

214. Em sentido diverso, concluindo que o rol previsto no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas não deve ser encarado como taxativo, pois o objetivo da referida lei é proteger espaços que promovam a aglomeração de pessoas, circunstância que facilita a ação criminosa: STJ, 5ª Turma, REsp 1.255.249/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17/04/2012, DJe 23/04/2012.

215. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada:* Lei 11.343/2006. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 135.

216. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 440.888/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 15/10/2019, DJe 18/10/2019.

217. STJ, 6ª Turma, HC 197.653/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 02/10/2012, DJe 16/10/2012. Em sentido semelhante: STJ, 6ª Turma, HC 181.050/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 01/03/2012, DJe 19/03/2012. E ainda: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 488.403/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19/03/2019, DJe 08/04/2019; STJ, 5ª Turma, HC 480.887/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/02/2019, DJe 19/02/2019; STJ, 6ª Turma, HC 407.487/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/12/2017, DJe 15/12/2017. Aos olhos da 2ª Turma do STF, para fins de aplicação da majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, no tocante à comercialização de drogas nas imediações de estabelecimentos prisionais, é de todo irrelevante que o agente vise ou não aos frequentadores daquele local. (STF, 2ª Turma, HC 138.944/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21/03/2017).

de transporte público com grandes aglomerações de pessoas para passar desapercebido, tornando a traficância mais fácil e ágil, bastando, para sua incidência, o simples uso desse tipo de transporte, independentemente da distribuição da droga naquele local. Assim, seria irrelevante se o acusado ofereceu ou tentou disponibilizar a substância entorpecente para os outros passageiros, pois o local utilizado para o tráfico, por si só, já faz incidir a majorante.[218]

Em julgados mais recentes, todavia, vem prevalecendo o entendimento de que a simples utilização de transporte público para o transporte da droga não autoriza, por si só, a incidência da referida majorante, senão vejamos: "(...) O inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/2006 visa a punir com maior rigor a comercialização de drogas em determinados locais, como escolas, hospitais, teatros e unidades de tratamento de dependentes, entre outros. Pela inserção da expressão 'transporte público' nesse mesmo dispositivo, evidencia-se que a referência há de ser interpretada na mesma perspectiva, vale dizer, no sentido de que a comercialização da droga em transporte público deve ser apenada com mais rigor. Logo, a mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não leva à aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006".[219]

Por fim, levando-se em consideração que a *ratio legis* da majorante em apreço diz respeito à enorme facilidade de disseminação do consumo de drogas nesses locais em virtude da maior concentração de pessoas, não se pode admitir sua aplicação se a prática de narcotraficância ocorrer em dia e horário em que não facilite a prática criminosa. Como exposto anteriormente, a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 tem natureza objetiva, não sendo necessária a efetiva comprovação de mercancia na respectiva entidade de ensino, ou mesmo de que o comércio visava a atingir os estudantes, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações do estabelecimento. Sem embargo dessa conclusão, na eventualidade de o tráfico ser cometido em local próximo a estabelecimento de ensino, porém no período da madrugada, em um domingo, ou em um horário em que a escola não estivesse funcionando, uma interpretação teleológica do disposto no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, afasta a sua aplicação. Isso porque, neste caso, a proximidade da escola teria funcionado como mero elemento meramente circunstancial, sem relação real e efetiva com a traficância realizada.[220]

40.4. Execução do crime com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva.

À primeira vista, pode parecer estranho que um crime de tráfico de drogas, cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública, seja praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva. Todavia, por força dessa cláusula final constante do art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas, depreende-se que a violência, a grave ameaça e a arma de fogo são utilizadas pelos traficantes com o objetivo de atingir seus objetivos, intimidando um grupo indeterminado de pessoas ou uma coletividade determinada. Basta pensar no exemplo de traficantes que ocupam determinada comunidade e que se utilizam de armamento de fogo para fins de proteção da droga contra a ação de outros criminosos ou das autoridades policiais.

Violência (*vis absoluta*) é o emprego de força física sobre o corpo da vítima, consubstanciada na prática de lesão corporal (ainda que leve), ou mesmo em vias de fato, que devem ser compreendidas como agressões que não possuem gravidade

218. STJ, 6ª Turma, HC 199.417/MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, j. 24/05/2011, DJe 28/06/2011. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 108.523/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14/02/2012, DJe 053 13/03/2012; STF, 1ª Turma, HC 109.411/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/10/2011, DJe 206 25/10/2011; STF, 1ª Turma, HC 107.274/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/04/2011, DJe 075 19/04/2011; STJ, 6ª Turma, HC 118.565/MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE –, j. 10/05/2011, DJe 20/06/2011.

219. STF, 1ª Turma, HC 109.538/MS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 15/05/2012, DJe 211 25/10/2012. Também há precedentes recentes da 2ª Turma do Supremo no sentido de que a mera utilização do transporte público para o carregamento do entorpecente não seria suficiente, *de per si*, para autorizar a incidência da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, porquanto a aplicação da referida causa especial de aumento de pena teria como objetivo punir com mais rigor a comercialização de drogas em locais nos quais se verificasse uma maior aglomeração de pessoas, de modo que se tornasse mais fácil a disseminação da mercancia: STF, 2ª Turma, HC 120.624/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03/06/2014. No sentido de que, para fins de caracterização da causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, é necessária a efetiva oferta ou a comercialização da droga no interior de veículo público, não bastando, para a sua incidência, o fato de o agente ter se utilizado dele como meio de locomoção e de transporte da substância ilícita: STJ, 6ª Turma, HC 410.323/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13/03/2018, DJe 26/03/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no RESp 1.429.646/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 26/09/2017, DJe 04/10/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.591.404/PR, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 16/03/2017, DJe 23/03/2017.

220. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, REsp 1.719.792/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13/03/2018, DJe 26/03/2018. No sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06 deve ser excepcionalmente afastada na hipótese de não existir nenhuma indicação de que houve o aproveitamento da aglomeração de pessoas ou a exposição dos frequentadores do local para a disseminação de drogas, verificando-se, caso a caso, as condições de dia, local e horário da prática do delito: STJ, 6ª Turma, HC 454.317/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/10/2018, DJe 26/10/2018; STJ, 6ª Turma, HC 451.260/ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 07/08/2018, DJe 21/08/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.090.247/SE, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/08/2017, DJe 30/08/2017.

suficiente para serem reconhecidas como lesão corporal (v.g., empurrões). Por sua vez, grave ameaça (*vis compulsiva)* é a promessa de mal futuro, injusto e grave, capaz de infundir temor à vítima, sujeitando-a a algum tipo de constrangimento. Noutro giro, arma de fogo pode ser conceituada como uma "arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases, gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara, normalmente solidária a um cano, que tem a função de dar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil" (Anexo III do Decreto n. 9.493/18). Nesses casos, o aumento da pena é resultado do maior desvalor da conduta dos traficantes, que colocam em risco não apenas a saúde pública, como também a incolumidade de outras pessoas.

A pena dos crimes dos arts. 33 a 37 também será majorada quando o crime tiver sido praticado por meio de *qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva*. Tem-se aí verdadeira hipótese de interpretação analógica: como o legislador não é capaz de prever todas as situações que podem ocorrer na vida em sociedade e que seriam similares àquelas por ele já listadas, utiliza-se de uma fórmula casuística – *com violência, grave ameaça ou emprego de arma de fogo* –, para depois se valer de uma fórmula genérica – *ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva* –, o que significa dizer que todo e qualquer meio de intimidação de uma coletividade ou de um número indeterminado de pessoas semelhante àqueles anteriormente mencionados serão idôneos para autorizar o aumento da pena dos crimes dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343/06.

40.5. Tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal.

De acordo com o art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, as penas previstas nos arts. 33 a 37 também devem ser aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) se caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal. Quanto maior o risco à coletividade causado pelo tráfico de drogas, maior é o desvalor da conduta do traficante. Por isso, o legislador estabelece a majoração da pena dos crimes dos arts. 33 a 37 quando caracterizado o tráfico interestadual.[221]

Nada diz a Lei quanto ao tráfico intermunicipal. Logo, como não se admite analogia *in malam partem,* se restar caracterizado o tráfico entre municípios diversos localizados no mesmo Estado da Federação, não será possível a aplicação da majorante do inciso V do art. 40.

Apesar de o art. 40, *caput,* fazer alusão à majoração das penas dos crimes dos arts. 33 a 37, o inciso V do art. 40 refere-se expressamente ao "tráfico" interestadual. Poder-se-ia questionar, então, se esta causa de aumento de pena seria aplicável apenas ao tráfico de drogas propriamente dito, previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, ou se também seria aplicável aos demais crimes dos arts. 34 a 37. Considerando que a hermenêutica nos ensina que os incisos devem ser interpretados de acordo com o que dispõe o *caput* do artigo ao qual se referem, pensamos que, na medida em que a cabeça do art. 40 é expressa ao se referir à majoração das *penas dos crimes dos arts. 33 a 37,* não se pode restringir sua incidência apenas ao crime do art. 33. Na verdade, quando o legislador faz uso da expressão "tráfico" no inciso V do art. 40, o faz de forma genérica, referindo-se não apenas ao tráfico propriamente dito, previsto no art. 33, mas também a todas as demais condutas que concorrem para tal delito, quer nas hipóteses em que o legislador antecipa a punição de determinada conduta subsidiária ao tráfico (v.g., art. 34), quer nas hipóteses em que condutas outrora abrangidas pelo tráfico foram alçadas à categoria de tipos penais autônomos (v.g., art. 36 e 37). Esse entendimento acaba sendo corroborado pelo quanto disposto no art. 44 da Lei de Drogas: ao estabelecer uma série de restrições próprias para o tráfico de drogas, crime equiparado a hediondo, o legislador refere-se expressamente aos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, do que se pode concluir que o *tráfico* citado no inciso V do art. 40 também abrange os crimes dos arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343/06. Logo, se restar comprovada a existência de uma associação para fins de tráfico atuante em mais de um Estado da Federação, os agentes deverão ser processados pela prática do crime do art. 35, *caput,* com a incidência da majorante do art. 40, inciso V, ambos da Lei de Drogas.

Outra controvérsia decorrente do inciso V do art. 40 diz respeito à necessidade de a droga transpor os limites territoriais de determinado Estado da Federação (ou do Distrito Federal) para fins de incidência da referida majorante. De um lado, há quem entenda que a majorante em questão somente poderá ser aplicada se o agente tiver efetivamente ultrapassado a fronteira entre duas

221. Quanto à competência territorial para o julgamento de tráfico interestadual de drogas por meio de remessa postal, o STJ tem precedentes no sentido de que, à semelhança do entendimento quanto ao tráfico internacional, é de se considerar o local da remessa do entorpecente como o lugar da consumação, nos termos do art. 70 do CPP. Nesse sentido: STJ, 3ª Seção, CC 147.802/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 28/09/2016, DJe 13/10/2016.

ou mais unidades da Federação.[222] No entanto, nos mesmos moldes do que ocorre com o tráfico transnacional, é dominante o entendimento no sentido de que *não é necessária a efetiva transposição da divisa interestadual*. Na verdade, basta a presença de evidências de que a substância entorpecente tinha como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais. A título de exemplo, se o acusado confessar que tinha a intenção de transportar a droga adquirida na Comarca de Corumbá/MS para a cidade de Florianópolis/SC, local em que, inclusive, residia, ficando evidente que se deslocou deste Estado para o Mato Grosso do Sul com o nítido propósito de praticar a traficância, não se pode descartar a possibilidade de aplicação da referida majorante. É exatamente nesse sentido, aliás, o teor da **Súmula n. 587 do STJ**: "Para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual".[223]

Outro ponto que provoca discussões na doutrina e nos Tribunais diz respeito à possibilidade de aplicação simultânea das causas de aumento de pena da transnacionalidade (art. 40, I) e da interestadualidade (art. 40, V). Em outras palavras, supondo-se que um agente seja flagrado com cocaína no Estado do Amazonas, descobrindo as autoridades policiais que a droga fora adquirida na Venezuela e que teria entrado no território nacional pela fronteira com o Estado de Roraima, questiona-se: será aplicada apenas a majorante da transnacionalidade ou é possível a aplicação concomitante das causas de aumento de pena dos incisos I e V do art. 40?

À primeira vista, como as majorantes foram colocadas em incisos distintos, poder-se-ia pensar que é possível a dupla majoração, o que não caracterizaria *bis in idem*. No entanto, não se pode olvidar que, em se tratando de tráfico transnacional, ou seja, aquele delito que vai além das fronteiras nacionais, este crime necessariamente irá se estender além das divisas de determinado Estado da Federação, ainda que pertencente a país diverso. Logo, como todo tráfico transnacional é obrigatoriamente interestadual, o ideal é concluir que a majorante da transnacionalidade abrange a da interestadualidade, o que inviabiliza a aplicação simultânea das duas causas de aumento de pena.[224]

Em recente julgado, todavia, a 6ª Turma do STJ concluiu que é inadmissível a aplicação simultânea das causas especiais de aumento de pena relativas à transnacionalidade e à interestadualidade do delito (art. 40, I e V, da Lei n. 11.343/2006), *quando não comprovada a intenção do importador da droga de difundi-la em mais de um estado do território nacional*, ainda que, para chegar ao destino final pretendido, imperativos de ordem geográfica façam com que o importador transporte a substância através de estados do país. De fato, sem a existência de elementos concretos acerca da intenção do importador dos entorpecentes de pulverizar a droga em outros estados do território nacional, não se vislumbra como subsistir a majorante prevista no inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) em concomitância com a causa especial de aumento relativa à transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei de Drogas), sob pena de *bis in idem*.[225]

40.6. Envolvimento de criança ou adolescente ou de quem tenha diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação.

A pena dos crimes dos arts. 33 a 37[226] também deverá ser majorada quando sua prática envolver (trouxer para o cometimento dos crimes) ou visar (tiver como alvo para o uso de drogas) a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação. A justificativa

222. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 8.831/MS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 22/11/2011, DJe 16/05/2012.

223. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 109.724/MS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 23/08/2011, DJe 05/09/2011. E ainda: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.107.176/MS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 15/05/2012, DJe 30/05/2012. Também há precedentes de ambas as Turmas do Supremo no sentido da desnecessidade da efetiva transposição da fronteira estadual: STF, 2ª Turma, HC 99.452/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/09/2010, DJe 190 07/10/2010; STF, 1ª Turma, HC 122.791/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17/11/2015.

224. Há precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nesse sentido: "(...) Interestadualidade (inc. V) e transnacionalidade (inc. I) delitiva não se cuidam de hipóteses cumulativas, preponderando a causa de aumento prevista no inciso I (transnacionalidade) do art. 40 da Lei nº 11.343/06, em detrimento da interestadualidade tipificada no inciso V". (TRF4, ACR 0000677-06.2009.404.7004, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, D.E. 23/09/2010).

225. STJ, 6ª Turma, HC 214.942/MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16/6/2016, DJe 28/6/2016. No sentido do cabimento da aplicação cumulativa das causas de aumento relativas à transnacionalidade e à interestadualidade do delito, previstas nos incisos I e V do art. 40 da Lei de Drogas, quando evidenciado que a droga proveniente do exterior se destina a mais de um estado da Federação, sendo o intuito dos agentes distribuir o entorpecente estrangeiro por mais de uma localidade do país: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.744.207/TO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26/06/2018, DJe 01/08/2018; STJ, 6ª Turma, HC 214.942/MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16/06/2016, DJe 28/06/2016.

226. A causa de aumento de pena do art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, pode ser aplicada tanto para agravar o crime de tráfico de drogas (art. 33) quanto para agravar o de associação para o tráfico (art. 35) praticados no mesmo contexto. Isso porque a causa especial de aumento de pena incidiu sobre delitos diversos e totalmente autônomos, com motivação e finalidades distintas. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, HC 250.455/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/12/2015, DJe 5/2/2016.

para a existência dessa causa de aumento de pena está diretamente relacionada à maior vulnerabilidade dessas pessoas, que são facilmente suscetíveis ao consumo de drogas.

Como o inciso VI do art. 40 faz uso das expressões "sua prática envolver ou visar a atingir", entende-se que a majorante sob estudo deve ser aplicada não apenas quando o traficante visar a tais pessoas, como, por exemplo, na hipótese de alguém que vende drogas para adolescentes nas imediações de uma escola, como também nas hipóteses em que qualquer um dos crimes dos arts. 33 a 37 for praticado em concurso eventual de agentes ou em associação criminosa com alguma pessoa que tenha diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação. Em outras palavras, quando tais pessoas figurarem como vítimas do delito ou como coautoras ou partícipes, há de ser aplicada a referida causa de aumento de pena.[227]

Logicamente, se ambas as finalidades forem atingidas, justifica-se a aplicação da majorante em patamar superior ao mínimo. Deveras, o fato de o agente ter envolvido um menor na prática do tráfico e, ainda, tê-lo retribuído com drogas para incentivá-lo à traficância ou ao consumo e dependência, justifica a aplicação, em patamar superior ao mínimo, da causa de aumento de pena do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, ainda que haja fixação de pena-base no mínimo legal. Isso porque a aplicação da causa de aumento em patamar acima do mínimo é plenamente válida desde que fundamentada na gravidade concreta do delito.[228]

Destarte, a majorante do inciso VI do art. 40 deverá incidir se um dos crimes dos arts. 33 a 37 for praticado em conluio ou visar a atingir as seguintes pessoas:

a) **criança ou adolescente**: por força do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), considera-se criança a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Ao contrário da antiga Lei de Drogas, que autorizava o aumento da pena quando o crime visava a menores de 21 (vinte e um) anos (revogado art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76), o art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, deixa claro que o aumento só deve incidir para as hipóteses em que a vítima ou concorrente não seja maior de 18 (dezoito) anos. Nesse ponto, trata-se de *novatio legis in mellius*, que deve retroagir em favor daqueles que sofreram o aumento da pena na vigência da Lei nº 6.368/76 por terem praticado o crime de tráfico visando pessoas com idade entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos.[229]

Na hipótese de os crimes dos arts. 33 a 37 serem praticados em concurso com crianças ou adolescentes, há um conflito aparente de normas entre a causa de aumento de pena do art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, e o crime de corrupção de menores, hoje previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/90 ("Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la").

Para a doutrina,[230] se a criança ou adolescente já estiverem corrompidos, não há falar em corrupção de menores, respondendo o agente apenas pelo crime de tráfico com a majorante do inciso VI do art. 40. Noutro giro, se o agente corromper ou facilitar a corrupção do menor, introduzindo-o no "mundo do crime", deverá responder pelo crime de tráfico por ele praticado em concurso material com o crime do art. 244-B, sem a incidência da majorante do inciso VI do art. 40, sob pena de indevido *bis in idem*, porquanto o agente estaria sendo punido duplamente por conta de uma mesma circunstância, qual seja, a corrupção de menores. Nesse caso, como o tráfico de drogas é crime equiparado a hediondo – e não hediondo propriamente dito, já que não consta do rol do art. 1º da Lei nº 8.072/90 –, não se revela possível a aplicação da majorante do § 2º do art. 244-B da Lei nº 8.069/90 ao crime de corrupção de menores, porquanto tal causa de aumento de pena só pode ser aplicada quando a infração cometida ou induzida estiver incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072/90, o que não ocorre com o tráfico de drogas, que sequer é mencionado neste dispositivo, sendo equiparado a hediondo apenas por força do

227. Para a 6ª Turma do STJ (HC 250.455/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/12/2015, DJe 5/2/2016), a participação do menor pode ser considerada para configurar o crime de associação para o tráfico (art. 35) e, ao mesmo tempo, para agravar a pena como causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. Assim, é cabível a aplicação da majorante se o crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente em delito de associação para o tráfico de drogas configurado pela associação do agente com menor de idade.

228. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 250.455/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/12/2015, DJe 5/2/2016.

229. No sentido de que a incidência da majorante da segunda parte do inciso III do art. 18 da revogada Lei n. 6.368/76 – "visar (o crime) a menores de 21 (vinte e um) anos" – segue contemplada no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06 – "sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente" –, não restando configurada a *abolitio criminis*: STJ, 5ª Turma, HC 378.072/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 11/09/2018, DJe 18/09/2018; STJ, 5ª Turma, HC 307.317/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13/12/2016, DJe 01/02/2017; STJ, 5ª Turma, HC 176.337/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 08/11/2011, DJe 21/11/2011.

230. Nesse sentido: NUCCI. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 284.

art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Para a 6ª Turma do STJ, na hipótese de o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não estar previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu poderá ser condenado pelo crime de corrupção de menores (Lei n. 8.069/90, art. 244-B). Porém, se a conduta estiver tipificada em um desses artigos (33 a 37), não será possível a condenação por aquele delito, mas apenas a majoração da sua pena com base no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. Para a configuração do crime previsto no art. 244-B do ECA, basta a participação de menor de 18 anos no cometimento do delito, pois, de acordo com a jurisprudência do STJ, o crime é formal e, por isso, independe da prova da efetiva corrupção do menor (Súmula 500/STJ).[231] Por sua vez, para incidir a majorante do art. 40, VI, da Lei de Drogas, faz-se necessário que, ao praticar os delitos previstos nos arts. 33 a 37, o réu envolva ou vise atingir criança, adolescente ou quem tenha capacidade de entendimento e determinação diminuída. Não se compartilha do entendimento no sentido de que, se a criança ou adolescente já estiverem corrompidos, não há falar em corrupção de menores e de que responde o agente apenas pelo crime de tráfico majorado, pois, de acordo com o entendimento do STJ, é irrelevante a prova da efetiva corrupção do menor para que o acusado seja condenado pelo crime do ECA. A solução deve ser encontrada no princípio da especialidade. Assim, se a hipótese versar sobre concurso de agentes envolvendo menor de dezoito anos com a prática de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, afigura-se juridicamente correta a imputação do delito em questão, com a causa de aumento do art. 40, VI. Para os demais casos, aplica-se o art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme entendimento doutrinário;[232]

b) **pessoa que tiver, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação:** ainda que a pessoa seja maior de 18 (dezoito) anos, também será possível a incidência da majorante do inciso VI do art. 40 se ela apresentar algum distúrbio ou estado de perturbação, momentâneo ou duradouro, capaz de diminuir ou suprimir o discernimento necessário para evitar o uso de drogas, bem como o envolvimento com traficantes. Estão aí incluídas não apenas as pessoas portadoras de deficiências mentais ou enfermidades mentais diversas, mas também aquelas viciadas em álcool ou em drogas. Por isso mesmo, por mais que a nova Lei de Drogas não tenha se referido à pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos como hipótese que expressamente autoriza o aumento da pena, como o fazia a revogada Lei nº 6.368/76, na hipótese de o idoso ter reduzida ou suprimida sua capacidade de discernimento em virtude da senilidade, também será possível a incidência da majorante do inciso VI do art. 40.

40.7. Financiamento ou custeio da prática do crime.

A última causa de aumento de pena do art. 40 ocorre quando o agente financiar ou custear a prática do crime. Como o *caput* do art. 40 refere-se aos crimes dos arts. 33 a 37, poder-se-ia pensar, à primeira vista, que esta majorante seria aplicável a qualquer um desses delitos, caso sua prática fosse financiada ou custeada pelo agente. No entanto, não se pode perder de vista que o art. 36 criou um tipo penal autônomo para aquele que financia ou custeia a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas. Destarte, de modo a se evitar uma dupla punição pelo mesmo fato, esta causa de aumento de pena do inciso VII do art. 40 não pode ser aplicada ao crime do art. 36.

Na medida em que o financiamento ou custeio da prática dos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, caracteriza o crime autônomo do art. 36 da Lei de Drogas, poder-se-ia pensar, então, que esta causa de aumento de pena teria aplicação restrita aos crimes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 35 a 37. Mesmo assim, há de se analisar até que ponto a aplicação desta majorante seria compatível com cada um desses crimes.

A princípio, parece improvável a incidência dessa majorante ao crime do art. 33, § 2º, porquanto se revela improvável que alguém financie ou custeie o induzimento, a instigação ou o auxílio ao uso de drogas. Também se revela inviável a aplicação desta causa de aumento de pena ao crime do art. 33, § 3º, da Lei de Drogas. Afinal, se este delito caracteriza-se pelo oferecimento de droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu

231. Como o delito de corrupção de menores é considerado formal, a simples participação de menor de dezoito anos em infração penal cometida por agente imputável é suficiente à consumação do crime tipificado no art. 244-B do ECA, sendo dispensada, para sua configuração, prova de que o menor tenha sido efetivamente corrompido: STJ, 6ª Turma, HC 159.620/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12/03/2013, DJe 19/03/20103. O Supremo também entende que o crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável: STF, 1ª Turma, RHC 111.434/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03/04/2012, DJe 074 16/04/2012. A propósito, eis o teor da **súmula nº 500 do STJ**: "A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal".

232. STJ, 6ª Turma, REsp 1.622.781/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22/11/2016, DJe 12/12/2016).

relacionamento, para juntos a consumirem, não há como se conceber o financiamento ou custeio desse crime, sob pena, inclusive, de afastamento de uma de suas elementares, que é a prática do delito a título gratuito. Da mesma forma, também se descarta a possibilidade de incidência dessa majorante ao crime do art. 37. Afinal, para a caracterização deste crime, a colaboração prestada a grupo, organização ou associação destinados à prática dos crimes de tráfico *deve estar restrita a informações*, o que significa dizer que a colaboração por meio de financiamento ou custeio do tráfico caracteriza o crime do art. 36 da Lei de Drogas.

Por fim, também se revela descabida a aplicação da majorante do inciso VII do art. 40 ao crime de associação para fins de tráfico, previsto no art. 35, *caput*, da Lei de Drogas. Como observam Mendonça e Carvalho, como o crime de financiamento "se consuma com a disponibilização do bem ou dinheiro para a prática de um dos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, e sabendo-se que o delito de associação para o tráfico é justamente uma reunião estável visando realizar um destes crimes, no exato instante em que houve disponibilização do dinheiro para os associados, como a finalidade destes é justamente praticar os crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, já houve consumação do delito de financiamento. Não é possível financiar a associação, sem que também se esteja a financiar os crimes visados pelos agentes. Assim, por já estar caracterizado o crime autônomo de financiamento, não se pode admitir a aplicação da causa de aumento de pena em estudo".[233]

Como se percebe, a aplicação da causa de aumento de pena do inciso VII do art. 40 acaba se revelando inviável, a não ser que se admita, contrariamente ao nosso entendimento, que o crime do art. 36 seria de natureza habitual, pois, nesse caso, sua incidência poderia se dar nas hipóteses de financiamento eventual ou ocasional.[234]

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

233. Op. cit. p. 188.

234. Para Rogério Sanches (op. cit. p. 187), a convivência legítima (e constitucional) dos arts. 36 e 40, inciso VII, ambos da Lei de Drogas, é alcançada interpretando o delito de sustento (art. 36) como sendo de natureza habitual, isto é, exige reiteração de condutas para sua caracterização, e a majorante do art. 40, VII, meramente ocasional.

41. COLABORAÇÃO PREMIADA.

Por razões didáticas, optamos por tratar da colaboração premiada no capítulo referente à nova Lei das Organizações Criminosas. Para evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao referido capítulo.

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

42. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

Se é verdade que o legislador confere ao juiz certa discricionariedade por ocasião da individualização da pena na sentença condenatória, também é verdade que todas as operações realizadas na dosimetria da pena devem ser devidamente fundamentadas, apontando o magistrado como valorou cada uma das circunstâncias analisadas, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes e à própria sociedade entender os critérios utilizados nessa valoração, evitando-se, assim, quaisquer arbitrariedades.

Antes da reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei nº 7.209/84, discutia-se na doutrina qual seria o melhor sistema a ser adotado quanto à fixação da pena. De um lado, o critério defendido por Roberto Lyra preconizava que a pena devia ser aplicada percorrendo-se apenas duas fases (sistema bifásico): num primeiro momento, seriam avaliadas as circunstâncias judiciais em conjunto com as agravantes e atenuantes; em seguida, as causas de aumento e de diminuição de pena seriam levadas em consideração. Nelson Hungria, por sua vez, advogava que 03 (três) deveriam ser as fases de aplicação da pena (sistema trifásico): primeiro, deveriam ser consideradas as circunstâncias judiciais, isoladamente; em seguida, agravantes e atenuantes; por último, causas de aumento e de diminuição de pena. Com o advento da Lei nº 7.209/84, o art. 68 do Código Penal passou a adotar expressamente o sistema proposto por Nelson Hungria.

Antes de passar à análise do sistema trifásico, incumbe ao magistrado estabelecer os limites abstratos com os quais irá trabalhar, ou seja, o mínimo e máximo a serem levados em consideração. Para tanto, deve analisar as elementares da conduta delituosa imputada ao agente e, assim, fazer o

juízo de subsunção para definir o tipo penal em que o acusado está incurso. Deve, ademais, analisar a presença de eventuais qualificadoras ou privilégios, que podem acarretar a alteração dos limites mínimo e máximo. Se alternativa a pena (privativa de liberdade *ou* multa), deve escolher qual delas se ajusta ao caso concreto e ao acusado. Se cumulativa as penas (privativa de liberdade *e* multa), como ocorre nos crimes previstos na Lei de Drogas, ambas deverão ser aplicadas.

Na hipótese de incidência de mais de uma qualificadora, apesar de haver certa divergência, prevalece o entendimento de que uma delas deve ser utilizada para estabelecer o novo limite abstrato (o mínimo e o máximo da figura qualificada), ao passo que as demais devem ser levadas em consideração como circunstâncias agravantes, quando previstas legalmente, ou como circunstância judicial, subsidiariamente.[235]

Por fim, é importante registrar que não se admite que o juiz sentenciante altere o *quantum* de pena cominado a determinado delito a título de aplicação do princípio da isonomia (ou proporcionalidade). Também não é dado ao Poder Judiciário combinar previsões legais, criando uma terceira espécie normativa, não prevista no ordenamento, sob pena de ofensa ao princípio da Separação de Poderes e da Reserva Legal. Afinal, não há pena sem prévia cominação legal. A título de exemplo, algumas decisões recentes de tribunais estaduais vinham trabalhando com a possibilidade de modificação do *quantum* de pena pelo juiz em relação ao crime de furto qualificado, por entenderem que a duplicação da pena do crime de furto na hipótese de presença de uma qualificadora (CP, art. 155, § 4º) seria desproporcional quando confrontada com o crime de roubo, que se limita a autorizar o aumento da pena de 1/3 (um terço) a 1/2 (metade) – CP, art. 157, § 2º –, sobretudo se considerado que há circunstâncias semelhantes em ambos os delitos (v.g., concurso de duas ou mais pessoas). Perante os Tribunais Superiores, todavia, acabou prevalecendo o entendimento de que é inviável a aplicação, por analogia, da majorante prevista para o roubo circunstanciado pelo concurso de agentes para o furto qualificado em razão da norma expressa do § 4º do art. 155, já que a analogia, para o seu uso, pressupõe uma lacuna involuntária (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 4º), ausente na hipótese.[236]

42.1. Fixação da pena-base e preponderância da natureza e quantidade da droga, da personalidade e da conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

A fim de se estabelecer a pena-base, que não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo previsto pelo tipo penal incriminador, são levadas em consideração todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, as quais devem ser investigadas pelo juiz durante o curso da instrução probatória e, posteriormente, individualizadas e valoradas, na sentença. É por esse motivo, aliás, que o próprio CPP prevê que o interrogatório será constituído de duas partes: *sobre a pessoa do acusado* e sobre os fatos (art. 187, *caput*).

Tendo em conta que todas as circunstâncias judiciais, em conjunto ou isoladamente consideradas, podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, impõe-se ao magistrado uma análise individualizada de cada uma delas, sendo insuficiente, portanto, considerações genéricas e superficiais. De todo modo, convém destacar que, na visão da jurisprudência majoritária, eventual deficiência na fundamentação da fixação da pena não acarreta a nulidade da decisão se aquela for fixada no mínimo legal, o que, no entanto, não impede a interposição de apelação pela acusação, objetivando a majoração da pena.[237]

Na hipótese de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP serem favoráveis ao acusado, a pena-base deve ser fixada no mínimo previsto no preceito secundário. Caso alguma circunstância seja desfavorável, deve afastar-se do mínimo; se, todavia, o conjunto for desfavorável, a pena pode se aproximar do chamado termo médio, representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimo e máximo. Na prática, como destaca Bitencourt, o cálculo tem início a partir do limite mínimo e só excepcionalmente, quando o conjunto

235. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 170.135/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/06/2011, DJe 28/06/2011; STJ, 6ª Turma, HC 202.035/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 02/06/2011, DJe 15/06/2011.

236. STF, 1ª Turma, HC 95.351/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21/10/2008, DJe 211 06/11/2008; STF, 2ª Turma, HC 92.628/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 19/08/2008, DJe 241 18/12/2008. Na mesma linha, de acordo com a súmula nº 442 do STJ, é inadmissível aplicar no furto qualificado pelo concurso de agentes a majorante do roubo.

237. Essa admissibilidade de aplicação da pena mínima sem fundamentação dá origem à chamada *política da pena mínima*, assim compreendido o costume judiciário reiterado no Brasil de se fixar a pena-base sempre no menor patamar possível como consequência da ausência de análise individualizada e fundamentada das circunstâncias judiciais.

das circunstâncias do art. 59 revelar especial gravidade, se justifica a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal.[238]

Atento às peculiaridades relacionadas aos crimes previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da Lei nº 11.343/06 estabelece que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, *a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*. Como se percebe, o dispositivo não determina que o juiz deixe de levar em consideração as circunstâncias judiciais indicadas pelo art. 59 do CP. Na verdade, dispõe apenas que as circunstâncias ali ressalvadas deverão ter caráter preponderante. Vejamos, então, as circunstâncias preponderantes a que se refere o art. 42 da Lei de Drogas:[239]

a) **natureza e quantidade da substância ou do produto**: como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. De fato, não se pode equiparar a conduta daquele indivíduo que é flagrado trazendo consigo um quilograma de maconha com a daquele que é preso com um quilograma de cocaína, já que esta droga tem um caráter viciante e destrutivo bem mais elevado que aquela. Nesse contexto, como decidiu o STJ, "cuidando-se de tráfico de entorpecentes, a expressiva quantidade e o tipo da droga (55 cápsulas contendo aproximadamente 785 gramas de cocaína, sabidamente de alto potencial viciante), a forma de acondicionamento (em cápsulas envoltas em papel carbono para dificultar a localização e ingeridas pelo paciente) e as graves consequências do crime, constituem motivação idônea para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta".[240] Para a 2ª Turma do STF, o grau de pureza da droga é irrelevante para fins de dosimetria da pena. Desse modo, revela-se desnecessária a realização de laudo pericial para fins de aferir a pureza da droga apreendida para que seja possível verificar a dimensão do perigo a que exposta a saúde pública, de modo que a reprimenda fosse proporcional à potencialidade lesiva da conduta. Afinal, de acordo com a Lei n. 11.343/06, preponderam apenas a *natureza e a quantidade* da droga apreendida para o cálculo da dosimetria da pena;[241]

b) **personalidade**: funciona como a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Nesta circunstância, incumbe ao juiz aferir a boa (ou má) índole do acusado, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter, de modo a se verificar se o crime constitui (ou não) um episódio acidental em sua vida. A despeito de haver certa controvérsia, prevalece o entendimento de que atos infracionais praticados pelo acusado durante a menoridade podem servir para a análise da personalidade do agente, raciocínio este que também se aplica a eventuais infrações penais por ele cometidas após o crime objeto do processo sob julgamento. Havendo registros criminais já considerados na primeira e na segunda fase de fixação da pena (maus antecedentes e reincidência), essas mesmas condenações não podem ser valoradas para concluir que o agente possui personalidade voltada à criminalidade, sob pena de indevido *bis in idem*;[242]

c) **conduta social:** diz respeito ao comportamento do agente no meio em que vive, abrangendo sua conduta no ambiente de trabalho, nos momentos de lazer, no âmbito de seu lar, etc. Não se confunde com os antecedentes, já que estes estão separados da conduta social pelo próprio art. 59 do CP. Para os tribunais superiores, o fato de o acusado ser usuário de drogas não pode ser considerado como má-conduta social para o aumento da pena-base.[243]

238. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 675.

239. Para o STJ, o juiz pode fixar inclusive regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o *quantum* da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 513.455/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25/06/2019, DJe 05/08/2019; STJ, 5ª Turma, AgInt no AREsp 1.503.628/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/06/2019, DJe 05/08/2019; STJ, 6ª Turma, HC 492.114/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/06/2019, DJe 01/07/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.799.931/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21/05/2019, DJe 27/05/2019.

240. STJ, 5ª Turma, HC 84.269/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11/12/2007, DJ 25/02/2008 p. 340. Admitindo a fixação da pena-base acima do mínimo legal em virtude da natureza altamente nociva da droga apreendida: STF, 1ª Turma, HC 107.274/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/04/2011, DJe 75 19/04/2011. No sentido de que a grande quantidade de substância entorpecente apreendida funciona como circunstância judicial que justifica, por si só, o aumento da pena-base acima do mínimo legal: STJ, 5ª Turma, REsp 1.154.486/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/09/2010, DJe 04/10/2010. Com entendimento semelhante: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 849.703/SP, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG – j. 29/04/2008, DJe 19/05/2008. STF, 1ª Turma, RHC 105.700/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/04/2011, DJe 86 09/05/2011. No sentido de que a apreensão de aproximadamente 26 g (vinte e seis gramas) de maconha não é quantidade suficiente capaz de justificar a elevação da pena-base acima do mínimo legal: STJ, 5ª Turma, HC 167.292/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/09/2010, DJe 04/10/2010.

241. STF, 2ª Turma, HC 132.909/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15/03/2016. No sentido de que, para fins de fixação da pena, não há necessidade de se aferir o grau de pureza da substância apreendida, uma vez que o art. 42 da Lei n. 11.343/06 estabelece como critérios a 'natureza e a quantidade da substância': STJ, 6ª Turma, RHC 63.295/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/11/2015, DJe 03/12/2015; STJ, 5ª Turma, RHC 57.547/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 14/04/2015, DJe 22/04/2015; STJ, 5ª Turma, RHC 53.368/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/11/2014, DJe 03/12/2014.

242. STJ, 5ª Turma, HC 165.089/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/10/2012.

243. STJ, 6ª Turma, HC 201.453/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 02/02/2012, DJe 21/03/2012.

Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

43. FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA.[244].

Inicialmente, deve ser fixado o número de dias-multa, de acordo com o mínimo e o máximo previstos no próprio preceito secundário do tipo penal incriminador. Nesse ponto, diversamente da sistemática adotada pelo Código Penal, que simplesmente faz referência à "multa", já consta da própria Lei de Drogas a quantidade mínima e máxima de dias-multa para cada tipo penal. A título de exemplo, a pena de multa prevista para o crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, deve ser fixada pelo juiz entre *500 (quinhentos) e 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa*. Para tanto, o art. 43 da Lei de Drogas deixa claro que o magistrado deverá se valer precipuamente dos critérios enumerados pelo art. 42, quais sejam, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Na sequência, deve o juiz atribuir o valor a cada dia-multa, o qual deve ser fixado em valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo. Nesse caso, o critério orientador do juiz para fixação do valor de cada dia-multa é a capacidade econômica do acusado. Ao contrário da antiga Lei de Drogas, que dispunha que a pena pecuniária teria como referência os valores do dia-multa que vigorassem à época do fato (revogada Lei nº 6.368/76, art. 38, § 3º), a Lei nº 11.343/06 silencia acerca do assunto. Sem embargo desse silêncio, como o princípio da legalidade determina que a lei que instituiu o crime e a respectiva pena deve ser anterior ao fato delituoso que se pretende punir, é certo concluir que a multa deve ser fixada levando-se em consideração o valor do salário mínimo vigente à época do crime, aplicando-se, subsidiariamente, o quanto disposto no art. 49, § 1º, do CP.

Após a fixação do valor de cada dia-multa, basta ao magistrado multiplicar esse montante pelo número de dias-multa, encontrando, enfim, a pena de multa a ser aplicada. Nesse caso, se o juiz entender que, mesmo que aplicadas no máximo, o valor fixado seria ineficaz em virtude da situação econômica do acusado, poderá aumentá-la até o décuplo.

Outrossim, quando se tratar de concurso de crimes – concurso material, formal ou crime continuado –, as multas devem ser aplicadas cumulativamente. Logo, mesmo para as hipóteses de concurso de crimes em que as penas privativas de liberdade devem ser apenas majoradas – concurso formal próprio e crime continuado –, as multas serão sempre somadas. Nesse sentido, basta atentar para a própria redação do art. 43, parágrafo único, da Lei de Drogas, que diz textualmente que, em caso de concurso de crimes, as multas serão *sempre impostas cumulativamente*.

Quanto à possibilidade de fixação do valor do dia-multa atrelado ao do salário mínimo, não há falar em suposta violação ao art. 7º, IV, da Constituição Federal, que prevê que é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Na verdade, como bem observa a doutrina, a norma constitucional em questão visa evitar que o salário mínimo seja utilizado como indexador econômico, impedindo que, a cada aumento do piso salarial, subissem, proporcionalmente, os preços de produtos e serviços, tornando inócua a elevação do mínimo. Essa a finalidade da regra (interpretação teleológica), a qual não resulta vulnerada com a determinação de que o dia-multa seja calculado a partir do salário mínimo.[245]

Como a Lei de Drogas nada dispõe em relação à destinação da multa regulamentada pelo art. 43 – de se notar que, em relação à multa prevista para o crime de porte de drogas para consumo pessoal, há disposição expressa no sentido de que tal valor será creditado à conta do Fundo Nacional Antidrogas –, o ideal é concluir que, nesse caso, deve ser aplicada a regra geral do art. 49, *caput*, do Código Penal, sendo seu valor destinado ao

244. A pena de multa cujo procedimento é regulamentado pelo art. 43 da Lei de Drogas não se confunde com aquela multa coercitiva prevista para a hipótese de descumprimento das penas cominadas ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Para mais detalhes acerca desta multa coercitiva, remetemos o leitor aos comentários feitos aos arts. 28 e 29 da Lei de Drogas.

245. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 250. Nesse contexto, a súmula vinculante nº 4 do Supremo dispõe: "Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial".

Fundo Penitenciário Nacional, criado pela Lei Complementar nº 79/1994 e regulamentado pelo Decreto nº 1.093/1994.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

44. VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE DIVERSOS BENEFÍCIOS.

O art. 44, *caput*, da Lei de Drogas veda a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, sursis, graça, indulto,[246] anistia e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da referida Lei, sendo que seu parágrafo único dispõe que a concessão do livramento condicional para condenados por tais delitos poderá se dar apenas depois do cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Todas essas vedações, de duvidosa constitucionalidade, foram estudadas por ocasião da análise dos arts. 2º e 5º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Para evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos referidos tópicos.

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

45. INIMPUTABILIDADE.

A verificação do estado de saúde mental do acusado é de fundamental importância, seja para aferir a capacidade de culpabilidade do acusado (imputabilidade), seja para o próprio prosseguimento do processo penal. Afinal, se constatado que o acusado era, *ao tempo da conduta delituosa*, incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado (CP, art. 26, *caput*), deve ser reconhecida sua inimputabilidade, dispondo o CPP que a ele deve ser aplicada medida de segurança por meio de sentença absolutória imprópria (art. 386, parágrafo único, III). Por outro lado, se os problemas de saúde mental do acusado vierem à tona *durante o curso da persecução penal*, e não à época do crime, dispõe o art. 152 do CPP que o processo penal deverá permanecer suspenso até que o acusado se restabeleça.

Fundamentalmente, são 3 (três) os sistemas utilizados para se aferir a capacidade de culpabilidade do acusado:

a) **critério biológico**: exige-se apenas a presença de uma causa biológica deficiente para que o acusado seja considerado inimputável. Para fins de fixação da inimputabilidade, a Constituição Federal adotou o sistema biológico apenas em relação ao menor de 18 (dezoito) anos, que é considerado inimputável por presunção legal, ainda que dotado de plena capacidade de entender o caráter capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (CF, art. 228, c/c art. 27 do CP). Para este, o ordenamento jurídico reserva a aplicação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90);

b) **critério psicológico**: ainda que o acusado não seja portador de qualquer causa biológica anormal, será considerado inimputável se restar comprovado que, à época da ação ou omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato (elemento cognitivo) ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (elemento volitivo);

c) **critério biopsicológico**: resulta da fusão dos dois sistemas anteriores, o que significa dizer que, para além da comprovação de doença mental ou

246. É vedada a concessão de indulto aos condenados por crime hediondo ou crime a ele equiparado, entre os quais se insere o delito de tráfico previsto no art. 33, *caput* e §1º da Lei n. 11.343/06, afastando-se a referida vedação na hipótese de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da mesma Lei, uma vez que a figura do tráfico privilegiado é desprovida de natureza hedionda. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 477.280/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/02/2019, DJe 26/02/2019; STJ, 5ª Turma, HC 480.309/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12/02/2019, DJe 19/02/2019; STJ, 6ª Turma, HC 458.735/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/10/2018, DJe 23/10/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 437.421/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 12/06/2018, DJe 19/06/2018.

desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é indispensável a demonstração de que, à época do crime, fora suprimida a capacidade do agente de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com esse entendimento (momento volitivo). À exceção dos menores de 18 (dezoito) anos, em relação aos quais é utilizado o critério biológico, o Código Penal adota o sistema biopsicológico como regra (CP, art. 26, *caput*).

Nos mesmos moldes que o Código Penal, a Lei de Drogas também adota o critério biopsicológico. Por consequência, para o reconhecimento da inimputabilidade, o art. 45 da Lei nº 11.343/06 impõe a presença cumulativa dos seguintes requisitos: a) *causa biológica*: deve restar comprovado que o acusado era dependente químico, o que se equipara à doença mental para efeito de gerar a inimputabilidade, ou que agiu sob o efeito de droga, proveniente de caso fortuito ou força maior; b) *consequência psicológica*: deve ser demonstrado que o acusado era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; c) *requisito temporal*: a consequência psicológica decorrente da causa biológica deve estar presente à época do crime.[247]

Nada diz a Lei nº 11.343/06 acerca do procedimento a ser utilizado para a avaliação de dependência do acusado. Diante desse silêncio, a solução passa pela aplicação subsidiária do regramento constante do Código de Processo Penal (arts. 149 a 154).

45.1. Instauração do incidente.

Quando houver *dúvida sobre a integridade mental* do acusado, o juiz ordenará que o acusado seja submetido a exame médico-legal (CPP, art. 149, *caput*). Essa dúvida sobre a integridade mental do acusado, capaz de autorizar a instauração do incidente de insanidade mental, refere-se ao seu estado de saúde mental tanto à *época do fato delituoso* quanto ao *momento atual*, isto é, durante o curso do inquérito policial ou do processo judicial.

Ainda que outras provas indiquem a necessidade de realização do exame (v.g., certidão de interdição), jamais poderão suprir esta prova pericial. Afinal, levando-se em consideração que o Código Penal e a Lei de Drogas adotam, em regra, o sistema biopsicológico para o reconhecimento da imputabilidade (CP, art. 26, *caput*, e art. 45 da Lei nº 11.343/06), é de fundamental importância aferir não só a presença de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou dependência química, mas também se, por conta disso, teve o acusado suprimida sua capacidade de entendimento e de autodeterminação à época do fato delituoso. Nesse sentido, como já se pronunciou o STJ, "a conclusão do laudo pericial, ora acostado aos autos, produzido no processo de interdição civil do acusado, é válido apenas em relação aos atos de sua vida civil, não sendo capaz de isentá-lo da culpabilidade penal. Tal dúvida somente será solucionada após a realização correta do incidente de sanidade mental do acusado, o qual ainda não se efetivou por culpa exclusiva do paciente.[248]

Para que seja determinada a realização desse exame, que pode ser feito tanto na fase investigatória, quanto no curso do processo judicial, é imprescindível que haja fundada dúvida a respeito da higidez mental do acusado, seja em razão da superveniência de enfermidade no curso do processo, seja pela presença de indícios plausíveis de que, ao tempo dos fatos, era ele incapaz de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Logo, se o juiz não detectar qualquer anormalidade no interrogatório do acusado ou mesmo durante a instrução processual que justifique a instauração do incidente de sanidade mental, não há necessidade de realização do referido exame.[249]

Portanto, não basta que o acusado se refira à dependência no interrogatório para se tornar necessária a realização do exame de dependência toxicológica. Cabe ao magistrado verificar a sua real necessidade, indeferindo a sua realização de forma fundamentada. Em outras palavras, a simples declaração do réu de ser dependente de drogas não obriga o juiz do processo a determinar a realização do exame toxicológico, cabendo ao julgador aferir a real necessidade de sua realização para a formação de sua convicção em cada caso concreto, dentro de sua discricionariedade regrada.[250]

247. Nesse contexto: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 234.

248. STJ, 5ª Turma, HC 49.767/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07/03/2006, DJ 03/04/2006 p. 384.

249. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, HC 60.977/ES, Rel. Min. Og Fernandes, j. 25/10/2011, DJe 14/11/2011. Hidejalma Muccio cita outros exemplos de provas que geram certa dúvida quanto à higidez mental do acusado: "existência de anteriores exames médicos dando mostras de algum tipo de anomalia mental; comportamento anormal do agente, seja na cela onde se encontra encarcerado, seja na prática dos atos do inquérito policial ou do processo, seja quando interrogado pela autoridade policial ou judiciária". *(Curso de processo penal.* 2ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 728).

250. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, HC 51.619/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 09/11/2006, DJ 11/12/2006 p. 426. Em sentido semelhante: STJ, 6ª Turma, HC 148.585/SP, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 28/04/2011, DJe 11/05/2011.

Para a realização do exame, não há necessidade de internação compulsória do acusado, que deverá comparecer à perícia médico-legal quando for convocado. No entanto, evidenciada a necessidade da medida para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de novas infrações penais (CPP, art. 282, I), se se tratar de acusado inimputável ou semi-imputável que tiver praticado crime com violência ou grave ameaça, e houver risco de reiteração, é plenamente possível a decretação de sua internação provisória, nos termos do art. 319, VII, do CPP.

O exame médico-legal destinado a aferir a presença de doença mental só pode ser determinado pela autoridade judiciária. Portanto, se, em regra, a autoridade policial pode determinar a realização de toda e qualquer perícia, em se tratando de exame de insanidade mental, há necessidade de prévia autorização judicial. Nesse sentido, aliás, o art. 149, § 1º, do CPP, dispõe que o exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

À primeira vista, a Lei de Drogas dá a impressão de que apenas o exame pericial seria adequado para atestar a inimputabilidade do acusado, já que o art. 45, parágrafo único, dispõe que o juiz deve absolver o acusado quando reconhecer, *por força pericial*, que este apresentava, à época do fato, as condições referidas no art. 45, *caput*, da referida Lei. É bem verdade que, para fins de comprovação da causa biológica atinente à dependência química, é indispensável a realização do exame pericial. No entanto, como se trata de um estado passageiro, e não duradouro como a dependência química, dificilmente poderão os peritos atestar, em uma análise posterior, que, à época do crime, o acusado agira sob o efeito de droga, muito menos que esta condição biológica decorrera de caso fortuito ou força maior. Por isso, para fins de comprovação de que o acusado encontrava-se sob o efeito de droga, proveniente de caso fortuito (v.g., sujeito toma uma bebida que contém certo tipo de droga não aparente, por ter sido enganado por terceiro) e força maior (v.g, injeta-se cocaína à força em alguém), é perfeitamente possível a utilização de outros meios de prova, tais como o depoimento de testemunhas ou um exame clínico. Esta conclusão é corroborada pelo quanto disposto no art. 56, § 2º, da Lei de Drogas, que se refere à realização de avaliação apenas *para atestar dependência de drogas*.

Determinada a realização do exame pericial, deve o juiz nomear curador ao acusado, que pode ser o próprio defensor constituído ou nomeado. Antevendo a possibilidade de o acusado ser considerado incapaz, há necessidade da presença de curador, sob pena de os atos processuais serem posteriormente considerados inválidos.

Durante a tramitação do incidente de insanidade mental do acusado, dispõe o CPP (art. 149, § 2º) que o processo penal ficará suspenso, se já iniciada a ação penal, pelo menos até a apresentação do laudo pericial. No entanto, em sentido diverso, a Lei de Drogas deixa transparecer que não há necessidade de sobrestamento do processo. Com efeito, consoante disposto no art. 56 da Lei nº 11.343/06, recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais, dentre os quais podemos incluir o laudo do exame de (in) sanidade mental. De seu turno, o art. 56, § 2º, da Lei de Drogas, determina que a audiência acima referida deve ser realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias. Como se percebe, a Lei de Drogas não faz qualquer referência à necessidade de suspensão do processo penal, tanto que determina a citação do acusado e a intimação das partes para comparecerem à audiência, a qual deve ser realizada em 90 (noventa) dias caso tenha sido determinada a realização de exame de sanidade mental. Aliás, nesse ponto, há mais uma diferença da Lei de Drogas em relação ao CPP: neste, o prazo para a realização do exame é de 45 (quarenta e cinco) dias (CPP, art. 150, § 1º), ao passo que, na Lei nº 11.343/06, este prazo é de 90 (noventa) dias.

Não obstante o caráter técnico do exame de insanidade mental, o juiz não está vinculado à conclusão pericial, podendo aceitá-la ou rejeitá-la, no todo ou em parte, nos termos do art. 182 do CPP. Com efeito, o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo firmar sua convicção com base na narrativa dos autos e em outros documentos a eles acostados, afinal, ele é sempre o perito dos peritos, ou o "*peritus peritorum*".[251]

45.2. Conclusão do incidente de insanidade mental.

São várias as possíveis conclusões a que pode chegar o juiz ao final do incidente de insanidade mental, a depender da conclusão do laudo pericial

251. Nesse contexto: STF, 2ª Turma, RHC 120.052/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 10/12/2013, DJe 31/01/2014.

e do momento do acometimento da dependência de drogas. Vejamos, separadamente, cada uma delas:

1. **Ausência de dependência:** se o laudo pericial atestar a normalidade mental do acusado à época do fato delituoso e durante o curso da persecução penal, os autos do incidente de insanidade mental deverão ser apensados aos autos do processo principal, determinando o juiz o prosseguimento normal do processo, sem que haja necessidade de manutenção do curador anteriormente nomeado. Ao final do processo, o acusado pode ser condenado ou absolvido, porém não será possível a aplicação de medida de segurança, porquanto reconhecida sua imputabilidade;

2. **Dependência química à época do fato delituoso:** se o perito oficial concluir que o acusado era dependente de drogas ao tempo da ação, o processo terá prosseguimento, com a presença de curador. Por ocasião da sentença, há 3 (três) possibilidades:

2.1. Presença de dependência de drogas à época do fato delituoso, capaz de suprimir por completo (inimputabilidade) ou de apenas diminuir a capacidade de entendimento ou de autodeterminação de acusado (semi-imputabilidade) acobertado por causa excludente da tipicidade, ilicitude ou da própria culpabilidade, desde que diversa da inimputabilidade: por mais que o laudo de insanidade mental tenha concluído que o acusado é inimputável (Lei nº 11.343/06, art. 45, caput) ou semi-imputável (Lei nº 11.343/06, art. 46), para que seja possível a aplicação de medida de segurança, incumbe ao magistrado verificar, antes, se houve a prática de conduta típica e ilícita. A título de exemplo, caracterizada a insignificância da conduta delituosa, dar-se-á a absolvição do acusado com fundamento no art. 386, III, do CPP. Reconhecido que agente inimputável praticou determinado fato típico sob o amparo de causa excludente da ilicitude, deve o juiz absolvê-lo com base no art. 386, VI, do CPP. Em ambos os exemplos, como se trata de sentença absolutória própria, ao acusado não será imposto o cumprimento de medida de segurança. Portanto, para que seja cabível a aplicação de medida de segurança, é indispensável que a absolvição do agente decorra exclusivamente da inimputabilidade, e não de uma causa justificante ou exculpante de outra natureza. Na verdade, somente será possível a aplicação de medida de segurança ao inimputável ou ao semi-imputável quando, na mesma hipótese, houvesse fundamento para a condenação de agente imputável. Nesse contexto, como destaca Bitencourt, a aplicação de medida de segurança depende do preenchimento dos seguintes pressupostos:[252]

a) prática de fato típico punível: é indispensável que o agente inimputável tenha praticado fato típico e ilícito, e que não estejam presentes causas excludentes da culpabilidade diversas da inimputabilidade, tais como o erro de proibição inevitável, a coação moral irresistível, a obediência hierárquica;

b) periculosidade do agente, compreendida como um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade, ou seja, um juízo de probabilidade de que o agente voltará a delinquir, podendo ser de duas espécies: periculosidade presumida, quando o agente for inimputável, nos termos do art. 26, *caput*, ou periculosidade real (ou judicial), reconhecida pelo juiz quando se tratar de agente semi-imputável (CP, art. 26, parágrafo único), e o juiz constatar a necessidade de especial tratamento curativo;

c) ausência de imputabilidade plena: o agente imputável não pode sofrer medida de segurança, somente pena. O agente semi-imputável só estará sujeito à medida de segurança excepcionalmente, e desde que comprovado que necessita de especial tratamento curativo, caso contrário, também ficará sujeito somente à pena.

2.2. Presença de dependência de drogas ao tempo da ação ou omissão, capaz de suprimir por completo a capacidade de entendimento ou de autodeterminação do acusado autor de fato típico e ilícito: reconhecida a inimputabilidade do acusado, nos termos do art. 45, caput, da Lei nº 11.343/06, se o juiz estiver convencido de que o agente inimputável praticou conduta típica e ilícita, seja qual for o delito por ele praticado (previsto ou não na Lei de Drogas), deve proferir uma decisão de absolvição. Nesse caso, todavia, a Lei de Drogas não determina o cumprimento obrigatório de medida de segurança, consistente em internação hospitalar ou tratamento ambulatorial, consoante disposto no art. 386, parágrafo único, III, do CPP. Na verdade, partindo da premissa de que o tratamento médico não pode ser imposto como sanção e que só terá o condão de produzir efeitos se o agente a ele se sujeitar voluntariamente, o art. 45, parágrafo único, da Lei de Drogas, dispõe que, reconhecida a inimputabilidade do acusado em virtude de dependência de drogas, o juiz poderá determinar o seu encaminhamento

252. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1.* 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 783.

para tratamento médico. Reconhecida a inimputabilidade do acusado em virtude da dependência de drogas, são as peculiaridades do caso concreto que irão determinar a necessidade de imposição de tratamento médico. Portanto, considerando que o fundamento da medida de segurança é a periculosidade do agente, é plenamente possível que o juiz profira uma decisão de absolvição própria, sem que o acusado seja submetido a tratamento compulsório, ou uma decisão de absolvição imprópria, determinando a aplicação da internação ou de tratamento ambulatorial mediante criteriosa análise das características pessoais do agente, devidamente analisadas pelo laudo pericial.

Outrossim, na hipótese de acusado que praticou o fato delituoso sob o efeito de droga proveniente de caso fortuito ou força maior, e que, por isso, teve suprimida a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, também se impõe a prolação de um decreto absolutório. Porém, nesse caso, como se trata de ingestão não voluntária de psicotrópico, fruto de ignorância (caso fortuito), ou coação (força maior), não há necessidade de se impor tratamento médico ao acusado, que tem aplicação restrita aos dependentes químicos.

45.3. Crime cometido por índios.

Pelo menos em regra, não há necessidade de laudo antropológico para aferir o grau de integração do índio à sociedade, notadamente quando o acusado, embora pertencente à determinada etnia indígena, apresentar-se perante o magistrado plenamente capacitado para responder às perguntas que lhe forem formuladas em seu interrogatório, demonstrando-se ciente da imputação que pesa sobre sua pessoa. De outro lado, na hipótese de se tornar necessária a realização do exame pericial, há de se aferir o grau de imputabilidade do acusado, vez que, na hipótese de índio mantido totalmente afastado da zona urbana, é possível que o perito conclua que se trata de pessoa dotada de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Nessa linha, em caso concreto envolvendo índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo, concluiu a 1ª Turma do Supremo ser dispensável o exame antropológico destinado a aferir seu grau de integração na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida no grupo, entre outros elementos de convicção.[253]

> **Art. 46.** As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

46. SEMI-IMPUTABILIDADE.

É perfeitamente possível que, à época do crime, a despeito da dependência química, ou do efeito de droga proveniente de caso fortuito ou força maior, não estivesse o acusado inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nesse caso, reconhecida a semi-imputabilidade do acusado, o processo penal seguirá seu curso normal. Ao final do feito, se o juiz estiver convencido de que o semi-imputável praticou conduta típica e ilícita, deve proferir sentença condenatória, fazendo incidir a causa de diminuição de pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Reconhecida a semi-imputabilidade do acusado, o Juiz não pode aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 46 da Lei 11.343/2006 em seu grau mínimo (1/3) sem expor qualquer dado substancial, em concreto, que justifique a adoção dessa fração. A diminuição da pena, nessa situação, deve ser avaliada de acordo com o grau de deficiência intelectiva do réu, vale dizer, de sua capacidade de autodeterminação. Nesse contexto, a ausência da justificativa para aplicação do redutor em seu grau mínimo viola o princípio do livre convencimento motivado, malferindo o disposto no art. 93, IX, da CF.[254]

> **Art. 47.** Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

253. STF, 1ª Turma, HC 85.198/MA, Rel. Min. Eros Grau, j. 17/11/2005, DJ 09/12/2005.

254. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 167.376/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 23/09/2014.

47. TRATAMENTO MÉDICO.

Ao contrário do que ocorre no Código Penal, cujo art. 98 prevê a possibilidade de o juiz substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança, a Lei de Drogas dispõe em seu art. 47 que, atestada a necessidade de tratamento médico, a assistência à saúde deve ser prestada ao condenado pelo respectivo sistema penitenciário. Nesse sentido, consoante disposto no art. 26 da Lei nº 11.343/06, o usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

Se o acusado estiver cumprindo pena em regime fechado, este tratamento médico deve ser prestado no próprio estabelecimento prisional. No entanto, há precedentes do Supremo admitindo a internação em clínica particular para tratamento de dependentes químicos, *in verbis:* "A mera acusação penal por suposta prática do delito de tráfico de entorpecentes não impede que o Poder Judiciário, atento às peculiaridades do caso e às conclusões técnicas dos peritos oficiais do Juízo, assegure, excepcionalmente, ao réu – cuja condição de semi-imputável e de usuário-dependente de múltiplas drogas está pericialmente comprovada no processo penal de conhecimento – a internação em clínica médica particular especializada, desde que tal internação, sem qualquer ônus financeiro para o Estado, seja reconhecida como estritamente necessária ao tratamento do paciente (que se acha cautelarmente privado de sua liberdade), e o Poder Público não disponha de condições adequadas e satisfatórias para dispensar, no âmbito do sistema prisional, essa mesma assistência médica de caráter especializado".[255]

O fato de a Lei de Drogas permitir que esse tratamento médico seja prestado no próprio estabelecimento carcerário de modo algum implica no ressurgimento do sistema do duplo binário, por força do qual era aplicada pena e medida de segurança.[256] Afinal, não se pode confundir as medidas de segurança próprias do Código Penal com o tratamento médico a que se refere o art. 47 da Lei nº 11.343/06: enquanto aquelas buscam, primordialmente, o controle da periculosidade do inimputável, este tem como único objetivo o controle da dependência química.

CAPÍTULO III
DO PROCEDIMENTO PENAL

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

48. PROCEDIMENTO PENAL.

Os procedimentos são divididos em duas grandes classes: os comuns e os especiais (CPP, art. 394, *caput*).

Procedimento comum é o rito padrão previsto no CPP para ser aplicado subsidiariamente, ou seja, é o procedimento a ser utilizado para as infrações penais que não possuem procedimento especial

255. STF, 2ª Turma, HC 83.657/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30/03/2004, DJ 23/04/2004.

256. O sistema do duplo binário (ou cumulativo) aplicava conjuntamente pena e medida de segurança aos imputáveis e semi-imputáveis. Contrapõe-se ao sistema vicariante, adotado pelo Código Penal a partir da reforma da Parte Geral pela Lei nº 7.209/84, no qual se aplica uma das espécies de sanção penal, ou pena ou medida de segurança.

previsto em lei. É nesse sentido, aliás, o teor do art. 394, § 2º, do CPP, que prevê que "aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposição em contrário do CPP ou de lei especial". Subdivide-se em ordinário, sumário e sumaríssimo, de acordo com a quantidade de pena cominada em abstrato ao delito, independentemente de sua natureza (reclusão ou detenção), nos termos do art. 394, § 1º, do CPP.

Procedimento especial é aquele previsto no CPP ou em leis especiais para hipóteses específicas, incorporando regras próprias de tramitação do feito de acordo com as peculiaridades da infração penal. É o que ocorre com a Lei de Drogas, cujo art. 48, *caput*, dispõe expressamente que o procedimento relativo aos processos por crimes definidos no Título que trata "Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas" rege-se pelo disposto no Capítulo III, sem prejuízo da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.[257]

A aplicação desse procedimento especial regulamentado entre os arts. 50 e 59 da Lei de Drogas está restrita aos crimes previstos no Título IV da Lei de Drogas cuja pena máxima seja superior a dois anos, pouco importando sua natureza, se de reclusão ou detenção. Afinal, na hipótese de a pena máxima prevista para um desses crimes ser igual ou inferior a 2 (dois) anos, como ocorre, por exemplo, com o crime do art. 38, cuja pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, este delito passa a ser considerado infração de menor potencial ofensivo, sujeito, pois, ao procedimento sumaríssimo constante da Lei nº 9.099/95.

Em síntese, pode-se dizer que os crimes previstos na Lei de Drogas estão sujeitos a dois procedimentos distintos, a depender do *quantum* de pena a eles cominado:

1) As infrações de porte de drogas (art. 28, *caput)* e cultivo (art. 28, § 1º) para consumo pessoal, compartilhamento (art. 33, § 3º) e prescrição culposa (art. 38), são consideradas infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.099/95, daí por que devem ser processadas e julgadas pelo Juizado Especial Criminal, com a sujeição ao procedimento comum sumaríssimo, com as ressalvas previstas nos parágrafos do art. 48 da Lei nº 11.343/06 em relação ao porte de drogas para consumo pessoal;

2) Os crimes de tráfico e cultivo de drogas (art. 33, *caput*, e § 1º), induzimento, instigação e auxílio ao uso indevido de droga (art. 33, § 2º), maquinário destinado à produção de drogas (art. 34), associação para fins de tráfico (art. 35), financiamento do tráfico (art. 36), colaboração como informante (art. 37) e condução de embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, nas formas simples e qualificada (art. 39, e parágrafo único), todos com pena máxima superior a 2 (dois) anos, são da competência das Varas especializadas em drogas ou das Varas comuns, e estão sujeitos ao procedimento especial da Lei de Drogas, previsto nas Seções I e II do Capítulo III do Título IV (arts. 50 a 59), sem prejuízo da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.[258]

O art. 48, § 1º, da Lei de Drogas, deixa claro que não será possível a aplicação do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, quando os crimes de porte e cultivo de drogas para consumo pessoal forem praticados em concurso com os tipos penais dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343/06. O dispositivo guarda relação com o preceito constante do art. 60, *caput*, da Lei nº 9.099/95, que dispõe: "O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, *respeitadas as regras de conexão e continência*".

Por consequência, se os crimes de porte ou cultivo de drogas forem praticados em conexão (ou continência) com outra infração penal, prevista ou não na Lei de Drogas, cujas penas máximas somadas (ou majoradas), sejam superior a 2 (dois) anos, deverão ser observadas as regras do art. 78 do CPP para se saber qual o juízo competente. Caso, em virtude da aplicação das regras do art. 78 do CPP, venha a ser estabelecida a competência do juízo comum ou do tribunal do júri para julgar também a infração de menor potencial ofensivo, afastando, portanto, o procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados Especiais Criminais, isso não impedirá a aplicação dos institutos despenalizadores em relação à infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

257. Para mais detalhes acerca do procedimento a ser adotado quando houver conexão entre o tráfico de drogas, sujeito ao procedimento especial previsto entre os arts. 50 e 59 da Lei de Drogas, e outro delito sujeito ao procedimento comum (v.g., roubo, lavagem de capitais), remetemos o leitor ao Capítulo referente à Lei de Lavagem de Capitais, mais especificamente aos comentários feitos ao art. 2º da Lei nº 9.613/98, no tópico "21.1. Procedimento no caso de crimes conexos".

258. Como será visto nos próximos tópicos, este procedimento especial para os casos de tráfico de drogas pode ser assim sintetizado: 1) oferecimento da denúncia; 2) notificação do acusado; 3) oferecimento de defesa preliminar; 4) possível oitiva do Ministério Público, caso tenham sido juntadas provas das quais a acusação não tinha ciência; 5) apreciação da defesa preliminar; 6) possível realização de diligências determinadas de ofício pelo juiz; 7) juízo de admissibilidade da peça acusatória, que pode ser recebida ou rejeitada; 8) possível absolvição sumária 9) citação do acusado; 10) audiência una de instrução e julgamento.

Em síntese, pode-se dizer que:

a) cometido de maneira isolada o crime de porte ou de cultivo de drogas para consumo pessoal, a competência será do Juizado Especial Criminal. Na hipótese de houverem sido praticados outros crimes em conexão ou continência com essa infração de menor potencial ofensivo, deverão ser observadas as regras do art. 78 do CPP, para se saber qual o juízo competente;

b) caso, em virtude da aplicação das regras do art. 78 do CPP, venha a ser estabelecida a competência do juízo comum ou do tribunal do júri para julgar também a infração de menor potencial ofensivo, afastando, portanto, o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, isso não impedirá a aplicação dos institutos despenalizadores em relação ao porte e cultivo de drogas para consumo pessoal, desde que preenchidos seus pressupostos legais;

c) na hipótese de o crime de porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal ser praticado em conexão com um dos tipos penais dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343/06, a competência para o julgamento de ambos os delitos será das Varas Especializadas em Drogas, com a aplicação do procedimento especial previsto entre os arts. 50 a 59 da Lei de Drogas, sem prejuízo da aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 ao crime do art. 28.

Nessa hipótese, o juízo com força atrativa – juízo comum ou Tribunal do Júri – deve, pelo menos em regra, designar uma audiência preliminar para fins de aplicação desses institutos despenalizadores quanto à infração de menor potencial ofensivo. Efetivada a transação penal em relação ao porte de drogas para consumo pessoal, o Ministério Público oferecerá denúncia apenas em relação ao crime que exerceu a *vis atractiva*. Frustrada a transação penal, a denúncia também irá abranger a infração de menor potencial ofensivo. Se, no entanto, mesmo antes da realização da audiência preliminar, o Ministério Público oferecer denúncia em face do acusado pela prática de ambos os delitos, manifestando-se contrariamente à concessão da proposta de transação penal, estará prejudicada a realização da audiência preliminar, devendo o juiz determinar o prosseguimento do feito de acordo com o procedimento de maior amplitude.

48.1. Aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes de porte e cultivo de drogas para consumo pessoal.

O conceito de infração de menor potencial ofensivo abrange as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não a procedimento especial, ressalvadas as hipóteses envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ao dispor que o autor de qualquer das condutas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/06 – às quais são cominadas as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunicade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo – será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95, o art. 48, § 1º, da Lei de Drogas, deixa entrever que houve uma ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo, de modo a também abranger os crimes aos quais não seja cominada pena privativa de liberdade ou multa.

Esta ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo pela Lei nº 11.343/06 é plenamente compatível com a Constituição Federal. A uma porque é a própria Constituição (art. 98, I) que autoriza que o conceito de infração de menor potencial ofensivo seja fixado pelo legislador ordinário. A duas porque a Constituição Federal em momento algum exige que à infração de menor potencial ofensivo seja cominada exclusivamente pena privativa de liberdade ou de multa.

Além de compatível com a Constituição Federal, esta mudança produzida pela Lei de Drogas vem ao encontro do princípio da proporcionalidade. De fato, se a Lei dos Juizados considera que todas as contravenções e crimes com pena máxima não superior a 2 (dois) anos são infrações de menor potencial ofensivo, seria de todo desarrazoado e incongruente se o mesmo tratamento não fosse conferido às infrações que sequer preveem pena privativa de liberdade, como ocorre com as condutas delituosas do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

À primeira vista, como o art. 48, § 1º, da Lei nº 11.343/06, faz menção ao processamento dos crimes do art. 28 *na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95*, pode-se pensar que todos os dispositivos da Lei dos Juizados Especiais Criminais seriam aplicáveis a tais delitos. Porém, pelo fato de consistirem em crimes de perigo abstrato, sem uma vítima determinada, resta inviável a aplicação de alguns institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95. É o que ocorre, por exemplo, com a composição civil dos danos como causa extintiva da punibilidade e com a necessidade de representação. Como os delitos do art. 28 da Lei de Drogas têm sujeito passivo indeterminado, resulta inviável a composição civil dos danos, já que não haveria uma vítima determinada que pudesse buscar a reparação imediata dos prejuízos

causados pelo delito. Quanto à representação, para além da impossibilidade de se identificar uma vítima determinada que pudesse apresentá-la, o art. 88 da Lei nº 9.099/95 restringe a necessidade de oferecimento dessa condição específica da ação penal apenas aos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa. Logo, os delitos do art. 28 continuam sujeitos à regra geral (CP, art. 100, § 1º), ou seja, são crimes de ação penal pública incondicionada.

Portanto, os crimes de porte e cultivo de drogas para consumo pessoal devem ser processados e julgados perante os Juizados Especiais Criminais, e não pelas varas especializadas para o julgamento do tráfico de drogas. Esta separação dos acusados é assaz importante, porque haveria evidente retrocesso se essas varas especializadas passassem a cumular competência criminal para julgar em um mesmo ambiente jurisdicional atividades preventivas de cunho terapêutico, baseadas no modelo sistêmico restaurativo que é voltado ao acolhimento, à prevenção da reincidência, à atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas.

Apesar de a Lei nº 11.343/06 não fazer menção expressa à possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo aos crimes de porte e cultivo de drogas para consumo pessoal, não há qualquer óbice à aplicação desse instituto despenalizador aos crimes previstos na Lei de Drogas, não só às condutas delituosas do art. 28, mas a toda e qualquer infração penal à qual seja cominada pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano (v.g., art. 39, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Afinal, conquanto prevista na Lei dos Juizados Especiais Criminais, a aplicação da suspensão condicional do processo não está restrita às infrações de menor potencial ofensivo. Tanto é verdade que o próprio art. 89 da Lei nº 9.099/95 dispõe que tal benefício poderá ser aplicado aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) anos, *abrangidas ou não por esta Lei.*

Especificamente em relação à aplicação da suspensão condicional do processo aos crimes de porte e cultivo de drogas para consumo pessoal, a doutrina adverte que as condições do *sursis* processual não podem ser mais gravosas que as próprias penas previstas no art. 28. Com efeito, levando-se em conta que aos crimes do art. 28 da Lei de Drogas são cominadas apenas a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, aplicáveis estas duas últimas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses quando o acusado for reincidente, é questionável até que ponto estas penas são mais gravosas que sujeitar o acusado a um período de prova por 2 (dois) anos, durante o qual estará proibido de frequentar determinados lugares, ausentar-se da comarca onde reside sem autorização e comparecer mensalmente em juízo, sem prejuízo da aplicação de outras condições que o juiz reputar adequadas.

Nesse sentido, segundo Mendonça e Carvalho, "caberá aos operadores do Direito, em cada caso concreto, fazer esta ponderação, tendo em vista a perspectiva do que poderia ser a pena aplicada em concreto. No entanto, não se pode olvidar que as penas do art. 28 são aplicadas após uma condenação penal, da qual advirão outros efeitos, como a reincidência, ao passo que o cumprimento da suspensão condicional do processo implica em extinção da punibilidade, mantendo o réu o *status* de primário".[259]

48.2. Prisão em flagrante e lavratura de termo circunstanciado.

Com o objetivo de separar rigidamente o usuário do traficante, conferindo-lhes tratamento totalmente diverso, o art. 48, § 2º, da Lei de Drogas, dispõe que, na hipótese do crime previsto no art. 28, *não se imporá prisão em flagrante,* devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários (v.g., laudo preliminar).[260]

À primeira vista, como o dispositivo dispõe que *não se imporá prisão em flagrante* em relação ao crime do art. 28 da Lei de Drogas, fica a impressão (equivocada) de que jamais seria possível a prisão em flagrante na hipótese do crime de porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal. No entanto, a correta compreensão desse dispositivo é no sentido de que continua sendo perfeitamente possível a captura e a condução coercitiva do agente, estando vedada tão somente a lavratura do auto de prisão em flagrante e o subsequente recolhimento ao cárcere, que são substituídos pela lavratura do termo circunstanciado.

O dispositivo constante do art. 48, § 2º, da Lei nº 11.343/06, guarda semelhança com o preceito do

259. Op. cit. p. 244.

260. O termo circunstanciado foi objeto de estudo detalhado no capítulo referente aos Juizados Especiais Criminais, por ocasião da análise do art. 69 da Lei nº 9.099/95. De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao referido tópico.

art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, que prevê que, após a lavratura do termo circunstanciado, ao autor da infração de menor potencial ofensivo que for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de comparecer não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais, há consenso na doutrina no sentido de que a recusa do agente em comparecer imediatamente ao Juizado ou em assumir o compromisso de a ele comparecer impede a lavratura do termo circunstanciado. Consequentemente, a autoridade policial deverá proceder à lavratura do auto de prisão em flagrante, o que também não significa que o agente permanecerá preso, porquanto é possível que lhe seja concedida liberdade provisória com fiança pelo próprio delegado de polícia, caso a infração seja punida com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos (CPP, art. 322, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11). Nessa situação, se o preso se recusar a prestar fiança, a prisão em flagrante deve ser mantida, pelo menos até sua convalidação pela autoridade judiciária competente, nos termos do art. 310 do CPP.

Em sentido diverso, em se tratando do crime de porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal, como um dos propósitos da Lei de Drogas é o de afastar ao máximo o usuário das Delegacias de Polícia, evitando-se estigmatizá-lo, é dominante o entendimento no sentido de que não é possível a lavratura do auto de prisão em flagrante, nem tampouco a manutenção da custódia do flagranteado caso este se recuse a assumir o compromisso de comparecer aos Juizados. Isso porque o crime do art. 28 da Lei de Drogas não conta com previsão legal de pena privativa de liberdade. Logo, seria de todo incongruente a perpetuação da restrição à liberdade de locomoção do agente por força de eventual prisão em flagrante se à infração penal sequer é cominada pena privativa de liberdade. A propósito, o art. 48, § 3º, *in fine*, da Lei nº 11.343/06, é categórico ao afirmar que, ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, *vedada a detenção do agente*. Nesse contexto, o próprio Supremo já se pronunciou no sentido de que "a Lei nº 11.343/2006 veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício".[261]

A redação dúbia do art. 48, §§ 2º e 3º, da Lei nº 11.343/06, também gera controvérsias acerca da autoridade responsável pela elaboração do termo circunstanciado. Como o art. 48, § 3º, determina que, *na hipótese de estar ausente a autoridade judicial*, o compromisso e o termo circunstanciado devem ser elaborados de imediato pela autoridade policial, poder-se-ia concluir, *a contrario sensu*, que, presente a autoridade judicial, esta deveria adotar as providências referidas. Ocorre que a lavratura do termo circunstanciado pela própria autoridade judiciária feriria de morte a garantia da imparcialidade (CADH – Dec. 678/92 –, art. 8º, § 1º) e o próprio sistema acusatório adotado pela Constituição Federal (art. 129, I), no qual há nítida separação das funções de acusar, defender e julgar. Ora, pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, fosse permitido ao próprio juiz colher depoimentos e requisitar exames por ocasião da lavratura do termo circunstanciado, haveria evidente envolvimento psicológico do magistrado com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade. Afinal, a partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, além do poder de julgar o acusado, estará comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade do acusado.[262]

Por isso, de modo a se evitar o ressurgimento da figura do "juiz inquisidor", o ideal é entender que a lavratura do termo circunstanciado deve ficar a cargo da autoridade policial, e não do magistrado, porquanto a investigação de fatos delituosos é atribuição que recai precipuamente sobre a Polícia Judiciária – e, subsidiariamente, sobre o Ministério Público –, jamais sobre o Poder Judiciário. Ou, como preferem alguns, os §§ 2º e 3º do art. 48 devem ser interpretados conforme a Constituição para se concluir que a Lei está se referindo não ao juiz propriamente dito, mas sim à Secretaria do Juízo, quando faz menção ao *juízo competente*, hipótese em que o autor do crime do art. 28 seria encaminhado, de imediato, para a audiência preliminar ou para que voltasse em dia determinado. É nesse sentido a lição de Mendonça e Carvalho, que entendem que, onde

261. STF, 2ª Turma, HC 94.524/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 24/06/2008, DJe 157 21/08/2008.

262. Nessa linha, convém ressaltar que tramita no Supremo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.807, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) em face do art. 48, § 3º, da Lei nº 11.343/06, cujo julgamento ainda não teve início.

se lê "autoridade judiciária" no § 3º do art. 48, deve-se entender "juízo competente", abrangendo apenas a Secretaria do Juízo.[263]

Outra controvérsia decorrente do art. 48, § 3º, da Lei de Drogas, diz respeito ao local da lavratura do termo circunstanciado, caso não seja possível o comparecimento imediato do flagranteado aos Juizados, o que geralmente acontece, quer pela ausência de Juízo na própria cidade onde ocorreu o flagrante, quer pela eventual ausência de juiz de plantão, como ocorre, por exemplo, aos finais de semana ou após o expediente forense. De acordo com a redação expressa da Lei, o termo circunstanciado deveria ser lavrado no próprio local em que o usuário de drogas fosse encontrado, sem que houvesse a necessidade de condução coercitiva à Delegacia de Polícia, o que, de certa forma, evitaria o contato com autores de infrações penais de maior gravidade.

No entanto, a despeito da redação expressa do art. 48, § 3º, da Lei de Drogas, é fato notório que nem sempre será possível a lavratura do termo circunstanciado no local em que o usuário for capturado, seja por conta da ausência de condições materiais (v.g., falta de narcotestes para realização do laudo preliminar), periculosidade de se levar adiante a documentação do crime do art. 28 em locais e horários inadequados (v.g., captura de usuário em comunidade dominada pelo tráfico de drogas após o denominado "toque de recolher"), seja pela dificuldade de se estabelecer com exatidão se se trata de mero usuário ou traficante de drogas. Nessas situações, por mais que a dicção expressa da Lei não tenha deixado explícita essa possibilidade, parece-nos ser plenamente possível a condução coercitiva do usuário de drogas à Delegacia de Polícia para fins de lavratura do termo circunstanciado, desde que sejam adotadas precauções para que este agente não seja colocado em contato com outros criminosos.

O próprio art. 48, § 4º, da Lei nº 11.343/06, confirma a possibilidade de encaminhamento do usuário de Drogas à Delegacia de Polícia ao dispor que, uma vez concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a *autoridade de polícia judiciária* entender conveniente, e em seguida liberado. Referindo-se expressamente à *autoridade de polícia judiciária*, leia-se, ao Delegado de Polícia Civil ou Federal, o dispositivo deixa entrever que haverá situações em que o usuário poderá ser encaminhado à Delegacia de Polícia, oportunidade em que a autoridade policial poderá determinar a realização de exame de corpo de delito, com o objetivo de comprovar a materialidade de eventuais maus-tratos ou lesões corporais perpetradas contra o agente.

263. Op. cit. p. 251.

48.3. Medidas cautelares diversas da prisão.

Uma das grandes novidades produzidas pela Lei nº 12.403/11 foi a inserção no Código de Processo Penal de medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão (arts. 319 e 320). Esta ampliação das opções conferidas ao magistrado pôs fim à bipolaridade que vigorou durante anos, já que, na sistemática anterior, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança.

Por mais que o porte de drogas para consumo pessoal seja considerado uma infração de menor potencial ofensivo, como o art. 28 da Lei de Drogas não prevê pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, afigura-se inviável a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão ao crime do art. 28 da Lei de Drogas. Isso porque o art. 283, § 1º, do CPP, dispõe que tais medidas só podem ser aplicadas à infração à qual for cominada, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade. Nesse contexto, o Enunciado nº 121 do Fórum Nacional de Juizados Especiais preconiza que "as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e suas consequências, à exceção da fiança, são aplicáveis às infrações penais de menor potencial ofensivo para as quais a lei cominar em tese pena privativa de liberdade" (XXX Encontro – São Paulo/SP).

48.4. Transação penal.

Prevista no art. 76 da Lei dos Juizados, a transação penal pode ser conceituada como um acordo celebrado entre o titular da ação penal e o suposto autor de infração de menor potencial ofensivo, objetivando-se a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.

Na esteira do quanto disposto no art. 48, § 1º, da Lei nº 11.343/06, que autoriza a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais ao crime de porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal, o art. 48, § 5º, dispõe que, para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099/95, que trata da transação penal, o Ministério Público poderá

propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

O objetivo desse preceito é adaptar a proposta de transação penal a ser oferecida pelo Ministério Público em relação ao crime de porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal, restringindo-a às penas previstas no art. 28 da Lei de Drogas. Diversamente do que ocorre em relação às infrações de menor potencial ofensivo, cuja proposta de transação penal pode abarcar a aplicação de multa ou de qualquer pena restritiva de direito – prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana –, a proposta de transação oferecida pelo *Parquet* no tocante ao crime do art. 28 da Lei de Drogas pode se referir somente às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A restrição sob comento não é apenas qualitativa, mas também quantitativa. Explica-se: da mesma forma que a proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público está restrita às penas previstas no art. 28 da Lei de Drogas, o prazo máximo de duração da prestação de serviços à comunidade ou de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo é de 5 (cinco) meses, em se tratando de acusado primário, tal qual disposto no art. 28, § 3º, da Lei nº 11.343/06. Fosse possível o oferecimento de proposta de transação penal objetivando o cumprimento de prestação de serviços à comunidade por 2 (dois) anos, ter-se-ia uma pena quantitativamente diversa daquela prevista para o usuário, o que, à evidência, violaria o quanto disposto no art. 48, § 5º, da Lei de Drogas.

É bem verdade que, em caso de reincidência, o art. 28, § 4º, autoriza que tais penas sejam aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. No entanto, não se pode perder de vista que esse prazo jamais poderia ser aplicado como limite temporal às penas transacionadas com o usuário de drogas, já que uma das causas impeditivas da transação é exatamente o fato de o acusado já ter sido sido condenado irrecorrivelmente pela prática de crime à pena privativa de liberdade ou ter sido beneficiado anteriormente no prazo de 5 anos por outra proposta de transação penal (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 2º, I e II).

Na transação penal para o crime de porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal, ao juiz não é dado reduzir o prazo de duração da pena acordada com o acusado e seu defensor. Isso porque, ao se referir à possibilidade de diminuição até a metade, o art. 76, § 1º, da Lei dos Juizados, é claro ao se referir tão somente à pena de multa. Logo, como sequer é possível a transação penal para o usuário de drogas objetivando a aplicação de pena de multa, referido dispositivo não pode ser aplicado à Lei de Drogas. Por isso, na hipótese de o magistrado discordar da proposta apresentada pelo Ministério Público, seja por ser excessiva, seja por ser insuficiente diante das circunstâncias do caso concreto, a solução passa pela aplicação do princípio da devolução constante do art. 28 do CPP, com a consequente solução da controvérsia pelo Procurador-Geral de Justiça.

Por mais que as penas passíveis de negociação na transação penal sejam idênticas àquelas que podem ser aplicadas ao final do processo em eventual sentença condenatória, é evidente que, aos olhos do usuário de drogas, é muito mais interessante celebrar o acordo de transação penal do que correr o risco de ser condenado ao final do processo, perdendo sua primariedade. Afinal, por força do art. 76, § 4º, da Lei nº 9.099/95, o acolhimento da proposta não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.[264]

Conquanto o art. 48, § 5º, refira-se à "aplicação imediata de pena" no singular, parece ser perfeitamente possível a propositura de aplicação imediata de mais de uma das penas do art. 28 da Lei de Drogas, como, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade e à medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Aplica-se, nesse caso, o mesmo raciocínio constante do art. 27, que admite a aplicação isolada ou cumulativa das penas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/06.[265]

No tocante às consequências decorrentes do descumprimento injustificado das penas acordadas em sede de transação penal devidamente homologada pela autoridade judiciária competente, poder-se-ia cogitar acerca da possibilidade de aplicação das medidas de garantia previstas no art. 28, § 6º, submetendo-se o acusado, sucessivamente, à admoestação verbal e à multa. No entanto, é

264. De acordo com o Enunciado nº 115 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), "a restrição de nova transação do art. 76, § 4º, da Lei nº 9.099/95, não se aplica ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06" (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

265. Com esse entendimento: GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006 – artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 220.

dominante o entendimento no sentido de que eventual aplicação dessas medidas como consequência imediata do mero descumprimento do acordo de transação penal implicaria em evidente violação ao devido processo legal.

Nessa linha, como observam Mendonça e Carvalho, "as medidas de garantia – admoestação verbal e multa cominatória – destinam-se a forçar o condenado a cumprir a pena principal aplicada no processo penal. São, portanto, medidas de garantia do ocumprimento da sanção penal, aplicáveis quando reconhecida, por sentença judicial, a procedência da acusação. Eventual aplicação destas medidas sem o processo penal correspondente implicaria em considerar que as penas acordadas em transação teriam o caráter de condenação criminal, em evidente violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório".[266]

Por isso, diante do descumprimento injustificado das penas acordadas em transação penal, pouco importando se o acordo foi (ou não) homologado pelo juiz competente, a solução é a remessa dos autos ao Ministério Público, para que ofereça a denúncia em face do suposto autor do delito, na medida em que a decisão que homologa o acordo deixa de produzir efeitos quando descumprida, permitindo, assim, o início do processo. Como a decisão que aplica a pena em virtude da transação penal não é condenatória, nem absolutória, mas meramente homologatória, não faz coisa julgada material. Logo, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao *status quo ante*, viabilizando-se ao Ministério Público a deflagração da persecução penal *in iudicio*.[267]

Art. 49. Tratando-se de condutas tipificadas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

49. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI DE PROTEÇÃO ÀS TESTEMUNHAS.

A Lei nº 9.807/99 dispõe sobre medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes que estejam sendo coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com as autoridades estatais incumbidas da persecução penal. Na medida em que tal Lei não tem seu âmbito de aplicação restrito a determinado(s) delito(s), é evidente que o programa brasileiro de assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas pode ser aplicado a todo e qualquer delito, inclusive ao tráfico de drogas. Por isso, o disposto no art. 49 da Lei de Drogas é absolutamente supérfluo.

Apesar de o art. 49 da Lei de Drogas dar a impressão (equivocada) de que seria o magistrado a autoridade competente para a aplicação dessas medidas de proteção, já que dispõe expressamente que *o juiz empregará os instrumentos protetivos* previstos na Lei nº 9.807/99, fato é que o ingresso de acusado colaborador, ofendidos ou testemunhas nos programas de proteção instituídos pela referida Lei fica a critério de um Conselho Deliberativo, após manifestação do Ministério Público. Portanto, onde se lê que "o juiz empregará os instrumentos protetivos", deve-se entender que o magistrado poderá apenas encaminhar a solicitação de proteção ao Conselho mencionado, nos termos do art. 5º, IV, da Lei nº 9.807/99.[268]

São inúmeras as medidas de proteção passíveis de aplicação isolada ou cumulativa por força da referida Lei: I – segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II – escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III – transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV – preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V – ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI – suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII – apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII – sigilo em relação aos atos praticados

266. Op. cit. p. 259.

267. No sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória, sendo inviável se cogitar de propositura de nova denúncia por suposta prática do crime de desobediência (CP, art. 330): STF, 2ª Turma, HC 79.572/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/02/2000, DJ 22/02/2002. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 84.976/SP, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 23/03/2007 p. 105. Em sentido semelhante, concluindo que não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal: STF, RE 602.072 QO-RG/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 19/11/2009, DJe 035 25/02/2010.

268. De acordo com o art. 4º da Lei nº 9.807/99, esse conselho deliberativo responsável pela direção dos programas de proteção será composto por representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos.

em virtude da proteção concedida; IX – apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal (Lei nº 9.807/99, art. 7º). A Lei nº 9.807/99 (art. 9º) também autoriza que o juiz competente para registros públicos proceda à alteração do nome completo do indivíduo, a qual poderá ser estendida ao seu cônjuge, companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que com ele tenham convivência habitual.

Por força do art. 19-A da Lei nº 9.807/99, incluído pela Lei nº 12.483/11, é bom lembrar que terão prioridade na tramitação o inquérito e o processo criminal em que figure indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas pelos programas de que trata a Lei nº 9.807/99. Além disso, segundo o parágrafo único do art. 19-A da Lei nº 9.807/99, qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos em tal lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal. O objetivo desse dispositivo é diminuir o risco para o sistema de proteção, vez que, até o advento da Lei nº 12.483/11, era muito comum que a oitiva dessa pessoa protegida demorasse muito mais que o prazo máximo do programa – em regra, de 2 (dois) anos (Lei nº 9.807/99, art. 11, *caput*) –, o que acabava por prejudicar a eficiência do sistema.

Seção I
Da Investigação

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

§ 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

§ 3º Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 4º A destruição das drogas será executada pelo delegado de polícia competente no prazo de 15 (quinze) dias na presença do Ministério Público e da autoridade sanitária. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 5º O local será vistoriado antes e depois de efetivada a destruição das drogas referida no § 3º, sendo lavrado auto circunstanciado pelo delegado de polícia, certificando-se neste a destruição total delas. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

Art. 50-A. A destruição das drogas apreendidas sem a ocorrência de prisão em flagrante será feita por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data da apreensão, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

50. PRISÃO EM FLAGRANTE PELA AUTORIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA.

A prisão em flagrante funciona como uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância (CPP, art. 302), a ser executada independentemente de prévia autorização judicial (CF, art. 5º, LXI). Pode ser efetuada por qualquer pessoa, integrante ou não da força policial, inclusive a própria vítima. De fato, por força do disposto no art. 301 do CPP, *qualquer do povo poderá* prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (flagrante facultativo). Por sua vez, a autoridade policial e seus agentes têm o dever de efetuar a prisão em flagrante (flagrante obrigatório), não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la, salvo nos casos de ação controlada (Lei nº 11.343/06, art. 53, II).[269]

Como é cediço, à Polícia são outorgadas duas atribuições distintas: a) funções de polícia administrativa: trata-se de atividade de cunho preventivo, ligada à segurança, visando impedir a prática de

269. Deve a autoridade policial efetuar a prisão durante as 24 horas do dia: "A situação de trabalho do policial civil o remete ao porte permanente de arma, já que considerado por lei constantemente atrelado aos seus deveres funcionais" (TJSP, HC 342.778-3, Jaú, 6ª C., rel. Barbosa Pereira, 19/04/2001, v.u., JUBI 60/01). A Portaria CORREGPM-1/01/01 da PMESP determina ser dever do policial militar "atuar onde estiver, mesmo não estando em serviço, para preservar a ordem pública ou prestar socorro".

atos lesivos à sociedade; b) funções de Polícia Judiciária: cuida-se de função de caráter repressivo, com o objetivo de colher elementos de informação relativos à materialidade e à autoria do delito, propiciando que o titular da ação penal possa dar início à persecução penal em juízo (CPP, art. 4º).

Por força da Constituição, as atribuições de Polícia Judiciária devem ser exercidas, precipuamente, pela Polícia Federal e pela Polícia Civil (CF, art. 144, § 1, IV, e § 4º). Como a lavratura do auto de prisão em flagrante já envolve a prática de atos de polícia judiciária, porquanto são colhidos elementos de informação contra o agente surpreendido em situação de flagrância, o art. 50 da Lei de Drogas apenas torna explícito o mandamento constitucional, no sentido de impedir que a Policia Militar possa efetuar a lavratura de auto de prisão em flagrante quando se tratar de crime comum de tráfico de drogas.[270] Isso, no entanto, não significa dizer que policiais no exercício de função administrativa (ou de segurança) não possam efetuar a captura de agentes surpreendidos em situação de flagrância. Com efeito, como o art. 301 do CPP não faz qualquer distinção entre polícia ostensiva (Polícia Militar, Polícia Rodoviária e Ferroviária Federal) e polícia judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal), a ambas se impõe o dever de efetuar a captura do agente surpreendido em situação de flagrância. No entanto, se a captura pode ser levada a efeito por qualquer autoridade policial, o art. 50, *caput*, da Lei de Drogas deixa claro que a lavratura do auto de prisão em flagrante somente pode ser feita pela autoridade de polícia judiciária.

50.1. Laudo de constatação e exame toxicológico.

Quando se trata de infrações penais não transeuntes (delito de fato permanente ou *delicta facti permanentis*), assim compreendidas como aquelas que deixam vestígios materiais, o Código de Processo Penal demanda realização de exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado (CPP, art. 158).

Especificamente em relação aos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, dispõe o art. 50, § 1º, que, para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea. Ou seja, pelo menos para a lavratura do auto de prisão em flagrante, é despicienda a elaboração do laudo definitivo.[271] A Lei de Drogas também prevê que o perito que subscrever este laudo preliminar não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo (art. 50, § 2º).

O objetivo desse laudo de constatação é apenas verificar, preliminarmente, a existência do princípio ativo da droga, pouco importando seu grau de pureza,[272] evitando-se que alguém seja mantido preso em virtude do porte de substâncias absolutamente inócuas (v.g., talco). Por mais improvável que possa parecer, a autoridade policial deve ter sempre muita cautela por ocasião da prisão em flagrante em crimes de drogas para se certificar de que a substância apreendida com o agente é, de fato, entorpecente.[273]

Nesse contexto, como se pronunciou o STJ, "a letra do art. 50, § 1º, da Lei nº 11.343/06 evidencia que o exame pericial erigido como condição para lavratura do auto de prisão em flagrante se presta, tão somente, a constatar a natureza e quantidade da substância apreendida. No caso, não há que se falar em ausência de prova de materialidade se o laudo provisório realizado por ocasião da prisão em flagrante dos pacientes identificou a substância apreendida como sendo crack, na quantidade de 29,8 gramas".[274]

270. Em se tratando de crimes de tráfico de drogas *de natureza comum*, é evidente que a Polícia Militar não pode lavrar um auto de prisão em flagrante. Todavia, se o crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar for praticado em lugar sujeito à administração militar, a lavratura do auto de prisão em flagrante pela prática do crime militar do art. 290 do CPM deverá ser levada a efeito pela própria Polícia Militar, ou pelas Forças Armadas, no exercício de funções de polícia judiciária militar (CPPM, art. 8º).

271. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, RHC 102.865/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/11/2018, DJe 12/12/2018; STJ, 6ª Turma, RHC 97.517/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 15/05/2018, DJe 29/05/2018; STJ, 5ª Turma, HC 388.361/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/04/2017, DJe 12/05/2017; STJ, 6ª Turma, RHC 76.870/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 01/12/2016, DJe 13/12/2016.

272. No sentido de que é desnecessária a aferição do grau de pureza da substância apreendida para a configuração do delito de tráfico de drogas previsto no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/06: STJ, 5ª Turma, RHC 57.526/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 25/08/2015, DJe 11/09/2015; STJ, 5ª Turma, RHC 53.368/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/11/2014, DJe 03/12/2014.

273. Em caso concreto ocorrido na cidade de Taubaté/SP no ano de 2006, a mãe de uma criança foi presa no mesmo dia da morte da menina: uma médica levantou a hipótese de cocaína misturada ao leite na mamadeira da criança. Um exame preliminar usado comumente pela Polícia Civil apontou a presença do entorpecente, e D. T. P. acabou detida em flagrante, prisão esta que se estendeu por 37 dias. Colocada em uma cela com 18 presas na cadeia feminina de Pindamonhangaba, que foram informadas do suposto crime, a mulher foi espancada, teve uma caneta enfiada no tímpano, perdendo parte da visão e da audição do lado direito. Posteriormente, o laudo preliminar acabou desqualificado quando o Instituto Médico Legal e uma contraprova deixaram claro que não havia cocaína na mamadeira, nem tampouco nas vísceras da criança. Absolvida pela imputação de homicídio qualificado, D. T. P. processa o Estado de São Paulo objetivando o recebimento de indenização pelos prejuízos sofridos.

274. STJ, 5ª Turma, HC 123.084/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/02/2009, DJe 23/03/2009. No sentido de que o laudo preliminar de constatação de substância entorpecente é mera peça informativa, suficiente apenas para a lavratura do auto de prisão em flagrante e da oferta de denúncia e, uma vez juntado aos autos o laudo pericial definitivo, atestando a ilicitude da substância, restam superadas eventuais irregularidades na fase

A partir do momento que a Lei de Drogas exige, para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, a realização do exame preliminar de constatação da natureza e quantidade da droga, é intuito que esse laudo provisório também é indispensável para a própria deflagração da ação penal, funcionando como condição específica de procedibilidade para os processos penais relativos a drogas, sem prejuízo da posterior juntada do exame toxicológico definitivo. Portanto, para o recebimento da peça acusatória, basta o laudo preliminar, não sendo necessária a juntada do laudo definitivo, que, como será visto mais adiante, pode ser juntado durante o curso da instrução probatória. Na hipótese de a denúncia ser oferecida sem este exame pericial preliminar, não haverá justa causa para o exercício da ação penal, daí por que a peça acusatória deve ser rejeitada pelo juiz competente, nos termos do art. 395, III, do CPP.[275]

Ante a natureza provisória desse exame, não há maiores rigores formais quanto a sua realização. Por isso, esse exame provisório pode ser feito por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea. Ou seja, ao contrário do CPP (art. 159, § 1º), que prevê que, na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame, a Lei de Drogas permite que o laudo preliminar seja firmado por apenas um perito não oficial, sem fazer qualquer referência à necessidade de que esta pessoa idônea seja portadora de diploma de curso superior. Isso, todavia, não significa dizer que o perito não oficial possa ser leigo em relação à matéria. Por mais que não seja necessária habilitação técnica, o ideal é que esse exame provisório seja feito por pessoas dotadas de conhecimento e experiência sobre drogas (v.g., policiais), até mesmo para que não haja questionamentos quanto a sua idoneidade. Outrossim, eventuais irregularidades do laudo preliminar realizado na fase de investigação estarão sanadas tão logo seja juntado o laudo pericial definitivo atestando a ilicitude da droga.[276]

Se, para fins de lavratura do auto de prisão em flagrante e ulterior oferecimento de denúncia, basta a realização desse exame preliminar, a materialidade dos crimes de drogas deve ser comprovada por exame definitivo, chamado de **exame toxicológico**. Nos termos do art. 159 do CPP, este exame definitivo deve ser feito por perito oficial, portador de diploma de curso superior. Na falta de perito oficial, o exame deverá ser realizado por 2 (dois) peritos não oficiais, sendo permitida a participação do perito que participou do exame preliminar. Para os Tribunais Superiores, a falta de assinatura do perito criminal no laudo toxicológico é mera irregularidade que não tem o condão de anular o referido exame.[277]

Geralmente, a determinação para a realização desse exame toxicológico definitivo é feita pela própria autoridade de polícia judiciária, imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante. Oferecida a denúncia, que tem como condição de procedibilidade apenas o laudo preliminar, incumbe ao juiz requisitar o laudo definitivo por ocasião do recebimento da peça acusatória (Lei nº 11.343/06, art. 56, *caput*).

Como o acusado deve ter conhecimento de tudo que contra ele foi produzido ou venha a ser utilizado, a fim de que possa exercer o seu direito de fazer a contraprova, apresentando elementos probatórios para se contrapor ao trazido aos autos pelo exame definitivo, exercendo o contraditório diferido, não há dúvidas acerca da obrigatoriedade de juntada aos autos do laudo definitivo com certa antecedência em relação à audiência una de instrução e julgamento.[278]

De um lado, parte da doutrina entende que esse prazo é de 3 (três) dias. Isso porque, segundo o art. 52, parágrafo único, I, da Lei nº 11.343/06, a

inquisitorial: STJ, 5ª Turma, HC 92.057/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25/09/2008, DJe 28/10/2008.

275. No sentido de que o laudo de constatação preliminar da substância entorpecente constitui *condição de procedibilidade* para apuração do crime de tráfico de drogas: STJ, 5ª Turma, RHC 065.205/RN, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12/04/2016, DJe 20/04/2016; STJ, 5ª Turma, RHC 036.970/ES, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo – Desembargador convocado do TJ/PE –, j. 04/08/2015, DJe 17/08/2015. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 388.361/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/04/2017, DJe 12/05/2017; STJ, 5ª Turma, HC 303.511/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/11/2014, DJe 28/11/2014; STJ, 5ª Turma, HC 139.231/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 01/09/2011, DJe 17/11/2011; STJ, 6ª Turma, HC 118.666/MG, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG – j. 05/02/2009, DJe 02/03/2009.

276. STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 500.179/SP, Rel. Min. Ericson Maranho – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 23/06/2015, DJe 03/08/2015; STJ, 5ª Turma, HC 303.511/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/11/2014, DJe 28/11/2014. No sentido de que o laudo pericial definitivo atestando a licitude da droga afasta eventuais irregularidades do laudo preliminar realizado na fase de investigação: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.653.604/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/08/2017, DJe 09/08/2017; STJ, 5ª Turma, RHC 56.483/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11/06/2015, DJe 05/08/2015; STJ, 6ª Turma, RHC 20.931/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05/10/2010, DJe 25/10/2010.

277. STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.800.441/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/05/2019, DJe 14/05/2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.753.268/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26/02/2019, DJe 14/03/2019; STJ, 5ª Turma, RHC 97.687/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15/05/2018, DJe 25/05/2018; STJ, 5ª Turma, HC 279.546/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 01/04/2014, DJe 10/04/2014.

278. No sentido de que, como prova técnica que é, a perícia pode ser considerada pelo julgador na sentença, sem que caracterize cerceamento de defesa, pois o acusado, ciente da sua juntada ao inquérito policial que instruiu a ação penal, poderia pugnar por elidi-la: STF, 2ª Turma, HC 73.647/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/05/1996, DJ 06/09/1996.

remessa dos autos do inquérito deve ser feita sem prejuízo de diligências complementares necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Sem embargo do quanto disposto nesse dispositivo legal, parece-nos que, especificamente em relação ao laudo toxicológico, sua juntada deve ser feita aos autos antes da audiência una de instrução e julgamento, com antecedência mínima de 10 (dez) dias. Explica-se: o Código de Processo Penal prevê que, durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia, requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com *antecedência mínima de 10 (dez) dias*, podendo apresentar as respostas em laudo complementar (CPP, art. 159, § 5º, I). Ora, se a própria lei prevê que o requerimento da oitiva dos peritos para esclarecerem a prova pericial deve ser feito com antecedência mínima de 10 (dez) dias, é evidente que a parte só poderá considerar a possibilidade de solicitar esclarecimentos caso já tenha tido ciência do laudo pericial que foi juntado aos autos do processo.

De todo modo, mesmo que o laudo pericial seja juntado extemporaneamente, prevalece o entendimento de que se trata de mera nulidade relativa, daí por que imprescindível a comprovação do prejuízo e arguição oportuna.[279] Aliás, para a 5ª Turma do STJ, a juntada do laudo toxicológico definitivo após a prolação da sentença não caracteriza nulidade absoluta do feito, máxime quando o exame preliminar, posteriormente ratificado pelo laudo definitivo, atestar a natureza entorpecente da substância apreendida.[280] Também haverá nulidade relativa, aos olhos dos Tribunais Superiores, se a defesa não for intimada acerca da juntada aos autos do exame toxicológico.[281] Com entendimento semelhante, há precedentes do Supremo no sentido de que a juntada aos autos do laudo toxicológico após a apresentação das alegações finais da defesa não autoriza o reconhecimento de nulidade, mormente quando este exame definitivo apenas confirmar a toxicidade da droga já aferida pelo exame preliminar.[282]

Nos casos em que houve a apreensão da droga, é dominante a jurisprudência no sentido de que a condenação pela prática do crime de tráfico de drogas com base única e exclusivamente no laudo preliminar é dotada de nulidade absoluta. Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, "a feitura e juntada aos autos do laudo toxicológico é indispensável para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas. Ao se constatar a ausência do laudo pericial da substância entorpecente, o processo deve ser anulado para que seja procedida à realização dos respectivos exames periciais e a devida intimação das partes. O laudo de constatação provisório é suficiente para a lavratura do auto de prisão em flagrante e da oferta de denúncia, entretanto, não supre a ausência do laudo definitivo – cuja ausência gera nulidade absoluta, pois que afeta o interesse público e diz respeito à própria prestação jurisdicional".[283]

Em situações excepcionais, todavia, a comprovação da materialidade dos crimes de drogas pode ser efetuada pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permitir grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. Isso porque, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo. Os testes toxicológicos preliminares, além de efetuarem constatações com base em observações sensoriais (visuais, olfativas e táteis) que comparam o material apreendido com drogas mais conhecidas, também fazem uso de testes químicos pré-fabricados também chamados 'narcotestes' e são capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais comercializados. Nesse sentido, o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como, por exemplo, cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por 'narcotestes' pré-fabricados, constitui uma das

279. STF, 1ª Turma, RHC 110.429/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 06/03/2012.

280. STJ, 5ª Turma, REsp 1.237.332/AM, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/08/2012, DJe 14/08/2012. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 185.328/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 27/09/2011, DJe 14/10/2011.

281. No sentido de que eventual nulidade decorrente de ausência de intimação da defesa técnica para se manifestar acerca do laudo toxicológico definitivo é relativa, dependendo da demonstração do efetivo prejuízo e da alegação no momento oportuno: STJ, 5ª Turma, HC 103.293/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19/03/2009, DJe 13/04/2009. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 118.852/PE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 28/06/2011, DJe 03/08/2011.

282. STF, 1ª Turma, HC 104.871/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/08/2011, DJe 193 06/10/2011. No sentido de que a juntada do exame toxicológico após o encerramento da instrução probatória e antes da prolação da sentença não autoriza o reconhecimento de nulidade, sobretudo quando confirmar a toxicidade da substância apreendida: STF, 2ª Turma, HC 85.173/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 15/02/2005, DJ 03/06/2005.

283. STJ, 5ª Turma, HC 139.231/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 01/09/2011, DJe 17/11/2011. No sentido de que a ausência de laudo toxicológico definitivo caracteriza nulidade absoluta: STJ, 5ª Turma, REsp 749.597/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 12/08/2008, DJe 08/09/2008.

exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação.[284]

Segundo o art. 564, inciso III, "b", do CPP, haverá nulidade por falta do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167 do CPP. Como o art. 572 do CPP não ressalvou essa nulidade dentre aquelas que podem ser sanadas (ou seja, nulidades relativas), conclui-se que se trata de uma nulidade absoluta. Logo, se era possível a realização do exame direto, ou, ainda, se a ausência do exame direto não foi suprida pelo exame de corpo de delito indireto, deverá o processo ser anulado, a partir do momento em que o laudo deveria ter sido juntado ao processo. Afinal de contas, é a própria lei que estabelece que, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito.

Situação distinta diz respeito à falta de comprovação do corpo de delito, direto ou indireto, sem que essa ausência possa ser suprida pela determinação de realização do exame pericial. A título de exemplo, suponha-se que, ao final de um processo por tráfico de drogas, verifique o juiz a ausência de exame pericial atestando a natureza da droga. Em situação como essa, caso ainda seja possível a realização do exame pericial, nada impede que o magistrado determine a produção da prova pericial, valendo-se de seus poderes instrutórios (CPP, art. 156, inciso II). Porém, se acaso não houver sido guardada uma pequena quantidade da droga para uma contraprova, tornando inviável a realização do exame toxicológico definitivo, o magistrado jamais poderá condenar o acusado pelo delito de tráfico e/ou porte de drogas para consumo pessoal, na medida em que não haverá comprovação da materialidade da infração. Nesse caso, inevitavelmente, deve o magistrado prolatar uma sentença absolutória, por ausência de prova da materialidade da infração penal, nos termos do art. 386, inciso II, do CPP.

50.1.1. Ausência de apreensão da droga e comprovação da materialidade.

Como o tráfico de drogas é infração penal que costuma deixar vestígios, a importância da apreensão da droga está diretamente relacionada à realização do exame preliminar para estabelecimento da materialidade, permitindo não só a lavratura do auto de prisão em flagrante, como também o oferecimento da denúncia. Posteriormente, a droga apreendida será submetida a exame toxicológico definitivo, que pode ser juntado aos autos durante o curso da instrução probatória, mas cuja ausência por ocasião de eventual sentença condenatória pode dar ensejo ao reconhecimento de nulidade absoluta do feito.

Discute-se, todavia, se seria possível o oferecimento de denúncia e a condenação pela prática do crimes de drogas sem a apreensão da droga e subsequente exame de corpo de delito direto. A resposta à indagação formulada passa pelo estudo do exame de corpo de delito direto e indireto.

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal. A palavra *corpo* não significa necessariamente o corpo de uma pessoa. Significa sim o conjunto de vestígios sensíveis que o delito deixa para trás, estando seu conceito ligado à própria materialidade do crime. Exemplificando, suponha-se que haja um delito de latrocínio no interior de um apartamento. Nessa hipótese, o corpo de delito não se resume ao cadáver, abrangendo também todos os vestígios perceptíveis pelos sentidos humanos, tais como eventuais marcas de sangue deixadas no chão, a arma de fogo utilizada para a prática do delito, eventuais sinais de arrombamento da porta do apartamento, etc.

Por consequência, exame de corpo de delito é uma análise feita por pessoas com conhecimentos técnicos ou científicos sobre os vestígios materiais deixados pela infração penal para comprovação da materialidade e autoria do delito. Como o magistrado não é dotado de conhecimentos enciclopédicos, e se vê obrigado a julgar causas das mais variadas espécies, afigura-se necessário recorrer a especialistas, os quais, dotados de conhecimentos específicos acerca do assunto, podem auxiliar o juiz no esclarecimento do fato delituoso.

Da leitura do art. 158 do CPP denota-se que há duas espécies de exame de corpo de delito: o direto e o indireto. O primeiro é aquele feito por perito oficial (ou dois peritos não oficiais) sobre o próprio corpo de delito. Supondo-se que a cocaína tenha sido encontrada com determinado agente por ocasião da prisão em flagrante, será considerado exame direto aquele feito na própria substância apreendida.

284. STJ, 3ª Seção, EREsp 1.544.057/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26/10/2016, DJe 09/11/2016; STJ, 5ª Turma, HC 394.346/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23/08/2018, DJe 29/08/2018; STJ, 6ª Turma, PExt no HC 399.159/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08/05/2018, DJe 16/05/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.695.856/MG, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 19/04/2018, DJe 30/04/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.567.581/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 22/03/2018, DJe 03/04/2018.

Se não há dúvidas quanto ao conceito de exame de corpo de delito direto, o mesmo não ocorre quando se busca na doutrina o conceito de exame de corpo de delito indireto. De um lado, parte da doutrina entende que não há qualquer formalidade para a constituição do corpo de delito indireto, constituindo-se pela colheita de prova testemunhal, a qual, afirmando ter presenciado o crime ou visto os vestígios, será suficiente para suprir o exame direto, ou, ainda, pela análise de documentos que comprovem a materialidade, tais como fotografias dos vestígios sensíveis ou o prontuário médico do atendimento da vítima no posto de saúde. É o que dispõe o art. 167 do CPP, quando preceitua que, não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta. Perceba-se que, para essa primeira corrente, o exame de corpo de delito indireto não é propriamente um exame, mas sim a prova testemunhal ou documental suprindo a ausência do exame direto, em virtude do desaparecimento dos vestígios deixados pela infração penal.[285] De outro lado, há quem entenda que o exame indireto é um exame pericial e não se confunde com o mero depoimento de testemunhas (CPP, art. 167). Para esta corrente, após colherem os depoimentos das testemunhas acerca dos vestígios deixados pela infração penal, ou analisar documentos pertinentes à materialidade da infração penal, os peritos irão extrair suas conclusões, firmando um laudo pericial. Esse exame é tido como indireto pelo fato de não ser feito diretamente sobre os vestígios deixados pela infração. Logo, nessa acepção, não se tem na regra do art. 167 do CPP uma espécie de exame de corpo de delito indireto, mas sim exclusivamente prova testemunhal.[286]

Como os crimes de drogas *costumam* deixar vestígios, é fácil deduzir que, em fiel observância ao sistema tarifado adotado pelo art. 158 do CPP, a materialidade da infração penal depende da apreensão da droga para que o material seja submetido a exame toxicológico definitivo. Dizemos que os crimes de drogas *costumam* deixar vestígios materiais porque, a depender do caso concreto, esses vestígios podem ter desaparecido. Nesse caso, o desaparecimento dos vestígios impede a realização de exame pericial direto, porém não impede que a materialidade da infração seja comprovada por outros meios de prova (v.g., interceptação telefônica e ambiental, oitiva de compradores da droga, narcotestes realizados nos veículos usados pelos traficantes, etc.). Se os Tribunais admitem que alguém seja condenado por um crime de homicídio sem a localização do cadáver (v.g., caso do ex-goleiro do Flamengo), desde que a ausência do exame direto seja suprida pelo exame indireto, nos termos do art. 167 do CPP, seria de todo incongruente não se aplicar o mesmo raciocínio aos crimes de drogas.[287]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a materialidade do crime de tráfico de entorpecentes deve ser comprovada, pelo menos em regra, mediante a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo. Entretanto, tal entendimento deve ser aplicado na hipótese em que há a apreensão da substância entorpecente, justamente para se aferirem as características da substância apreendida, trazendo subsídios e segurança ao magistrado para o seu juízo de convencimento acerca da materialidade do delito. No entanto, o laudo de exame toxicológico definitivo da substância entorpecente não é condição única para basear a condenação se outros dados suficientes, incluindo a vasta prova testemunhal e documental produzidas na instrução criminal, militam no sentido da materialidade do delito.[288] Por conseguinte, nos casos de não apreensão da droga, é perfeitamente possível a prolação de um decreto condenatório pelos crimes da Lei nº 11.343/06, desde que a ausência do exame direto seja suprida por um conjunto probatório robusto extraído da prova documental e testemunhal produzida durante o curso da instrução probatória.[289]

285. Esta primeira corrente é dominante perante os Tribunais Superiores: STF – HC 69.591/SE – 1ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 29/09/2006 p. 46. Na mesma linha: RT 688/391; JSTF 171/360.

286. É nesse sentido a posição dos seguintes doutrinadores: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 375. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 212. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1959, v. 4. p. 277.

287. No sentido de que, nos termos do art. 167 do CPP, a prova testemunhal pode suprir a falta do exame de corpo de delito, caso desaparecidos os vestígios, *in casu*, desaparecimento do cadáver da vítima: STJ, 6ª Turma, HC 170.507/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/02/2012.

288. STJ, 5ª Turma, HC 91.727/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 02/12/2008, DJe 19/12/2008. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 131.455/MT, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/08/2012. O STF também tem precedentes no sentido de que a falta de laudo pericial não conduz, necessariamente, à inexistência de prova da materialidade do crime de tráfico de drogas, vez que a sua ausência pode ser suprida, em casos excepcionais, por outros elementos probatórios constantes dos autos do processo, como, por exemplo, depoimentos de testemunhas e interceptações telefônicas. Nesse sentido: STF, 1ª Turma, HC 130.265/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 31/05/2016, DJe 120 10/06/2016.

289. STJ, 5ª Turma, REsp 1.065.592/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/04/2011, DJe 08/06/2011. Em caso concreto no qual não houve a apreensão de substância entorpecente no local dos fatos, impossibilitando o exame de corpo de delito direto, concluiu o STJ que a materialidade do crime de tráfico podia ser feita por exame cadavérico, atestando a asfixia como *causa mortis* da vítima, que se verificou, em exame complementar, ter sido decorrente de overdose de cocaína: STJ, 5ª Turma, REsp 805.377/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/08/2009, DJe 08/09/2009.

Aliás, em caso concreto referente à associação criminosa de policiais que subtraía substâncias entorpecentes de traficantes para comercialização e extorsão, concluiu o Supremo que, diante da impossibilidade óbvia de realização do exame toxicológico, sua ausência podia ser suprida pela prova testemunhal.[290]

50.2. Destruição das drogas apreendidas.

Como exposto anteriormente, quando a droga é apreendida, após o dimensionamento da quantidade, importante para fins de aplicação da pena e até mesmo para a distinção entre o tráfico de drogas e o crime de porte de drogas para consumo pessoal, é indispensável a realização de dois exames periciais distintos: primeiro, é elaborado o laudo de constatação, indispensável para a lavratura do auto de prisão em flagrante e verdadeira condição de procedibilidade para o oferecimento da peça acusatória; o segundo exame é o toxicológico, necessário para comprovar a materialidade do crime e para permitir a prolação de uma sentença condenatória. Os dois exames são realizados com base em pequenas amostras da droga, permitindo que os peritos possam chegar à conclusão acerca da natureza da substância apreendida.

Diante da possibilidade de a defesa vir a questionar a idoneidade desses exames, pequenas amostras da substância apreendida devem ser preservadas, permitindo-se, assim, a realização de eventual contraprova. O raciocínio é bem semelhante àquele previsto no próprio CPP: com a reforma processual de 2008, o estatuto processual penal passou a admitir a indicação de assistentes técnicos durante o curso do processo para a elaboração de pareceres acerca dos exames feitos pelos peritos. Para tanto, o art. 159, § 6º, do CPP, dispõe que, havendo requerimento das partes, *o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial*, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

Se, para a persecução penal, é necessária a preservação tão somente de pequenas porções da droga apreendida, quer para a realização do exame preliminar e do exame toxicológico, quer para eventual contraprova pleiteada pela defesa, é fácil deduzir que a destinação do restante do material apreendido não mais interessa ao processo penal, funcionando, pois, como medida de caráter administrativo, cuja finalidade precípua é o resguardo da incolumidade, da ordem e da segurança.[291]

Considerando a precariedade do armazenamento da droga, o restante da substância apreendida deve ser destruído o quanto antes possível, evitando-se, assim, sua subtração e redistribuição para outros traficantes.

Infelizmente, não são raros os episódios em que grande quantidade de droga apreendida simplesmente desaparece de delegacias de polícia, institutos de perícia, promotorias e fóruns criminais. A título de exemplo, em operação realizada pela Polícia Federal no interior de São Paulo em fevereiro de 2013, dois investigadores do Denarc (Departamento Estadual de Investigações Sobre Narcóticos) foram presos com mais de 100 kg de cocaína na rodovia Presidente Castello Branco, sendo que a suspeita é a de que eles desviavam drogas apreendidas em operações de combate ao tráfico nacional e internacional. Após as prisões, os policiais federais descobriram que havia mais droga na casa de um policial em São Paulo. Ao chegarem ao local, foram apreendidos mais 170 kg de cocaína, além de dólares e euros escondidos dentro de uma mala.[292]

Com o objetivo de pôr fim a episódios como este, a Lei nº 12.961/14 trouxe nova disciplina para a custódia e destruição da droga apreendida ao promover importantes mudanças na Lei nº 11.343/06. Grosso modo, podemos apontar as seguintes novidades introduzidas pela Lei nº 12.961/14, com vigência em data de 07 de abril de 2014:

1) Prazo determinado para a destruição da droga apreendida: até o advento da Lei nº 12.961/14, não havia previsão legal expressa de prazo preestabelecido para a destruição das drogas apreendidas. Com o acréscimo dos §§ 3º, 4º e 5º ao art. 50 e do art. 50-A à Lei de Drogas, a droga deverá ser destruída nos seguintes prazos, preservada, evidentemente, amostra necessária

290. STF, 2ª Turma, RHC 83.494/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16/03/2004, DJ 02/04/2004. Na mesma linha: "(...) O exame de corpo de delito tem por objeto, segundo o art. 158 do CPP, os vestígios deixados pela infração tal como concretamente praticado: imputando-se aos acusados a subtração e comercialização de entorpecente depositado em repartição policial, o objeto do exame de corpo de delito obviamente não poderia ser a droga desaparecida, mas sim os vestígios de sua subtração, entre os quais as impressões digitais deixadas nos pacotes de materiais diversos colocados no depósito onde se achava a cocaína para dissimular a retirada dela". (STF, 1ª Turma, HC 78.749/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25/05/1999, DJ 25/06/1999).

291. Nesse contexto: MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 313.

292. Policiais do Denarc são presos com mais de 100 kg de cocaína em SP. Disponível em: http://noticias.r7.com/sao-paulo/policiais-do-denarc-sao-presos-com-mais-de-100-kg-de-cocaina-em-sp-16022013. Acesso em: 17 de màrço de 2013.

à realização do laudo definitivo e para fins de eventual contraprova:

1.1) Hipótese de prisão em flagrante: nesse caso, o juiz terá o prazo de 10 (dez) dias para certificar a regularidade formal do laudo de constatação, determinando, de maneira subsequente, a destruição das drogas apreendidas, que deverá ser executada, então, pelo Delegado de Polícia, no prazo de 15 (quinze) dias, na presença do Ministério Público e da autoridade sanitária (Lei nº 11.343/06, art. 50, §§ 3º e 4º, com redação dada pela Lei nº 12.961/14);

1.2) Apreensão da droga sem a ocorrência de prisão em flagrante: em se tratando de drogas apreendidas sem a ocorrência de prisão em flagrante, o art. 50-A da Lei de Drogas, na redação determinada pela Lei n. 12.961, de 2014, dispunha que a incineração da substância entorpecente deveria ocorrer no prazo máximo de 30 (trinta) dias contado da data da apreensão, aplicando-se, no que coubesse, o procedimento dos §§3º a 5º do art. 50, que foram objeto de análise no item anterior ("1.1"). Com a entrada em vigor da Lei n. 13.840/19, foi conferida nova redação ao art. 50-A da Lei de Drogas, in verbis: "A destruição das drogas apreendidas sem a ocorrência de prisão em flagrante será feita por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data da apreensão, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo". Como se pode perceber, foi excluída dessa hipótese de apreensão de droga sem a ocorrência de prisão em flagrante a referência à aplicação dos §§3º a 5º do art. 50, a significar que, doravante, em tal caso não mais haverá necessidade de intervenção judicial para fins de se certificar a regularidade do laudo de constatação e determinar a destruição das drogas apreenidas;

2) Destruição das amostras guardadas para contraprova: interpretação equivocada dos revogados §§ 1º e 2º do art. 58 da Lei nº 11.343/06 poderia levar o operador a concluir que a destruição das drogas apreendidas ocorreria apenas por ocasião da prolação da sentença definitiva pelo magistrado, ou seja, a droga apreendida teria que permanecer custodiada em delegacias de polícia, promotorias e fóruns criminais até o encerramento do feito. Afinal, os §§ 1º e 2º, que dispunham sobre a destruição das drogas apreendidas, estavam inseridos no art. 58 da Lei de Drogas, que versava sobre a sentença proferida pelo juiz ao final da audiência de instrução e julgamento. Com o objetivo de afastar tal exegese, tida por equivocada mesmo antes do advento da Lei nº 12.961/14, o novel diploma legal não só revogou os §§ 1º e 2º do art. 58, como também conferiu nova redação ao art. 72, ambos da Lei de Drogas. Com as mudanças, fica evidente que não há mais razão para manter a droga custodiada até o encerramento do feito. Em síntese, a substância entorpecente apreendida deverá ser destruída nos prazos acima referidos (Lei nº 11.343/06, art. 50, §§ 3º a 5º, e art. 50-A), restando, para o encerramento do processo penal – leia-se, com o trânsito em julgado de sentença condenatória, absolutória ou declaratória da extinção da punibilidade –, ou na hipótese de arquivamento do inquérito policial, tão somente a destruição das amostras guardadas para contraprova (Lei nº 11.343/06, art. 72, com redação dada pela Lei n. 13.840/19).

Nas hipóteses de prisão em flagrante e no tocante às amostras guardadas para contraprova –, a incineração será obrigatoriamente precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público, e executada pela autoridade de polícia judiciária competente, na presença de representante do Ministério Público e da autoridade sanitária competente. Essa autorização judicial prévia não se faz necessária, porém, quando se tratar de apreensão de drogas sem a ocorrência de prisão em flagrante (Lei n. 11.343/06, art. 50-A, com redação dada pela Lei n. 13.840/19).

O local destinado à incineração deve ser vistoriado antes e depois de efetivada a destruição das drogas apreendidas (Lei nº 11.343/06, art. 50, § 5º). Os cuidados previstos nesse dispositivo visam afastar o risco de fraude na incineração, como, por exemplo, a destruição de substância diversa da droga apreendida, ou destruição de quantidade menor que a devida, para indevida apropriação do restante. Daí a necessidade da presença do órgão do Ministério Público e auto circunstanciado com perícia realizada no local da incineração.

Em conclusão, convém ressaltar que todas essas medidas de destruição imediata de plantações ilícitas, de incineração das drogas apreendidas e de destruição das amostras guardadas para contraprova têm natureza administrativa, visando à tutela da incolumidade, da ordem e da segurança. Logo, sobre elas a Defesa não tem qualquer ingerência. Na verdade, sua execução é levada a efeito pelo poder público, notadamente pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público, pelas autoridades de polícia e pelas autoridades sanitárias. Por consequência, eventuais irregularidades nesses procedimentos não têm o condão de macular o processo penal, que só será contaminado por alguma nulidade se houver

algum vício em relação ao laudo preliminar, ao laudo toxicológico, ou se não forem preservadas pequenas amostras para eventual contraprova pretendida pela defesa.

> **Art. 51.** O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.
>
> **Parágrafo único.** Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

51. PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL.

No âmbito do Código de Processo Penal, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, o inquérito deve terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime, o art. 3º-B, §2º, do CPP, com eficácia atualmente suspensa em virtude da decisão proferida pelo Min. Fux nos autos das ADI' 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, passou a admitir a prorrogação do inquérito de investigado preso por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada. No âmbito da Justiça Federal, quando o investigado estiver preso, o prazo para a conclusão do inquérito será de 15 (quinze) dias, podendo ser prorrogado por mais 15 (quinze), mediante pedido devidamente fundamento ao juiz federal competente (Lei nº 5.010/66, art. 66).

Atenta à realidade de Delegacias e Fóruns Criminais, superlotados de inquéritos e processos criminais, e à complexidade crescente dos crimes e das organizações criminosas, a Lei nº 11.343/06 prevê que o inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto. Esses prazos podem ser duplicados pelo Juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária (art. 51, parágrafo único).

Esta prorrogação – válida para quaisquer dos crimes previstos no Título IV da Lei de Drogas ("Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas"), e não apenas para o tráfico –, não pode ser automática. Na verdade, a autoridade policial deve apontar elementos concretos capazes de evidenciar a complexidade das investigações, justificando, pois, a prorrogação desse prazo.

No tocante ao indiciado preso, é dominante o entendimento no sentido de que o prazo de 30 (trinta) dias pode ser prorrogado uma única vez, atingindo-se o prazo limite de 60 (sessenta) dias, o qual, aliás, também funciona como o prazo máximo para a prisão temporária em relação a crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º). Findo esse prazo, a maioria da doutrina entende que, havendo elementos para a segregação cautelar do agente (prova da materialidade e indícios de autoria), também há elementos para o oferecimento da peça acusatória, sendo inviável, por conseguinte, a prorrogação do prazo de conclusão do inquérito para além dos 60 (sessenta) dias a que se refere o art. 51 da Lei nº 11.343/06.

Em se tratando de investigado solto, apesar de o art. 51, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06, dispor que o prazo de 90 (noventa) dias para a conclusão do inquérito pode ser duplicado pela autoridade judiciária competente, de onde se poderia concluir que esta duplicação seria possível uma única vez, prevalece o entendimento de que este prazo pode ser prorrogado sucessivas vezes, desde que subsista a necessidade de realização de diligências indispensáveis para a formação da *opinio delicti*. Aliás, ao fazer menção à possibilidade de a autoridade policial requerer a devolução dos autos do inquérito para a realização de diligências necessárias em seu art. 52, II, a própria Lei de Drogas permite concluir que esta prorrogação além dos 180 (cento e oitenta) dias é possível, caso o investigado esteja em liberdade.

Nas hipóteses em que o tráfico de drogas é cometido em conexão (ou continência) com outra infração penal, por mais que o procedimento a ser aplicado seja o comum ordinário, deve ser utilizado o prazo para a conclusão do inquérito constante da Lei de Drogas, e não os prazos da legislação ordinária. Como observam Mendonça e Carvalho, "se houver conexão do delito de tráfico com outro crime (como a lavagem de dinheiro, por exemplo), há ainda maior complexidade para a apuração, a justificar a manutenção de lapso mais lato de tempo para as investigações. Seria um contrassenso aplicar prazo menor justamente quando estivermos diante de casos mais complexos".[293]

Outra discussão quanto ao prazo para a conclusão do inquérito policial diz respeito a sua natureza: prazo de natureza material ou prazo

293. Op. cit. p. 273.

de natureza processual? Se o prazo é de natureza material, significa que o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo (CP, art. 10). Ademais, tal prazo não se prorroga até o primeiro dia útil subsequente, não estando sujeito a causas interruptivas nem suspensivas. De outro lado, cuidando-se de prazo de natureza processual, exclui-se o dia do começo e inclui-se o dia do final, ou seja, significa dizer que o prazo começa a fluir a partir do primeiro dia útil subsequente. Além disso, o prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato (CPP, art. 798, §§ 1º e 3º).

Em relação ao prazo para a conclusão de inquérito policial relativo a investigado solto, não há maiores controvérsias: trata-se de prazo de natureza processual. A divergência fica por conta da natureza do prazo para a conclusão do inquérito quando o agente estiver preso: sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que se trata de prazo de natureza processual. Não se deve confundir a contagem do prazo da prisão, que deve observar o art. 10 do Código Penal, incluindo-se o dia do começo no cômputo do prazo, com a contagem do prazo para a conclusão do inquérito policial, que tem natureza processual. Conta-se o prazo, pois, a partir do primeiro dia útil após a prisão, sendo que, caso o prazo termine em sábado, domingo ou feriado, estará automaticamente prorrogado até o primeiro dia útil. Todavia, como a atividade policial é exercida durante todos os dias da semana, entendemos que não se aplica a regra de que o prazo que se inicia na sexta-feira somente começaria a correr no primeiro dia útil subsequente.[294]

Quanto às consequências relativas à inobservância desse prazo para a conclusão do inquérito policial, entende-se que, no caso de investigado solto, esse prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias é impróprio, tendo em vista que sua inobservância não produz qualquer consequência. Já no caso de investigado preso, eventual atraso de poucos dias não gera qualquer ilegalidade, já que tem prevalecido a tese de que a contagem do prazo para a conclusão do processo é global, e não individualizada. Assim, mesmo que haja um pequeno excesso nessa fase investigatória, é possível que haja uma compensação na fase processual. Todavia, se restar caracterizado um excesso abusivo, não respaldado pelas circunstâncias do caso concreto (complexidade das investigações e pluralidade de investigados), impõe-se o relaxamento da prisão, sem prejuízo da continuidade da persecução criminal.[295]

294. Para Guilherme de Souza Nucci (*Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 164), cuida-se de prazo de natureza material, que deve ser contado nos termos do art. 10 do Código Penal. Para Mirabete (*Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 81) e Feitoza (*Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010. p. 181), trata-se de prazo de natureza processual.

295. Na dicção do STJ, "a prisão ilegal, que há de ser relaxada pela autoridade judiciária, em cumprimento de dever-poder insculpido no artigo 5º, inciso LXV, da Constituição da República, compreende, por certo, aquela que, afora perdurar por prazo superior ao prescrito em lei, ofende de forma manifesta o princípio da razoabilidade. É induvidosa a caracterização de constrangimento ilegal, quando perdura a constrição cautelar por mais de seis meses, sem oferecimento da denúncia, fazendo-se invocável a razoabilidade". (STJ, 6ª Turma, HC 44.604/RN, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 09/12/2005, DJ 06/02/2006 p. 356).

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I – relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

II – requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I – necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II – necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

52. RELATÓRIO DA AUTORIDADE POLICIAL.

De acordo com o Código de Processo Penal (art. 10, § 1º), o inquérito policial deve ser concluído com a elaboração, por parte da autoridade policial, de minucioso relatório do que tiver sido apurado, com posterior remessa dos autos do inquérito policial ao juiz competente.

Cuida-se, o relatório, de peça elaborada pela autoridade policial, de conteúdo eminentemente descritivo, onde deve ser feito um esboço das principais diligências levadas a efeito na fase investigatória, justificando-se até mesmo a razão pela qual algumas não tenham sido realizadas, como, por exemplo, a juntada de um laudo

pericial, que ainda não foi concluído pela Polícia Científica. Apesar de a elaboração do relatório ser um dever funcional da autoridade policial, não se trata de peça obrigatória para o oferecimento da denúncia, ainda mais se considerarmos que nem mesmo o inquérito policial é peça indispensável para o início do processo criminal, desde que a imputação esteja respaldada por outros elementos de convicção. Todavia, demonstrada a desídia da autoridade policial no cumprimento de seu mister, a respectiva corregedoria deve ser comunicada, a fim de adotar eventuais sanções disciplinares.

Pelo menos em regra, deve a autoridade policial abster-se de fazer qualquer juízo de valor no relatório, já que a *opinio delicti* deve ser formada pelo titular da ação penal: Ministério Público, nos crimes de ação penal pública; ofendido ou seu representante legal, nos crimes de ação penal de iniciativa privada. No entanto, em se tratando de crimes de drogas, a própria Lei nº 11.343/06 prevê expressamente que a autoridade policial relatará sumariamente as circunstâncias do fato, *justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente* (art. 52, I).

Essa classificação provisória feita pela autoridade policial é de suma importância para se distinguir eventual crime de porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal das modalidades de tráfico de drogas. De todo modo, o Ministério Público não fica vinculado à classificação provisória formulada pela autoridade policial, pois é ele o titular da ação penal. Para fins de análise quanto à possibilidade de concessão de liberdade provisória, o juiz também não se encontra vinculado à classificação formulada pela autoridade policial em seu relatório, nem tampouco àquela constante da peça acusatória, podendo corrigir a adequação do juízo de subsunção feito pelo Delegado ou pelo Promotor, embora o faça de maneira incidental e provisória, apenas para decidir quanto ao cabimento da liberdade provisória. Afinal, não faria sentido manter o acusado preso ao longo de toda a instrução processual penal para, ao final, desclassificar a imputação para porte de drogas para consumo pessoal e, somente então, poder colocá-lo em liberdade.

52.1. Destinatário dos autos do inquérito policial.

Pela leitura do art. 52, *caput*, da Lei de Drogas, que segue o mesmo raciocínio constante do art. 10, § 1º, do CPP, uma vez concluída a investigação policial, os autos do inquérito policial devem ser encaminhados primeiramente ao Poder Judiciário e, somente depois, ao Ministério Público.

Não obstante o teor desses dispositivos legais, por conta da adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal, outorgando ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, não há como se admitir que ainda subsista essa necessidade de remessa inicial dos autos ao Poder Judiciário. Tendo em conta ser o Ministério Público o *dominus litis* da ação penal pública, e, portanto, o destinatário final das investigações levadas a cabo no curso do inquérito policial, considerando que o procedimento investigatório é destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação persecutória do órgão ministerial, e diante da desnecessidade de controle judicial de atos que não afetam diretos e garantias fundamentais do indivíduo, deve-se concluir que os autos da investigação policial devem tramitar diretamente entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário, a não ser para o exame de medidas cautelares (v.g., prisão preventiva, interceptação telefônica, busca domiciliar, etc.).

Essa tramitação direta dos autos entre a Polícia e o Ministério Público, além de assegurar um procedimento mais célere, em respeito ao direito à razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), contribuindo para o fim da morosidade da persecução penal, também é de fundamental importância na preservação da imparcialidade do órgão jurisdicional, porquanto afasta o magistrado de qualquer atividade investigatória que implique formação de convencimento prévio a respeito do fato noticiado e sob investigação.

Por tais motivos, é crescente o número de portarias de Tribunais de Justiça determinando que os autos da investigação policial devam ser remetidos diretamente ao órgão ministerial (centrais de inquéritos). No âmbito da Justiça Federal, aliás, vale a pena destacar que o Conselho da Justiça Federal, por meio da Resolução nº 63, de 26 de junho de 2009, também regulamentou a matéria. De acordo com a referida Resolução, os autos de inquérito policial somente serão admitidos para registro, inserção no sistema processual informatizado e distribuição às Varas Federais com competência criminal quando houver: a) comunicação de prisão em flagrante efetuada ou qualquer outra forma de constrangimento aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República; b) representação ou requerimento da autoridade policial

ou do Ministério Público Federal para a decretação de prisões de natureza cautelar; c) requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público Federal de medidas constritivas ou de natureza acautelatória; d) oferta de denúncia pelo Ministério Público Federal ou apresentação de queixa crime pelo ofendido ou seu representante legal; e) pedido de arquivamento deduzido pelo Ministério Público Federal; f) requerimento de extinção da punibilidade com fulcro em qualquer das hipóteses previstas no art. 107 do Código Penal ou na legislação penal extravagante. Afora as hipóteses acima mencionadas, os autos de inquérito policial, concluídos ou com requerimento de prorrogação de prazo para o seu encerramento, quando da primeira remessa ao Ministério Público Federal, serão previamente levados ao Poder Judiciário tão-somente para o seu registro, que será efetuado respeitando-se a numeração de origem atribuída na Polícia Federal. Após o registro do inquérito policial na Justiça Federal, os autos serão automaticamente encaminhados ao Ministério Público Federal, sem a necessidade de determinação judicial nesse sentido, bastando a certificação, pelo servidor responsável, da prática aqui mencionada. Os autos de inquérito já registrados, na hipótese de novos requerimentos de prorrogação de prazo para a conclusão das investigações policiais (v.g., Lei nº 11.343/06, art. 52, II), serão encaminhados pela Polícia Federal diretamente ao Ministério Público Federal.

52.2. Diligências complementares.

O art. 52 da Lei de Drogas deixa evidente que, mesmo após o oferecimento da denúncia, é possível que o Ministério Público requisite à autoridade de polícia judiciária a realização de diligências complementares, cujo resultado deve ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento. Por força da necessidade de observância desse lapso temporal, é relevante que, ao designar a data da audiência una de instrução e julgamento (Lei nº 11.343/06, art. 56), a autoridade policial também seja cientificada acerca da data designada.

Atenta à preocupação crescente dos órgãos incumbidos da persecução penal no tocante à movimentação financeira das organizações criminosas especializadas no tráfico de drogas, e objetivando otimizar a decretação de medidas cautelares patrimoniais (v.g., sequestro), assegurando, assim, ulterior confisco (Lei nº 11.343/06, art. 63), a própria Lei de Drogas prevê que a remessa dos autos do inquérito far-se-á sem prejuízo de diligências complementares necessárias à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome. Como o sequestro recai, precipuamente, sobre o produto direto ou indireto da infração penal, não podendo incidir sobre bens adquiridos licitamente pelo acusado, incumbe à autoridade policial agregar a tais informações dados capazes de estabelecer o nexo entre tais bens e os crimes de tráfico de drogas.[296]

> **Art. 53.** Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:
>
> I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;
>
> II – a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.
>
> Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

53. AGENTE INFILTRADO E AÇÃO CONTROLADA.

Para mais detalhes acerca dessas duas importantes técnicas especiais de investigação, remetemos o leitor aos comentários referentes à nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13, arts. 8º a 14).

> **Seção II**
> **Da Instrução Criminal**
>
> **Art. 54.** Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao

296. De se lembrar que, por força da Lei nº 12.694/12, na hipótese de o produto ou proveito do crime não ser encontrado ou se localizar no exterior, o sequestro também poderá recair sobre bens ou valores equivalentes de origem lícita (CP, art. 91, §§ 1º e 2º).

Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

I – requerer o arquivamento;

II – requisitar as diligências que entender necessárias;

III – oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

54. PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS TER VISTA DOS AUTOS DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO.

Ao contrário do CPP (art. 46), que estabelece o prazo de 5 (cinco) dias para o Ministério Público oferecer denúncia, estando o acusado preso, e de 15 (quinze) dias, caso ele esteja em liberdade, a Lei de Drogas estabelece prazo único de 10 (dez) dias para que o *Parquet* adote uma das providências destacadas pelo art. 54, pouco importando se o investigado está preso ou solto. Apesar de o art. 54 da Lei nº 11.343/06 fazer menção a apenas 3 (três) providências que podem ser adotadas pelo Ministério Público, é certo que há outras 2 (duas) possibilidades. Vejamos, separadamente, cada uma delas:

a) **promoção de arquivamento:** a Lei de Drogas e o Código de Processo Penal silenciam acerca das hipóteses que autorizam o arquivamento do inquérito policial, ou, *a contrario sensu*, em relação às situações em que o Ministério Público deva oferecer denúncia. Em que pese o silêncio do CPP, é possível a aplicação, por analogia, das hipóteses de rejeição da peça acusatória e de absolvição sumária, previstas nos arts. 395 e 397 do CPP, respectivamente. Em outras palavras, se é caso de rejeição da peça acusatória, ou se está presente uma das hipóteses que autorizam a absolvição sumária, é porque o Promotor de Justiça não deveria ter oferecido a denúncia em tais hipóteses. Destarte, podemos afirmar que as hipóteses que autorizam o arquivamento são as seguintes: 1) ausência de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal; 2) falta de lastro probatório suficiente para o oferecimento da peça acusatória; 3) manifesta atipicidade formal ou material da conduta; 4) existência manifesta de causa excludente da ilicitude; 5) existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo a inimputabilidade; 6) existência de causa extintiva da punibilidade;

b) **requisição de diligências necessárias**: o Ministério Público não pode requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis à formação da *opinio delicti*. Se o Ministério Público é o destinatário, por excelência, dos elementos de informação produzidos no curso da investigação policial, não cabe ao Poder Judiciário, substituindo-se indevidamente ao titular da ação penal pública, formar juízo acerca da necessidade (ou não) da realização de determinadas diligências reputadas indispensáveis pelo *dominus litis* à formação de sua convicção acerca da prática de determinada infração penal. Diante do poder de requisição do Ministério Público (CF, art. 129, inciso VIII), essas diligências investigatórias devem ser requisitadas diretamente à autoridade policial (CPP, art. 13, II), ressalvadas as hipóteses em que haja necessidade de prévia autorização judicial (v.g., interceptação telefônica). Havendo necessidade dos autos para auxiliar no cumprimento das diligências, deve o Promotor requerer ao juiz a remessa dos autos à autoridade policial. Indeferido pelo juiz o pedido de devolução dos autos para novas e imprescindíveis diligências, caberá correição parcial;

c) **oferecimento de denúncia**: presentes as condições da ação penal e havendo lastro probatório suficiente acerca da existência do crime e de indícios de autoria ou de participação, incumbe ao Ministério Público oferecer denúncia, em fiel observância ao princípio da obrigatoriedade. Ao contrário do procedimento comum ordinário previsto no CPP (art. 401), que permite o arrolamento de até 8 (oito) testemunhas por fato delituoso, o art. 54, inciso III, da Lei nº 11.343/06, autoriza que o *Parquet* arrole até 5 (cinco) testemunhas, oportunidade em que também deverá requerer as demais provas que entender pertinentes, sob pena de preclusão;

4) **declinação de competência**: caso o Promotor de Justiça entenda que o juízo perante o qual atua não é dotado de competência para o julgamento do feito, deve requerer ao juiz que remeta os autos ao juiz natural. A título ilustrativo, suponha-se que um inquérito policial relativo ao crime de tráfico internacional de drogas seja remetido à Justiça Estadual. Verificando que se trata de crime de competência da Justiça Federal com fundamento no art. 109, inciso V, da Constituição Federal, incumbe ao Promotor requerer a remessa dos autos ao juízo federal competente para o julgamento do feito;

5) **conflito de competência**: essa hipótese não se confunde com a anterior. Na hipótese anterior, nenhum outro órgão jurisdicional havia se manifestado quanto à competência. Quando se fala em conflito de competência, significa dizer que já houve prévia manifestação de outro órgão jurisdicional, daí por que não se pode requerer

o retorno dos autos àquele juízo – deve-se, sim, suscitar conflito de competência. Usando o mesmo exemplo anterior, suponha-se que autos de inquérito policial, que estavam tramitando perante a Justiça Federal, tenham sido remetidos à Justiça Estadual, porquanto o juiz federal concluiu que não se tratava de crime de tráfico internacional de drogas, mas sim de mero tráfico doméstico. Ora, supondo que o Promotor de Justiça e o juiz estadual discordem dessa conclusão, entendendo, sim, que há fortes indicativos da transnacionalidade do tráfico, não poderão declinar da competência em favor da Justiça Federal, já que o juiz federal já se manifestou no sentido de sua incompetência. Deve-se, pois, suscitar conflito negativo de competência, a ser dirimido pelo STJ, nos exatos termos do art. 105, I, "d", da Constituição Federal.[297]

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

55. NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO APÓS O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA.

De acordo com o art. 55, *caput*, da Lei nº 11.343/06, uma vez oferecida a peça acusatória, deve o juiz ordenar a *notificação* do acusado para apresentar *defesa prévia (sic)*,[298] por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Ao contrário do procedimento comum ordinário, que só permite a manifestação do acusado por meio da resposta à acusação após o recebimento da peça acusatória (CPP, art. 396-A), a Lei de Drogas prevê a existência de verdadeiro contraditório prévio ao recebimento da denúncia. Não por outro motivo, ao invés de se referir à citação, que só pode ser feita após o recebimento da peça acusatória, e tem o condão de completar a formação do processo (CPP, art. 363, *caput*), o art. 55 da Lei de Drogas faz uso da expressão "notificação".

Para permitir o exercício da ampla defesa, esta notificação deve ser pessoal e acompanhada de cópia da denúncia. Se o acusado não for encontrado por ocasião da notificação pessoal, este ato de comunicação deve ser feito por edital. Apesar de a Lei nº 11.343/06 não fazer menção expressa à notificação por edital, é certo que o próprio CPP (art. 370) estabelece que as intimações e notificações dos acusados, das testemunhas e das demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato durante o curso do processo *devem ser feitas de acordo com o capítulo que trata das citações*. Ora, se o art. 361 do CPP dispõe que, não encontrado o acusado, deverá ser citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias, é intuitivo que o mesmo raciocínio deve ser aplicado na hipótese de o acusado não ser encontrado para fins de notificação pessoal. Nesse caso, sua notificação deve ser feita por edital, com o mesmo prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual deve ser respeitado o lapso temporal de 10 (dez) dias para o oferecimento da defesa preliminar.

Caso a defesa preliminar não seja apresentada após a notificação por edital, há controvérsias na doutrina acerca do procedimento a ser adotado:

a) **suspensão do processo e da prescrição (CPP, art. 366)**: parte da doutrina entende que a não apresentação da defesa preliminar acarreta a suspensão do processo e da prescrição com fundamento no art. 366 do CPP. O objetivo dessa suspensão é impedir que o acusado perca a oportunidade de exercer sua autodefesa e constituir advogado de sua confiança. Logo, admitida a continuação do processo até a realização da citação para que, somente então, fosse determinado o

297. Deixamos de inserir o conflito de atribuições como sexta providência a ser adotada pelo Ministério Público, pois se os autos estão tramitando perante o Poder Judiciário, obrigatoriamente deve ter havido prévia manifestação de uma autoridade judiciária acerca da competência (ou incompetência). Logo, se um juiz se manifestou acerca de sua (in) competência, já não se pode mais falar em conflito de atribuições, restrito às hipóteses de divergência entre órgãos do Ministério Público acerca da responsabilidade ativa para a persecução penal.

298. Apesar de o art. 55, *caput*, fazer uso da expressão *defesa prévia*, trata-se, na verdade, de espécie de defesa preliminar, verdadeiro contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da peça acusatória. Para mais detalhes acerca da diferença entre defesa prévia, defesa preliminar e resposta à acusação, vide adiante tópico acerca do assunto.

sobrestamento do feito, haveria evidente prejuízo à autodefesa, porquanto o acusado teria perdido a oportunidade de apresentar sua defesa preliminar, de modo a formar o convencimento do juiz acerca da inviabilidade do processo, e de requerer provas a serem produzidas durante o curso da instrução probatória;[299]

b) **nomeação de defensor dativo:** em posição à qual nos filiamos, se a defesa preliminar não for apresentada após a notificação por edital do acusado, não se admite a suspensão do processo e da prescrição com fundamento no art. 366 do CPP. Isso porque a própria Lei nº 11.343/06 traz solução expressa para a hipótese de não apresentação da defesa preliminar: "Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação" (art. 55, § 3º). Portanto, só há falar em suspensão do processo e da prescrição após a apresentação da defesa preliminar por este advogado nomeado, ulterior recebimento da peça acusatória, e consequente citação por edital do acusado. Aí sim será possível a aplicação do art. 366 do CPP, caso o acusado não compareça nem constitua advogado.[300]

55.1. Reação defensiva à denúncia.

De acordo com o art. 55, *caput,* da Lei n.11.343/06, oferecida a denúncia, o juiz deve ordenar a notificação do acusado para oferecer *defesa prévia,* por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Apesar de o legislador fazer uso da expressão *defesa prévia,* como se trata de uma manifestação da defesa apresentada antes do recebimento da peça acusatória, o ideal é se referir a esta peça como *defesa preliminar.*

Esta peça a ser apresentada pelo acusado logo após a notificação deve ser denominada de **defesa preliminar,** a qual não se confunde com a extinta **defesa prévia** (antiga redação do art. 395), nem tampouco com a novel **resposta à acusação,** inserida pela Lei nº 11.719/08 no art. 396-A do CPP. Infelizmente, não há qualquer rigor terminológico quanto à utilização dessa nomenclatura por parte da doutrina e da jurisprudência, que se referem a tais peças como se fossem expressões sinônimas. No entanto, tamanhas são as diferenças entre elas que preferimos usar termos distintos. Vejamos, então, as diferenças entre cada uma dessas peças da defesa.

55.1.1. Extinta defesa prévia.

Defesa prévia era a peça de defesa prevista na antiga redação do art. 395 do Código de Processo Penal. Segundo a antiga redação do art. 395 do CPP, "o réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas". No antigo procedimento comum ordinário, o acusado era citado para que fosse interrogado, sendo que a defesa prévia era apresentada imediatamente depois. O prazo para sua apresentação era de 3 (três) dias, prevalecendo o entendimento de que referida peça podia ser apresentada tanto pelo acusado quanto por seu advogado.

Quanto à consequência da ausência de apresentação da defesa prévia, doutrina e jurisprudência eram uníssonas em apontar que não havia qualquer nulidade. Isso porque, como geralmente a defesa prévia era apresentada apenas com o objetivo de arrolar testemunhas ou para especificar outras provas pretendidas, entendia-se que a não apresentação da referida peça significava que a defesa não tinha testemunhas a arrolar. Sua apresentação, portanto, não era obrigatória, e sim mera faculdade da defesa. Não constituía, enfim, ato essencial do processo. Na verdade, só se reconhecia a existência de nulidade caso não houvesse a intimação da defesa para a apresentação da referida peça.

55.1.2. Defesa preliminar.

Verdadeira espécie de contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da peça acusatória, a defesa preliminar é uma oportunidade que o acusado tem de ser ouvido antes de o juiz receber a peça acusatória, objetivando impedir a instauração de um processo temerário. Esta peça defensiva visa evitar o processo como pena, isto é, impedir a instauração de processo leviano, com base em acusação que a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da peça acusatória possa, de logo, demonstrar de todo infundada.

O momento processual para a apresentação da defesa preliminar é entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória. Portanto, o ponto central para identificar a chamada defesa preliminar é o momento de sua apresentação: entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória. Por isso, ainda que o dispositivo legal utilize outra expressão – o art. 55, *caput,* da Lei de Drogas, por exemplo, faz uso da expressão "defesa prévia" –,

299. É nesse sentido a posição de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira: *Legislação penal especial.* Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 352.

300. Nessa linha: GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006 – artigo por artigo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 235.

se se tratar de oportunidade para manifestação da defesa antes de o juiz receber a peça acusatória, conclui-se que se trata de defesa preliminar.

Como a defesa preliminar é apresentada antes de o juiz receber a peça acusatória, seu escopo principal é o de convencer o magistrado acerca da presença de uma das hipóteses que autorizam a rejeição da peça acusatória: inépcia da inicial, ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação; falta de justa causa para o exercício da ação penal (CPP, art. 395, I, II e III).

Como o acusado não é dotado de conhecimentos técnicos suficientes, o ideal é sustentar que esta peça não pode ser apresentada pelo próprio acusado, a não ser que este seja advogado. Admitir que esta peça possa ser apresentada pelo próprio acusado é negar importância ao seu conteúdo, com patente violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fazendo tábua rasa desse contraditório prévio ao recebimento da peça acusatória. Por isso, apesar de o art. 55, § 1º, da Lei de Drogas, fazer menção à apresentação dessa peça pelo acusado, somente um profissional da advocacia poderá fazê-lo.

Apesar de a defesa preliminar conferir à defesa a oportunidade de se manifestar antes do possível recebimento da peça acusatória, entende-se que, nessa fase, só é possível a produção de prova documental. Não se proporciona à defesa, portanto, reação ampla de modo a permitir dilação probatória. Na visão dos Tribunais Superiores, não se admite uma fase instrutória prévia ao recebimento da denúncia, sendo defeso ao acusado requerer produção de provas nesse momento processual, tendo em vista que ainda não existe processo criminal instaurado contra ele. Na verdade, incumbe à defesa, pela própria análise dos elementos que instruíram a peça acusatória, evidenciar a insuficiência de elementos informativos para a imputação, visando a que não seja admitida.[301]

A defesa preliminar pode ser encontrada nos seguintes procedimentos:

a) **Lei de drogas**: prevista no art. 55, *caput*, da Lei nº 11.343/06, o prazo para seu oferecimento é de 10 (dez) dias. Nesta peça, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares (v.g., nulidades relativas) e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de cinco, arrolar testemunhas;

b) **Procedimento originário dos Tribunais**: prevista no art. 4º da Lei nº 8.038/90, o prazo para sua apresentação é de 15 (quinze) dias. A mesma lei prevê que, após a apresentação da defesa preliminar, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas (art. 6º), do que se infere a necessidade de fundamentação do recebimento da denúncia;

c) **Juizados Especiais Criminais**: o art. 81 da Lei nº 9.099/95 prevê que, antes de receber, ou não, a denúncia ou queixa, o juiz dará a palavra ao defensor para responder à acusação. Tratando-se, pois, de manifestação da defesa entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória, trata-se de hipótese de defesa preliminar, com a peculiaridade de ser possível sua apresentação de forma oral;

d) **Decreto-Lei nº 201/67**: ao tratar do procedimento pertinente aos crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores, o art. 2º, inciso I, do referido Decreto-Lei dispõe: "antes de receber a denúncia o juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de 5 (cinco) dias. Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa, dentro do mesmo prazo". Apesar do teor do referido dispositivo legal, convém destacar que, por força da Constituição Federal de 1988, prefeitos têm foro por prerrogativa de função perante o respectivo Tribunal de Justiça (art. 29, X). Logo, o procedimento a ser aplicado não é o do art. 2º do Dec. Lei nº 201/67, mas sim aquele da Lei nº 8.038/90. Isso porque, segundo o art. 1º da Lei nº 8.658/93, as normas dos arts. 1º a 12, inclusive, da Lei nº 8.038/90, são aplicáveis às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dos Tribunais Regionais Federais;

e) **Crimes funcionais afiançáveis**: de acordo com o art. 514 do CPP, nos crimes afiançáveis praticados por funcionário público, também há previsão legal de defesa preliminar, que deve ser oferecida dentro do prazo de 15 (quinze) dias;

f) **Lei de improbidade administrativa**: apesar de possuir natureza eminentemente cível, a Lei nº 8.429/92 também prevê a obrigatoriedade de notificação do requerido para oferecer manifestação por escrito em momento anterior à rejeição

301. STJ, 5ª Turma, HC 198.419/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/09/2011.

ou recebimento da petição inicial, o que também caracteriza hipótese de defesa preliminar (art. 17, §§ 7º e 8º).

55.1.2.1. Consequências decorrentes da inobservância da defesa preliminar.

Não há dúvidas quanto à necessidade de apresentação da defesa preliminar, que funciona, na verdade, como verdadeira condição específica da ação penal, porquanto o magistrado não pode determinar o recebimento da peça acusatória sem antes franquear ao acusado o exercício desse contraditório prévio. A propósito, a Lei de Drogas dispõe expressamente que, na hipótese de não apresentação dessa peça no prazo legal, incumbe ao juiz nomear defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação (art. 55, § 3º).

Na verdade, a controvérsia diz respeito às consequências decorrentes da não observância do procedimento que prevê esse contraditório prévio ao recebimento da peça acusatória. Em outras palavras, supondo-se em curso um processo criminal cujo procedimento preveja a defesa preliminar, qual será a consequência da inobservância desse rito: mera irregularidade, nulidade relativa ou absoluta?

A nosso juízo, a inobservância do procedimento que prevê defesa preliminar deve configurar tão somente nulidade relativa. Afinal, em sede de nulidades, deve prevalecer o disposto no art. 563 do CPP, que consagra o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não se declara nulidade no caso em que inexiste prejuízo para a apuração da verdade substancial da causa. Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto. Assim, a eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes.[302]

Especificamente em relação à observância do art. 514 do CPP, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 330, cujo teor é o seguinte: "É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial". Como se percebe, sob a ótica do STJ, a notificação prévia do acusado para que ofereça resposta por escrito é dispensada quando a denúncia se encontra devidamente respaldada em inquérito policial. A obrigatoriedade da notificação do funcionário público para a apresentação de resposta formal fica restrita aos casos em que a denúncia apresentada estiver baseada, tão-somente, em documentos acostados à representação.[303]

Apesar da posição consolidada na súmula nº 330 do STJ, a partir do julgamento do HC 85.779/RJ, o plenário do Supremo Tribunal, abandonando anterior entendimento jurisprudencial, assentou, como *obter dictum*, que o fato de a denúncia se ter respaldado em elementos de informação colhidos no inquérito policial, não dispensa a obrigatoriedade da notificação prévia do acusado para apresentar a defesa preliminar. Portanto, na visão da Suprema Corte, é indispensável a observância do procedimento previsto no art. 514, mesmo quando a denúncia estiver lastreada em inquérito policial.[304]

Quanto à natureza da nulidade na hipótese de inobservância do procedimento que prevê a defesa preliminar, prevalece no STJ o entendimento de que se trata de mera nulidade relativa. Logo, a arguição deve ser feita oportunamente, sob pena de preclusão. Além disso, o prejuízo há de ser comprovado, sob pena de não reconhecimento da nulidade.[305]

Não por outro motivo, em caso concreto atinente à inobservância do art. 514 do CPP, concluiu a 6ª Turma do STJ tratar-se de nulidade relativa, daí por que denegou a ordem de anular o processo a partir do recebimento da peça acusatória, porquanto não ocorreu a demonstração do prejuízo.[306]

302. É firme o entendimento da 5ª Turma do STJ no sentido de que a inobservância do procedimento referente à defesa preliminar disciplinado no art. 55 da Lei nº 11.343/06 implica nulidade relativa, que, para ser reconhecida, necessita da alegação oportuna juntamente com a comprovação do prejuízo: STJ, 5ª Turma, HC 238.170/MT, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/08/2012, DJe 14/08/2012. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 118.728/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ, j. 01/12/2011, DJe 03/02/2012.

303. STJ, 5ª Turma, RHC 18.336/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11/04/2006, DJ 08/05/2006 p. 240.

304. STF, Pleno, HC 85.779/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28/02/2007, DJe 047 28/06/2007. Com raciocínio semelhante: STF, 1ª Turma, HC 89.686/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/06/2007, DJe 082 16/08/2007; STF, 1ª Turma, HC 95.969/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/05/2009, DJe 108 10/06/2009.

305. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 72.306/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/09/2007, DJ 05/11/2007 p. 308. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 182.142/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/05/2011, DJe 30/05/2011). E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 184.640/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/05/2011, DJe 30/05/2011; STJ, 5ª Turma, HC 127.904/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/05/2011, DJe 24/06/2011; STJ, 5ª Turma, HC 176.295/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011.

306. STJ, 6ª Turma, HC 173.384/SC, Rel. Min. Celso Limongi, j. 01/03/2011, DJe 21/03/2011). Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.133.603/MG, Rel. Min. Celso Limongi, j. 17/02/2011, DJe 09/03/2011; STJ, 6ª Turma, HC

Para o Supremo, ainda que não tenha sido observado o procedimento atinente à defesa preliminar, a superveniência de sentença condenatória afasta a possibilidade de reconhecimento da nulidade. Em outras palavras, se a finalidade da defesa preliminar é permitir que o denunciado apresente razões capazes de induzir à conclusão da inviabilidade da ação penal, a ulterior edição de decisão condenatória — fundada no exame da prova produzida com todas as garantias do contraditório —, faz presumido o atendimento daquele requisito inicial. Portanto, anular todo o processo para que a defesa tivesse oportunidade de oferecer fundamentos que não foram capazes de evitar a sentença condenatória, não teria sentido, haja vista que esta denotaria não só a viabilidade da ação, mas, sobretudo, a própria procedência desta, e deve, assim, ser impugnada por seus fundamentos. Portanto, na visão da Suprema Corte, a superveniência de sentença condenatória, que denota a viabilidade da ação penal, prejudica a preliminar de nulidade processual por falta de defesa preliminar.[307]

Ora, se a Suprema Corte vem exigindo a comprovação do prejuízo para o reconhecimento da nulidade, e se também impõe a arguição oportuna, traços peculiares das nulidades relativas, conclui-se que o entendimento da Suprema Corte é semelhante ao do Superior Tribunal de Justiça. Em outras palavras, a ausência da notificação prévia para apresentação da defesa preliminar constitui vício que gera nulidade relativa e que, por isso, deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão.[308]

55.1.3. Resposta à acusação.

Enquanto a defesa preliminar é apresentada entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória, a resposta à acusação introduzida no art. 396-A do CPP pela Lei nº 11.719/08 deve ser oferecida após o recebimento da peça acusatória, imediatamente depois da citação do acusado. De fato, como prevê o art. 396, *caput*, do CPP, nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e *ordenará a citação do acusado para responder à acusação*, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Na resposta à acusação, como a peça acusatória já foi recebida pela autoridade judiciária, seu escopo principal é uma eventual absolvição sumária, nas hipóteses de atipicidade, excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, salvo inimputabilidade, ou causa extintiva da punibilidade (CPP, art. 397). Caso não seja possível a absolvição sumária, deve o defensor arguir, desde já, preliminares, oferecer documentos e justificações,[309] especificar as provas pretendidas, e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

A nosso juízo, a resposta à acusação não pode ser apresentada pelo próprio acusado, a não ser que este seja advogado. Ao contrário da antiga defesa prévia (revogado art. 395 do CPP), que podia ser apresentada tanto pelo acusado como por seu advogado, porquanto se restringia à apresentação do rol de testemunhas, a resposta à acusação passou a ser de mérito (e obrigatória), daí por que somente o profissional da advocacia pode oferecê-la, visto que o acusado não é dotado de conhecimentos técnicos suficientes. Admitir que esta peça seja apresentada pelo próprio acusado é negar importância ao seu conteúdo, com patente violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.[310]

A resposta à acusação deve ser oferecida pelo defensor técnico dentro do prazo de 10 (dez) dias da citação. Este prazo processual de 10 (dez) dias começa a fluir a partir da efetiva citação, e não da data da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória. A propósito, confira-se o teor da súmula nº 710 do Supremo: "No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem".

Dúvida não há quanto à obrigatoriedade de apresentação da resposta à acusação. Afinal, o art. 396-A, § 2º, do CPP, estabelece que "não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado,

144.417/RJ, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. 07/10/2010, DJe 16/11/2010. Em alguns julgados mais antigos, a 6ª Turma do STJ se manifestara no sentido de que a inobservância do procedimento que prevê a defesa preliminar gera nulidade de caráter absoluto, que não está sujeita à preclusão, nem é sanável pelo decurso do tempo. Logo, o fato de a nulidade somente ter sido arguida após o desfecho do processo não inviabiliza a apreciação do pedido, pois as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, ou seja, não se sujeitam à preclusão, podendo ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação, sem necessidade de que se fale em necessidade de prova do prejuízo: STJ, 6ª Turma, HC 138.275/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05/11/2009, DJe 24/05/2010. E também: STJ, 6ª Turma, HC 99.605/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 13/05/2008, DJe 08/06/2009.

307. STF, 2ª Turma, HC 89.517/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 15/12/2009, DJe 27 11/02/2010. Na mesma esteira: STF, 1ª Turma, HC 94.011/SP, Rel. Min. Menezes Direito, j. 10/06/2008, DJe 172 11/09/2008; STF, 2ª Turma, HC 100.515/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 16/08/2011.

308. STF, 1ª Turma, HC 91.760/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30/10/2007, DJe 36 28/02/2008.

309. Esta justificação é um procedimento cautelar, que, de maneira não contenciosa, é instaurado com o objetivo de se produzir determinada prova. Encontra-se regulamentado entre os arts. 861 e 866 do CPC, aplicáveis subsidiariamente ao processo penal por força do art. 3º do CPP. De acordo com o art. 381, §5º, do CPC, aplica-se o disposto nos arts. 381 a 383 (produção antecipada da prova) àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

310. Na mesma linha: MUCCIO. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2011. p. 1303.

não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias". Portanto, a não apresentação da resposta à acusação implicará em nulidade absoluta, por força do art. 564, III, "e", do CPP.

Apresentada a resposta à acusação, incumbe ao juiz fundamentar, ainda que sucintamente, a decisão que acolher ou não as teses defensivas apresentadas pela defesa. Afinal, não fosse necessário que o Magistrado apreciasse as questões relevantes trazidas pela defesa, quer preliminares, quer questões de mérito, seria de todo inócua a previsão normativa que assegura o oferecimento da resposta à acusação.[311]

55.1.4. Quadro comparativo entre a extinta defesa prévia, a defesa preliminar e a resposta à acusação.

Extinta Defesa Prévia	Defesa Preliminar (Resposta Preliminar)	Resposta à acusação
Previsão legal: antiga redação do art. 395 do CPP.	**Previsão legal:** a) Lei de Drogas (art. 55, *caput*, da Lei nº 11.343/06); b) Procedimento originário dos Tribunais (art. 4º da Lei nº 8.038/90); c) Juizados Especiais Criminais (art. 81 da Lei nº 9.099/95); d) Crimes funcionais afiançáveis (CPP, art. 514).	**Previsão legal**: CPP, art. 396-A, *caput*; art. 406, *caput*;
Prazo: 3 (três) dias.	**Prazo:** pode ser de 10 (dez) ou 15 (quinze) dias, a depender do procedimento legal.	**Prazo:** 10 (dez) dias, contados a partir da efetiva citação e não da juntada aos autos do mandado.
Momento: era apresentada após o interrogatório judicial do acusado.	**Momento**: deve ser apresentada entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória.	**Momento**: deve ser apresentada após o recebimento da peça acusatória e depois da citação do acusado.
Capacidade postulatória: esta peça podia ser apresentada tanto pelo acusado quanto por seu defensor.	**Capacidade postulatória:** é indispensável que essa peça seja apresentada por profissional da advocacia. Logo, se o acusado não estiver regularmente inscrito nos quadros da OAB, não poderá apresentar esta peça defensiva.	**Capacidade postulatória:** é indispensável que essa peça seja apresentada por profissional da advocacia. Logo, se o acusado não estiver regularmente inscrito nos quadros da OAB, não poderá apresentar esta peça defensiva.
Objetivo: como essa peça era apresentada durante o curso da instrução processual, imediatamente após a realização do interrogatório, seu objetivo precípuo era tão somente a especificação das provas pretendidas pela defesa, notadamente das testemunhas a serem ouvidas.	**Objetivo:** como essa peça é apresentada antes do recebimento da peça acusatória, seu objetivo precípuo é convencer o juiz acerca da presença de uma das causas de rejeição da peça acusatória (CPP, art. 395), evitando-se, assim, a instauração de processos temerários.	**Objetivo:** convencer o juiz acerca da presença de uma das causas de absolvição sumária (CPP, art. 397); subsidiariamente, arguição de preliminares, juntada de documentos, justificações, além da especificação de provas pretendidas, notadamente das testemunhas a serem ouvidas.
Consequência decorrente da inobservância do modelo típico: a não apresentação da defesa prévia era tida como causa de mera irregularidade. Só haveria nulidade caso a defesa não fosse intimada para apresentar a defesa prévia.	**Consequência decorrente da inobservância do modelo típico:** tem prevalecido o entendimento de que se trata de nulidade relativa. Logo, para além da comprovação do prejuízo, o vício deve ser arguido no momento oportuno, sob pena de preclusão.	**Consequência decorrente da inobservância do modelo típico:** trata-se de peça defensiva de apresentação obrigatória, sob pena de nulidade absoluta.

55.1.5. Desnecessidade de apresentação da resposta à acusação nos procedimentos que preveem defesa preliminar.

Com as mudanças produzidas pela Lei nº 11.719/08, interpretação literal (e precipitada) do

311. STJ, 5ª Turma, HC 183.355/MG, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 03/05/2012.

art. 394, § 4º, do CPP, pode levar à conclusão de que, nos procedimentos especiais em que há previsão expressa de defesa preliminar, também seria necessária a apresentação da resposta à acusação, introduzida no art. 396-A do CPP pela Lei nº 11.719/08. Isso porque, segundo o art. 394, § 4º, do CPP, com redação determinada pela Lei nº 11.719/08, "as disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se *a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código*". Portanto, ainda que determinado crime esteja sujeito a um procedimento especial previsto no CPP ou na legislação extravagante, o art. 394, § 4º, estabelece que as disposições dos arts. 395 (causas de rejeição da peça acusatória), 396 (recebimento da peça acusatória e citação do acusado), *396-A (resposta à acusação)* e 397 (absolvição sumária) aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.[312]

Logo, nos procedimentos acima citados que preveem defesa preliminar, fica a impressão de que, por força do art. 394, § 4º, também passaria a ser exigível o oferecimento de outra peça defensiva, a resposta à acusação. A defesa preliminar seria apresentada antes do recebimento da peça acusatória; a resposta à acusação, depois do juízo positivo de admissibilidade da inicial. A defesa preliminar continuaria tendo como objetivo principal convencer o juiz acerca da presença de causa de rejeição da peça acusatória (CPP, art. 395), porquanto sua apresentação é feita antes do juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa; como a resposta à acusação é oferecida após a citação do acusado, e, portanto, depois do recebimento da peça acusatória, seu foco deve ser uma possível absolvição sumária (CPP, art. 397), sem prejuízo dos requerimentos, notadamente o de prova testemunhal, juntada de documentos, arguição de preliminares, etc.

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que a apresentação de duas defesas de conteúdo, prazo e amplitude semelhantes, uma *antes* e outra *depois* do recebimento da peça acusatória em tais procedimentos seria (e será) um equívoco procedimental, em patente violação aos princípios do devido processo legal e da razoável duração do processo. A nosso juízo, há necessidade de apresentação de apenas uma defesa, a saber, a defesa preliminar, oportunidade em que deve haver a concentração de todas as teses da defesa, principais e subsidiárias, buscando-se a rejeição da peça acusatória, assim como eventual absolvição sumária, sem se olvidar da necessária especificação de provas, para o caso de eventual prosseguimento do processo.[313]

A despeito do teor do art. 394, § 4º, do CPP, quando o procedimento especial contar com previsão legal expressa de defesa preliminar, não há necessidade de ulterior apresentação da resposta à acusação. A uma porque, segundo o art. 394, § 2º, do CPP, "aplica-se a todos os processos o procedimento comum, *salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial*". Por sua vez, de acordo com o art. 394, § 5º, do CPP, aplicam-se *subsidiariamente* aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário. Os dois dispositivos legais deixam evidente que as alterações introduzidas no bojo do procedimento comum ordinário só devem ser aplicadas *subsidiariamente*. Ora, por mais que o CPP fale em apresentação da resposta à acusação após o recebimento da peça acusatória, há de se ter em mente que, diversamente do que se dá no procedimento comum, em que a resposta à acusação é a primeira manifestação da defesa, os procedimentos especiais acima delimitados já trazem em seu rito a previsão de anterior apresentação de defesa preliminar, cujo momento procedimental é inclusive mais vantajoso – antes do recebimento da peça acusatória. Destarte, com base no princípio da especialidade, não há lógica em se exigir a apresentação de duas defesas, sob pena, inclusive, de se transformar tais procedimentos em ritos mais morosos e complexos que o próprio procedimento comum ordinário, a não ser que o procedimento especial refira-se expressamente à observância do procedimento comum ordinário após a citação do acusado.[314]

Nessa linha, em caso concreto apreciado pela Corte Especial do STJ, concluiu-se que, em se tratando de ação penal originária submetida ao

312. Deixamos de fazer menção ao art. 398, citado no art. 394, § 4º, porquanto referido artigo foi revogado pela Lei nº 11.719/08.

313. Com esse entendimento: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 305.

314. O único procedimento especial onde há previsão legal de defesa preliminar que faz menção expressa à possibilidade de aplicação subsidiária do procedimento comum ordinário (CPP, arts. 394 a 405) é o dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, previsto entre os arts. 513 e 518 do CPP. Explica-se: o art. 518 do CPP, inserido nesse procedimento especial, determina que, após a apresentação da defesa preliminar (CPP, art. 514), recebimento da peça acusatória e citação do acusado, deverá ser observado na instrução criminal e nos demais termos do processo o disposto nos Capítulos I ("Da instrução criminal – arts. 394 a 405") e III ("Do processo e do julgamento dos crimes da competência do juiz singular – arts. 498 a 502"), Título I ("Do processo comum"), do Livro II ("Dos processos em espécie"). Ora, referindo-se o procedimento especial em questão expressamente à aplicação do procedimento ordinário após a citação do acusado, não se pode negar que, nesse caso, ao acusado deve ser franqueada a apresentação da resposta à acusação imediatamente depois de ser citado, nos termos do art. 396 e seguintes do CPP.

procedimento especial da Lei nº 8.038/1990, não há necessidade de se assegurar ao acusado citado para a apresentação da defesa prévia prevista no art. 8º da Lei nº 8.038/1990 o direito de se manifestar nos moldes preconizados no art. 396-A do CPP, com posterior deliberação acerca de absolvição sumária prevista no art. 397 do CPP. Isso porque as regras dos arts. 395 a 397 do CPP já se encontram implícitas no procedimento previsto na Lei nº 8.038/1990, já que, após o oferecimento da denúncia e a notificação do acusado para resposta preliminar (art. 4º), o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas (art. 6º). Assim, à defesa não será causado nenhum prejuízo, visto que o referido art. 6º impõe ao órgão colegiado o enfrentamento de todas as teses defensivas que possam culminar na improcedência da acusação (igual ao julgamento antecipado da lide; art. 397 do CPP) ou na rejeição da denúncia (art. 395 do CPP).[315]

55.2. Possível oitiva do Ministério Público após a apresentação da defesa preliminar.

Ao contrário da antiga Lei de Drogas, que se referia expressamente à oitiva do Ministério Público após a apresentação da defesa preliminar (revogada Lei nº 10.409/02, art. 38, § 4º), a Lei nº 11.343/06 silencia acerca do assunto.

Apesar do silêncio do CPP, somos levados a acreditar que, em fiel observância ao princípio do contraditório, deve o juiz abrir vista dos autos ao Ministério Público após a apresentação da defesa preliminar, não apenas quando a defesa apresentar alegações, fatos ou provas sobre os quais a acusação não tinha prévia ciência, mas também se for apresentado na defesa preliminar requerimento de realização de diligências antes do recebimento da denúncia, nos termos do art. 55, § 1º, da Lei de Drogas. É possível, portanto, a aplicação subsidiária do quanto previsto no art. 409 do CPP, inserido na 1ª fase do procedimento do júri: "Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias".[316]

A propósito, há precedentes do STJ no sentido de que o simples fato de se possibilitar a manifestação do Ministério Público após o oferecimento da defesa preliminar, apesar de não estar previsto no art. 55, *caput*, da Lei 11.343/06, à luz de uma interpretação sistemática do capítulo das nulidades do CPP, não traduz nulidade absoluta.[317]

À evidência, de modo a se evitar uma possível violação à paridade de armas inerente ao princípio do contraditório, permitindo-se que a acusação sempre se pronuncie duas vezes – por ocasião do oferecimento da denúncia e, na sequência, depois da defesa preliminar –, quando a manifestação defensiva se restringir à refutação genérica da acusação, sem a apresentação de alegações fáticas ou jurídicas que já não tivessem sido abordadas anteriormente pelo Ministério Público, não há necessidade de se ouvir a acusação.

55.3. Eventual realização de diligências antes do juízo de admissibilidade da peça acusatória.

Uma vez apresentada a defesa preliminar, seguida (ou não) da oitiva do Ministério Público, diz o art. 55, § 4º, da Lei de Drogas, que o juiz deverá decidir em 5 (cinco) dias. No entanto, antes de proceder ao juízo de admissibilidade da peça acusatória, rejeitando ou recebendo-a, se entender imprescindível, é possível que o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias determine de ofício a apresentação do preso, a realização de diligências, exames e perícias.

Ao contrário do que ocorre no procedimento comum ordinário, em que o CPP (art. 404) permite a realização de diligências *ex officio* pelo magistrado apenas ao final da audiência una de instrução e julgamento, a Lei de Drogas permite que o magistrado determine essas diligências de ofício quando houver algum ponto obscuro capaz de provocar dúvidas quanto ao recebimento ou rejeição da inicial acusatória Lei nº 11.343/06, art. 55, § 5º). Como a Lei se refere expressamente à apresentação do preso, depreende-se que o interrogatório do acusado é uma das diligências passíveis de realização pelo juiz *ex officio* antes do juízo de admissibilidade da peça acusatória. Isso, no entanto, não significa dizer que o acusado tenha um direito subjetivo à realização dessas diligências. Na verdade, sua

315. STJ, Corte Especial, AgRg na APN 697/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03/10/2012. Também há precedente do Plenário do Supremo no sentido de que tanto a absolvição sumária do art. 397 do CPP quanto o art. 4º da Lei nº 8.038/90, em termos teleológicos, ostentam finalidades assemelhadas, possibilitando que o acusado se livre da persecução penal, razão pela qual não se justifica a superposição de procedimentos – comum e especial – visando a finalidades idênticas: STF, Pleno, AP 630 AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15/12/2011, DJe 059, 21/03/2012.

316. Para o Supremo, o Ministério Público deve se manifestar acerca de defesa preliminar apresentada nos feitos de competência originária dos Tribunais: STF, Pleno, AP 630 AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15/12/2011, DJe 59 21/03/2012.

317. STJ, 5ª Turma, HC 98.540/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18/12/2008, DJe 02/03/2009. Em sentido diverso, concluindo que a manifestação ministerial sobre o mérito após a apresentação da defesa preliminar enseja o reconhecimento de nulidade absoluta: STJ, 5ª Turma, HC 128.591/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 02/02/2010, DJe 01/03/2010.

realização só deverá ocorrer quando o magistrado considerá-las imprescindíveis para deliberar sobre o recebimento (ou rejeição) da denúncia oferecida pelo Ministério Público.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

§ 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

§ 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

56. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA.

Oferecida a denúncia pelo Ministério Público, apresentada a defesa preliminar, ouvido o Ministério Público, e determinada (ou não) a realização de diligências *ex officio* pelo juiz, incumbe ao magistrado analisar se a peça acusatória deve ser recebida, ou se se trata de hipótese de rejeição.

O Código de Processo Penal não diz, expressamente, em quais hipóteses deve o magistrado receber a peça acusatória. Porém, explicita os motivos de rejeição da denúncia no art. 395: a) inépcia da peça acusatória; b) falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; c) falta de justa causa para o exercício da ação penal. Interpretando-se *a contrario sensu* esse dispositivo, conclui-se que a peça acusatória deve ser recebida quando estiver formalmente em ordem, quando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação penal, e quando houver um lastro probatório mínimo para a instauração do processo penal.

De acordo com a jurisprudência, recebida a peça acusatória, não pode o juiz rejeitá-la depois, porquanto teria ocorrido preclusão *pro judicato*. Caso pudesse fazê-lo, o juiz estaria concedendo *habeas corpus* de ofício contra si mesmo, o que não é possível. Quanto à posterior rejeição da denúncia por ilegitimidade de parte ou pela ausência de qualquer outra condição exigida pela lei, ainda que equivocadamente recebida a peça acusatória anteriormente, há, contudo, entendimento doutrinário no sentido de que o juiz poderá posteriormente extinguir o processo sem o julgamento do mérito, na forma do disposto no art. 267, VI, do CPC (art. 485, VI, do CPC), aplicável por analogia ao processo penal por força do art. 3º do CPP.[318]

Em regra, não há recurso contra a decisão de recebimento da peça acusatória. Se não há previsão legal de recurso contra a decisão de recebimento da peça acusatória, não se pode perder de vista que a jurisprudência tem admitido a impetração de *habeas corpus* objetivando o trancamento do processo penal. Esse trancamento do processo é tido como uma medida de natureza excepcional, que só pode ser admitido quando evidente o constrangimento ilegal sofrido pelo investigado, nas seguintes hipóteses: a) manifesta atipicidade formal ou material da conduta delituosa; b) presença de causa extintiva da punibilidade; c) ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação penal; d) ausência de justa causa para o exercício da ação penal.

56.1. Absolvição sumária.

Uma das grandes novidades introduzida no procedimento comum pela reforma processual de 2008 diz respeito à possibilidade de absolvição sumária, que, até o advento da Lei nº 11.719/08, tinha aplicação restrita ao procedimento do júri. Segundo o art. 397 do CPP, desde que haja um juízo de certeza, a absolvição sumária será possível nas seguintes hipóteses: I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime (atipicidade formal ou material); IV – extinta a punibilidade do agente.

Como a Lei de Drogas nada diz acerca da possibilidade de absolvição sumária, poder-se-ia pensar, à primeira vista, que esse verdadeiro *julgamento antecipado da lide* não poderia ser aplicado no procedimento especial da Lei de Drogas, invocando-se, de maneira simples e conveniente, o princípio da especialidade (CPP, art. 394, § 2º). No entanto, a possibilidade de absolvição sumária não está restrita ao procedimento comum e ao procedimento do júri. Isso porque,

318. É essa a posição de Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de processo penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 164.

como verdadeira exceção à regra do art. 394, §§ 2º e 5º, o art. 394, § 4º, do CPP, preceitua que as disposições dos arts. 395 (causas de rejeição da peça acusatória), 396 (recebimento da peça acusatória e citação do acusado), 396-A (resposta à acusação) e 397 (absolvição sumária) aplicam-se *a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.*[319]

Na dicção de Mendonça e Carvalho, "há um núcleo do procedimento ordinário, composto pelos referidos artigos, que deve se aplicar a qualquer procedimento de primeiro grau. Houve uma verdadeira democratização da possibilidade de rejeição da denúncia (art. 395), da resposta inicial escrita (art. 396) e da possibilidade de absolvição sumária (art. 397) para todos os procedimentos de primeiro grau, estejam ou não disciplinados no Código de Processo Penal".[320]

Por isso, a absolvição sumária pode ser aplicada a quaisquer processos penais, sejam comuns, eleitorais ou militares, tendo em vista a forma categórica e abrangente com que o art. 394, § 4º, do CPP, afirmou sua aplicabilidade a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no CPP. Aliás, mesmo nos processos penais originários, leia-se, nas hipóteses de foro por prerrogativa de função (v.g., Deputado Federal julgado perante o Supremo), como o próprio Tribunal funciona como o 1º grau de jurisdição, também seria possível a incidência da absolvição sumária.[321]

Portanto, por ocasião do juízo de admissibilidade da peça acusatória, deve o magistrado se ater aos aspectos processuais da denúncia oferecida pelo MP. Se constatar a ausência de quaisquer das hipóteses que autorizam sua rejeição (CPP, art. 395), deve deliberar pelo recebimento da denúncia. Na sequência, incumbe ao juiz analisar se é possível (ou não) o julgamento antecipado da lide, o que deve ser feito, nos procedimentos especiais que preveem defesa preliminar, imediatamente após o recebimento da peça acusatória, já que não faria qualquer sentido determinar-se a citação do acusado para comparecer à audiência una de instrução e julgamento se o magistrado já está convencido acerca da presença de uma das hipóteses que autorizam a absolvição sumária.

Aliás, apesar de a Lei de Drogas não se referir expressamente à possibilidade de julgamento antecipado da lide, outros procedimentos especiais em que há previsão legal de defesa preliminar o fazem. Deveras, segundo a Lei nº 8.038/90, que cuida do procedimento originário dos Tribunais, é possível que, após a apresentação da defesa preliminar, o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, *ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.* Por sua vez, o art. 516 do CPP, inserido no capítulo que versa sobre o procedimento dos crimes funcionais, prevê que o juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, *da inexistência do crime ou da improcedência da ação.*

Ora, se esse julgamento antecipado da lide pode ocorrer no procedimento comum (CPP, art. 397), no procedimento do júri (CPP, art. 415), no procedimento originário dos Tribunais (Lei nº 8.038/90, art. 6º) e no procedimento especial dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (CPP, art. 516), não haveria qualquer fundamento razoável de *discrímen* capaz de justificar a impossibilidade de incidência da absolvição sumária no procedimento especial da Lei de Drogas.

56.2. Designação da audiência.

Caso o acusado não seja absolvido sumariamente, o procedimento seguirá seu curso normal. Daí dispor o art. 56 da Lei de Drogas que o juiz deve designar dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenando a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.[322]

Apesar de o art. 56, *caput*, da Lei nº 11.343/06, referir-se expressamente à intimação do assistente da acusação, que nada mais é do que o ofendido que se habilita em processos de crimes de ação penal pública de modo a auxiliar o trabalho do Ministério Público, não se pode perder de vista que os crimes de tráfico de drogas têm como bem jurídico tutelado a saúde pública, logo, não há um sujeito passivo determinado que possa se habilitar como assistente. A ressalva fica por

319. Para o STJ, por força do art. 394, § 4º, do CPP, a aplicação do procedimento comum ordinário em substituição ao procedimento especial da Lei de Drogas não pode ensejar nulidade, já que o rito do CPP aplica-se, inclusive, pelo menos neste aspecto, aos ritos das Leis Especiais: STJ, 6ª Turma, HC 209.866/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS –, j. 03/11/2011, DJe 17/11/2011. Em sentido semelhante: STJ, 6ª Turma, HC 153.795/CE, Rel. Min. Vasco Della Giustia – Desembargador convocado do TJ/RS, j. 01/09/2011, DJe 19/09/2011.

320. Op. cit. p. 304.

321. Nessa linha: FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.* 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010. p. 1046.

322. Desde que as partes tenham sido regularmente intimadas, não há necessidade de se afixar cópia da pauta de julgamento no saguão do fórum: STF, 1ª Turma, HC 107.882 Seg. Julg./MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/06/2012.

conta do crime do art. 38 da Lei de Drogas, no qual seria possível que a pessoa prejudicada com a prescrição culposa de drogas se habilitasse como assistente da acusação.

Nada diz a lei processual penal comum acerca do prazo de antecedência mínima de intimação das partes para a realização da audiência una de instrução e julgamento. Sem embargo do silêncio da Lei, parece-nos que a intimação deve ser feita com antecedência razoável à data designada para a audiência, permitindo que as partes possam se preparar para o julgamento, sem quaisquer surpresas indevidas.[323]

A propósito, o STJ considerou ilegal intimação para audiência de instrução e julgamento realizada na véspera, porquanto seria necessária a observância do prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) horas, aplicando-se, subsidiariamente, o quanto disposto no art. 552, § 1º, do CPC – de se notar que, à luz do Código de Processo Civil (art. 935), o prazo entre a data da publicação da pauta e da sessão de julgamento passa a ser de pelo menos 5 (cinco) dias.[324]

No procedimento especial da Lei de Drogas, esta audiência una de instrução e julgamento deve ser realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias. Ao dispor sobre esse prazo, o art. 56, § 2º, da Lei nº 11.343/06, nada diz se seria referente a acusado preso ou solto. Logo, conclui-se que referido prazo aplica-se a ambos. No entanto, considerando-se que, na hipótese de acusado preso, eventual excesso, desde que abusivo e desarrazoado, poderá dar ensejo ao relaxamento da prisão, é evidente que os processos criminais envolvendo acusados presos terão prioridade em relação aos demais. Portanto, em relação ao acusado solto, conclui-se que se trata de um prazo impróprio, ou seja, aquele prazo cujo descumprimento não trará maiores consequências.

Na prática, esse prazo de 30 (trinta) dias constante da Lei de Drogas parece absolutamente inexequível em virtude do excessivo número de inquéritos e processos que superlotam a maioria das varas criminais no país. Logo, a importância desse prazo fica restrita aos processos criminais envolvendo acusados presos, em que poderá restar caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa, dando ensejo ao relaxamento da prisão, sem prejuízo da continuidade do processo.

Para assegurar o direito de presença e de audiência do acusado, corolários da autodefesa, uma ordem judicial deve ser expedida ao diretor do estabelecimento penitenciário no qual se encontra recolhido o acusado, de modo a providenciar sua apresentação em juízo, no dia e hora designados, aplicando-se, subsidiariamente, o quanto disposto no art. 399, § 1º, do CPP.

56.3. Citação do acusado.

Recebida a denúncia e designada a data para a audiência una de instrução e julgamento, incumbe ao juiz determinar a citação do acusado. Pelo menos em regra, a citação deve ser feita pessoalmente. No entanto, se o acusado não for encontrado, deve ser citado por edital. Nesse caso, se o acusado não comparecer à audiência una de instrução e julgamento, e nem constituir defensor, deverá o juiz determinar a suspensão do processo e da prescrição, sem prejuízo da produção antecipada das provas urgentes e decretação da prisão preventiva, se acaso presentes seus pressupostos (CPP, art. 366). Por outro lado, verificando-se que o acusado se oculta para não ser citado, sua citação deve ser feita por hora certa, nos termos do art. 362 do CPP, hipótese em que, após a nomeação de defensor dativo, o processo retomará seu curso normal.

No procedimento especial da Lei de Drogas, como o acusado é notificado antes do recebimento da peça acusatória para fins de apresentação da defesa preliminar, discute-se acerca da possibilidade de aplicação do art. 366 do CPP quando o acusado é notificado pessoalmente, constitui defensor para a apresentação da referida peça, mas, depois, por ocasião da citação, não é encontrado para ser citado pessoalmente, sendo, por isso, citado por edital.

A nosso ver, considerando que a citação por edital, com ulterior decretação de revelia, inviabiliza por completo o exercício da ampla defesa, na medida em que impossibilita que o acusado apresente ao juiz sua versão a respeito dos fatos (direito de audiência), cerceando, ademais, o direito de acompanhar, ao lado do defensor por ele constituído, os atos da instrução probatória (direito de presença), não temos dúvida em afirmar que, diante da ausência de qualquer ato de comunicação dando ciência pessoal ao acusado acerca da imputação contra ele formulada, a suspensão do

323. Diversamente do CPP, o CPPM tem dispositivo expresso acerca do assunto: "Art. 291. As citações, intimações ou notificações serão sempre feitas de dia e com a antecedência de 24 (vinte e quatro) horas, pelo menos, do ato a que se referirem".

324. STJ, 5ª Turma, HC 109.967/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 02/02/2010, DJe 01/03/2010.

processo e da prescrição prevista no art. 366 do CPP é medida de rigor, sob pena de se admitir que alguém seja condenado sem que jamais soubesse que um processo penal fora instaurado contra sua pessoa.

No entanto, se o acusado já fora notificado pessoalmente, tendo inclusive constituído defensor para apresentar a defesa preliminar, isso significa dizer que já tomara ciência da acusação formulada contra sua pessoa. Logo, mesmo que não seja encontrado depois do recebimento da denúncia para fins de ser citado pessoalmente, e, por isso, seja citado por edital, parece-nos inviável a suspensão do processo e da prescrição, sobretudo se considerarmos que um dos requisitos para a aplicação do art. 366 do CPP é a não constituição de defensor. Destarte, se o acusado já havia constituído defensor por ocasião da notificação pessoal, caso o acusado não compareça à audiência una de instrução e julgamento prevista no art. 57 da Lei de Drogas depois de ser citado por edital pelo fato de não ter sido encontrado, a solução é a decretação de sua revelia, com o regular prosseguimento do feito, com a ressalva de que, ao invés de nomear um defensor dativo para o exercício da defesa técnica, tal função deve ficar a cargo do defensor outrora constituído pelo acusado.[325]

56.4. Afastamento cautelar do servidor público de suas funções.

Tratando-se de condutas tipificadas nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37, a Lei de Drogas permite que o juiz determine o afastamento cautelar do funcionário público de suas atividades (art. 56, § 1º). Por se tratar de medida cautelar, essa suspensão do exercício funcional está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo jamais ser imposta como efeito automático do recebimento da denúncia.

Por função pública compreende-se toda atividade desempenhada com o objetivo de consecução de finalidades próprias do Estado, por meio daquele que exerce cargo, emprego ou função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal. Exercem função pública todos aqueles que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta, aí incluídos os agentes políticos, os servidores públicos, assim como os particulares em colaboração com o Poder Público.

A medida cautelar do art. 56, § 1º, da Lei nº 11.343/06, somente poderá recair sobre o agente que tiver se aproveitado de suas funções públicas para a prática dos crimes ali mencionados – arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei de Drogas –, ou seja, deve haver um nexo entre a prática do delito e a atividade funcional desenvolvida pelo agente.[326] Como a Lei de Drogas restringe a aplicação dessa medida cautelar aos crimes acima referidos, na hipótese de determinado funcionário público ser surpreendido em seu local de trabalho praticando o crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28), revela-se inviável o afastamento cautelar do servidor.

Sob a lógica do menor sacrifício do direito afetado, um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade, na medida em que o art. 56, § 1º, da Lei nº 11.343/06, autoriza a suspensão do exercício da função pública, é perfeitamente possível que o juiz determine a suspensão de apenas parte da atividade rotineiramente desenvolvida pelo funcionário público. Exemplificando, da mesma forma que o juiz pode determinar a suspensão da função pública de um Auditor da Receita Federal investigado pela prática de tráfico de drogas em determinada unidade alfandegária, também pode determinar que este se limite a cumprir expediente interno.

O *periculum libertatis* deve se basear em fundamentação que demonstre que a manutenção do agente no exercício de tal função ou atividade servirá como estímulo para a reiteração delituosa. Mas não é esta a única hipótese que autoriza sua decretação. Com efeito, esta medida também pode ser decretada para neutralizar outros riscos, desde que restritos àqueles indicados no art. 282, I, do CPP: necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Assim, da mesma forma que a suspensão do exercício da função pode ser determinada para evitar novas práticas delituosas, a medida também pode ser imposta para que o acusado não se utilize de suas funções para destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qualquer forma ou prejudicar a busca da verdade.

Nada diz a Lei acerca do recurso a ser utilizado contra a decretação dessa medida. No entanto, como

325. Na mesma linha: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. Op. cit. p. 291.

326. Em sentido diverso, Renato Marcão sustenta que a medida pode ser utilizada mesmo em se tratando de crime que não tenha sido praticado no exercício das funções (*Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de novembro de 2006: nova Lei de Drogas*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 492).

a Lei nº 12.403/11 passou a prever que a decretação dessas medidas cautelares diversas da prisão serão concedidas em conjunto com a liberdade provisória, o instrumento adequado será o recurso em sentido estrito, aplicando-se, extensivamente, o quanto disposto no art. 581, inciso V, do CPP. De todo modo, como o art. 282, § 4º, do CPP, prevê que o descumprimento injustificado das cautelares diversas da prisão poderá dar ensejo, em último caso, à decretação da prisão preventiva, não se pode descartar a possibilidade de utilização do *writ of habeas corpus*, já que, em última análise, há um risco potencial à liberdade de locomoção.[327]

Quanto à suspensão do exercício da função pública, tem havido séria controvérsia acerca da possibilidade de ser determinada a suspensão da remuneração do servidor.

De um lado, há quem entenda que a manutenção do pagamento do servidor suspenso de suas funções criaria uma situação de desigualdade ou injustiça em comparação com o funcionário que teve que trabalhar durante todo o mês para perceber sua remuneração. A propósito, o STJ já se pronunciou no seguinte sentido: "Não prestado o serviço pelo agente público, a consequência legal é a perda da remuneração do dia em que esteve ausente, salvo se houver motivo justificado. E, por induvidoso, a ausência do agente público no serviço devido ao cumprimento de prisão preventiva não constitui motivação idônea a autorizar a manutenção do pagamento da remuneração. Com efeito, não há falar, em hipóteses tais, em força maior. Isso porque, em boa verdade, é o próprio agente público que, mediante sua conduta tida por criminosa, deflagra o óbice ao cumprimento de sua parte na relação que mantém com a Administração Pública. Por outras palavras, não há falar em imprevisibilidade e inevitabilidade, afastando, por isso mesmo, um dos elementos essenciais ao reconhecimento da alegada força maior. A Lei nº 8.112/90, em seu artigo 229, assegura à família do servidor ativo o auxílio-reclusão, à razão de dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão preventiva. A pretensão, todavia, há de ser deduzida pelos próprios beneficiários. Em caso de absolvição, o servidor terá direito à integralização da remuneração (artigo 229, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90)".[328]

A nosso ver, tendo em conta o princípio da presunção de inocência, pensamos que esse afastamento coativo das funções não pode implicar em desconto ou suspensão do subsídio. Afinal, o afastamento do funcionário não é voluntário, mas sim resultado da aplicação de uma medida cautelar, valendo lembrar que, como efeito de uma possível condenação, poderá haver inclusive a perda do cargo, tal qual previsto no art. 92, I, do CP. Analogicamente, pode-se utilizar o quanto disposto no art. 147, caput, da Lei nº 8.112/90, que prevê o afastamento cautelar do funcionário público no processo administrativo disciplinar, porém sem prejuízo da remuneração.

Em Recurso extraordinário no qual se discutia a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º da Lei nº 2.364/61, que deu nova redação à Lei nº 869/52), o Plenário do Supremo afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação aos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 5º, LVII, e art. 37, XV, respectivamente). Isso porque, a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição.[329]

Superada essa análise quanto à impossibilidade de suspensão da remuneração, é bom lembrar que, caso o indivíduo seja absolvido em primeira instância, deve o magistrado afastar a medida cautelar, retornando o servidor ao exercício normal de suas funções. E isso por força de uma interpretação analógica com o disposto no art. 386, parágrafo único, inciso II, do CPP, que prevê que, na sentença absolutória, o juiz ordenará a cessação das medidas cautelares provisoriamente aplicadas.

De outro lado, se o agente for condenado, prevê o art. 92, inciso I, alínea "a", do Código Penal, que um dos efeitos da condenação é exatamente a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo,

327. Em caso concreto referente ao afastamento cautelar de Desembargador com fundamento na LC 35/79 (art. 29), que perdurou por cerca de 4 anos e 6 meses, o Supremo concluiu tratar-se de excesso de prazo gritante. Daí porque foi deferida a ordem em *habeas corpus* para suspender os efeitos da decisão da Corte Especial do STJ no tocante ao afastamento do cargo, determinando-se, por consequência, o retorno do acusado à função de Desembargador Estadual perante o TJ/PE: STF, 2ª Turma, HC 90.617/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/10/2007, DJe 41 06/03/2008.

328. STJ, 6ª Turma, REsp 413.398/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 04/06/2002, DJ 19/12/2002 p. 484.

329. STF, Pleno, RE 482.006/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/11/2007, DJe 162 13/12/2007.

quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, efeito este que só poderá incidir após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

> **Art. 57.** Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.
>
> **Parágrafo único.** Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

57. AUDIÊNCIA UNA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.

De modo semelhante ao que ocorre no procedimento comum, a Lei de Drogas também concentra todos os atos da instrução processual em uma única audiência, na qual as partes deverão apresentar alegações orais, proferindo o juiz, a seguir, sentença. Optou, assim, pela adoção do princípio da oralidade, em razão do qual deve ser dada preponderância à palavra falada sobre a escrita, sem que esta seja excluída.

Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas,[330] será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Ao contrário do que ocorre no procedimento comum, em que o interrogatório passou a ser realizado ao final da instrução probatória com a reforma processual de 2008 (CPP, art. 400, *caput*, com redação dada pela Lei nº 11.719/08), a Lei de Drogas ainda prevê o interrogatório como primeiro ato da instrução processual, tal qual previsto em outros procedimentos especiais (v.g., Lei nº 8.038/90, art. 7º; CPPM, art. 302 c/c art. 404, *caput;* Lei nº 8.666/93, art. 104).

A nosso juízo, se se trata de procedimento especial, que prevê o interrogatório como primeiro ato da instrução probatória, há de ser observado o quanto previsto na legislação especial, cujas regras devem prevalecer sobre o disposto no art. 400 do CPP em razão do princípio da especialidade. Afinal, se tais dispositivos legais preveem momento específico para a inquirição do acusado – após o recebimento da peça acusatória – e, constatado não haver quanto a isso lacuna ou omissão nessa lei especial, não há falar em aplicação do art. 400 do CPP, que prevê a realização do interrogatório ao final da instrução processual. Segundo regra contida no art. 394, § 2º, do CPP, o procedimento comum será aplicado no julgamento de todos os crimes, salvo disposições em contrário do próprio CPP ou de lei especial. Logo, se para o julgamento dos delitos disciplinados na Lei 11.343/2006 há rito próprio (art. 57, da Lei 11.343/2006), no qual o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento, é de se afastar o rito ordinário (art. 400 do CPP) nesses casos, em razão da especialidade. Não se pode objetar que a realização do interrogatório no começo da instrução probatória seja incompatível com a ampla defesa. Afinal, pelo menos até a reforma processual de 2008, o interrogatório sempre foi realizado logo após a citação do acusado, inclusive no âmbito do próprio procedimento comum, sendo que esta localização topográfica jamais foi objeto de questionamentos.[331]

Ocorre que, no julgamento do HC n. 127.900,[332] a Suprema Corte, por seu Plenário, realizou uma releitura do artigo 400 do CPP, à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Reconheceu-se, em razão de mostrar-se mais compatível com os postulados que informam o estatuto constitucional

330. Como o art. 202 do CPP preceitua que toda pessoa poderá ser testemunha, prevalece o entendimento de que o crime de tráfico de drogas pode ser comprovado através do depoimento de policiais, sobretudo quando a apreensão da droga ocorrer em local ermo, durante a madrugada, por exemplo. Isso, no entanto, não significa dizer que o depoimento prestado por policiais seja dotado de valor absoluto. Na verdade, seu depoimento deve ser valorado em consonância com o restante do conjunto probatório constante dos autos.

331. No sentido de que, no procedimento especial da Lei de Drogas, o interrogatório deve continuar sendo feito no começo da instrução probatória, e não nos termos do art. 400 do CPP: STJ, 5ª Turma, HC 152.776/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 08/11/2011, DJe 17/11/2011. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 166.728/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/09/2011, DJe 21/09/2011; STJ, 5ª Turma, HC 180.033/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/02/2012, DJe 29/02/2012; STJ, 5ª Turma, HC 275.070/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/2/2014; STJ, 6ª Turma, HC 245.752/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/2/2014. Também há precedentes da 2ª Turma do Supremo no sentido de que o rito previsto no art. 400 do CPP – com a redação conferida pela Lei 11.719/2008 – não se aplica à Lei de Drogas, de modo que o interrogatório do réu processado com base na Lei 11.343/2006 deve observar o procedimento nela descrito (artigos 54 a 59): STF, 2ª Turma, HC 121.953/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 10/06/2014.

332. STF, Pleno, HC 127.900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/03/2016, DJe 10/03/16. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 115.530/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/06/2013, DJe 158 13/08/2013; STF, 1ª Turma, HC 115.698/AM, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/06/2013, DJe 158 13/08/2013.

do direito de defesa, uma evolução normativa sobre a matéria, de forma que, por ser mais favorável ao réu e por se revelar mais consentânea com as novas exigências do processo penal democrático, a norma contida no art. 400 do CPP, na redação dada pela Lei n. 11.719/08, deveria irradiar efeitos sobre todo o sistema processual penal, ramificando-se e afastando disposições em sentido contrário, *mesmo em procedimentos regidos por leis especiais*. Arredou-se, pois, o consagrado critério de resolução de antinomias – princípio da especialidade –, em favor de uma interpretação teleológica em sintonia com o sistema acusatório constitucional, sem que tenha havido, no entanto, declaração de inconstitucionalidade das regras em sentido contrário predispostas em leis especiais ou mesmo da redação originária do art. 400 do CPP. Em conclusão: *o interrogatório passa a ser o último ato da instrução, sendo que a Lei n. 11.719/2008, geral e posterior, prepondera sobre as disposições em contrário presentes em leis especiais*. Por fim, importante ressaltar que, em atenção ao princípio da segurança jurídica, foi realizada a modulação dos efeitos da decisão da Corte Suprema, pelo que a nova interpretação dada somente teria aplicabilidade a partir da publicação da ata daquele julgamento, ocorrida em 11.03.2016 (DJe n. 46, divulgado em 10/3/2016). A partir desse marco, portanto, incorreriam em nulidade os processos em que o interrogatório fosse o primeiro ato da instrução.[333]

Ao contrário do quanto previsto no procedimento comum ordinário (CPP, art. 403, § 3º), que autoriza expressamente a substituição das alegações orais por memoriais diante da complexidade do caso ou do número de acusados, ou quando for determinada a realização de diligências, a Lei de Drogas silencia acerca do assunto. Sem embargo do silêncio da Lei nº 11.343/06, entendem os Tribunais que não haverá nulidade caso as alegações orais sejam substituídas por memoriais em virtude de mero acordo entre as partes. Afinal, por força do art. 565 do CPP, nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para a qual tenha concorrido.[334]

Art. 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

§ 1º Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014.

§ 2º Revogado pela Lei nº 12.961, de 2014.

58. SENTENÇA.

Apresentadas as alegações orais pelas partes, o juiz deverá proferir sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias. Neste caso, como a sentença não será proferida na própria audiência, é importante lembrar que, por força da introdução do princípio da identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2º), também aplicável ao procedimento especial da Lei de Drogas por força do art. 394, § 5º, do CPP, cabe ao magistrado que chamou os autos à conclusão proferir a sentença, o que não acontecia antes da Lei nº 11.719/08, onde havia uma desvinculação absoluta entre a colheita da prova e a figura do julgador.[335] De se lembrar que a expropriação de bens em favor da União, decorrente da prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, constitui efeito automático da sentença penal condenatória.[336]

Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

59. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR.

De acordo com o art. 59 da Lei de Drogas, nos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, 34, 35, 36 e 37, o acusado não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória. O dispositivo é absolutamente semelhante ao revogado art. 594 do CPP ("O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto")

Durante anos, o recolhimento à prisão figurou no CPP e na legislação especial como condição de

333. STJ, 6ª Turma, HC 397.382/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/08/2017, DJe 14/08/2017.

334. STJ, 6ª Turma, HC 945/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 23/06/1992, DJ 03/08/1992.

335. Para os Tribunais, o juiz que fica vinculado ao julgamento do feito é aquele que finaliza a audiência. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 163.425/RO, Rel. Min. Felix Fischer, j. 27/05/2010, DJe 06/09/2010.

336. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, AgInt no AREsp 1.368.211/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26/02/2019, DJe 14/03/2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.333.058/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 11/12/2018, DJe 19/12/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 580.102/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24/04/2018, DJe 04/05/2018.

admissibilidade recursal. Desde o advento da Constituição Federal, este draconiano fato impeditivo do conhecimento de um recurso já era questionado por boa parte da doutrina, sob o argumento de que o direito ao duplo grau de jurisdição não podia ser tolhido em virtude do não recolhimento do acusado à prisão. Não obstante a posição doutrinária, tal requisito era tido como válido pelos Tribunais Superiores, como se depreende da própria súmula nº 9 do STJ: "A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

Ocorre que, em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento acerca do assunto, pondo um fim à vinculação do conhecimento do recurso ao recolhimento do acusado à prisão. Entendeu a Suprema Corte que haveria um conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, § 2º, "h", do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, § 2º, da CF, e a exigência de o condenado recolher-se ao cárcere para que a apelação fosse processada.[337]

Do referido julgado podem ser extraídas duas importantes conclusões: a) o direito de apelação pode ser exercido no âmbito criminal, independentemente do recolhimento do acusado à prisão, pouco importando também se ele é primário ou não, portador de bons antecedentes ou não; b) nada impede que o juiz, na sentença condenatória, decrete a prisão preventiva do acusado, fazendo-o de maneira fundamentada à luz dos pressupostos dos arts. 282, I, 312 e 313 do CPP, desde que revelada a ineficácia ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Consolidando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC 88.420, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou em 23 de abril de 2008 o enunciado da súmula nº 347, segundo o qual *o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.* Por consequência, deixou de ter qualquer validade a súmula nº 09 do STJ.

Essa discussão ganhou reforço a partir do novo entendimento da Suprema Corte acerca do status normativo de tratados internacionais de direitos humanos. A partir do momento em que o Supremo passou a considerá-los dotados de status normativo supralegal (RE 466.343), temos que resulta inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Se é este o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do status normativo do Pacto de São José da Costa Rica, que expressamente assegura aos acusados o direito ao duplo grau de jurisdição (Dec. 678/92, art. 8º, § 2º, "h"), forçoso é concluir que o art. 59 da Lei de Drogas deixou de ter validade no ordenamento pátrio.

Diante dessa mudança de entendimento jurisprudencial, passou a constar expressamente do Código de Processo Penal que, por ocasião da sentença condenatória, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, *sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta*" (CPP, art. 387, § 1º, renumerado pela Lei nº 12.736/12).

Certamente, haverá quem diga que o art. 59 da Lei de Drogas não foi revogado tacitamente pela nova sistemática adotada pelas Leis 11.719/08 e 12.403/11, sob o argumento de que, por se tratar de lei especial, devia prevalecer a regra *lex specialis derrogat legi generalis,* com o que não podemos concordar. De fato, como adverte Badaró, quando uma lei especial excepciona uma regra geral, o faz diante da inadaptabilidade daquela disciplina comum para as peculiaridades dos casos regidos pela lei especial. Obviamente, no caso de uma verdadeira revolução na disciplina da lei geral, que passa a seguir um sistema completamente novo, não se pode, pura e simplesmente, negar aplicação à nova lei geral, ou melhor, ao novo sistema global às situações disciplinadas pela lei especial. Isso porque desaparece, em tal caso, a justificativa de adoção do fator de diferenciação.[338]

Hoje, portanto, independentemente do recolhimento à prisão, ou até mesmo de eventual fuga durante a tramitação do recurso, o acusado terá assegurado o direito ao duplo grau de jurisdição. O recolhimento do condenado à prisão não pode ser exigido como requisito para o conhecimento do recurso de apelação, sob pena de violação ao duplo grau de jurisdição e aos direitos de ampla defesa e à igualdade entre as partes no processo.[339]

337. STF, 1ª Turma, HC 88.420/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/04/2007, DJe 32 06/06/2007. Mesmo antes da decisão proferida no HC 88.420, o Supremo Tribunal Federal já caminhava no sentido de declarar inválido (total ou parcialmente) o art. 9º da revogada Lei nº 9.034/95, quando a reclamação 2.391 perdeu seu objeto. Na mesma linha, porém pelo Tribunal Pleno do Supremo: HC 90.279/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/03/2009, DJe 157 20/08/2009.

338. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011.* Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 269.

339. STF, Pleno, RHC 83.810/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 200 22/10/2009.

CAPÍTULO IV

DA APREENSÃO, ARRECADAÇÃO E DESTINAÇÃO DE BENS DO ACUSADO

Art. 60. O juiz, a requerimento do Ministério Público ou do assistente de acusação, ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias nos casos em que haja suspeita de que os bens, direitos ou valores sejam produto do crime ou constituam proveito dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 e seguintes do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§1º (REVOGADO) (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§2º (REVOGADO) (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§3º Na hipótese do art. 366 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, o juiz poderá determinar a prática de atos necessários à conservação dos bens, direitos ou valores (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§4º A ordem de apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

Art. 60-A. Se as medidas assecuratórias de que trata o art. 60 desta Lei recaírem sobre moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, será determinada, imediatamente, a sua conversão em moeda nacional. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 1º A moeda estrangeira apreendida em espécie deve ser encaminhada a instituição financeira, ou equiparada, para alienação na forma prevista pelo Conselho Monetário Nacional. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 2º Na hipótese de impossibilidade da alienação a que se refere o § 1º deste artigo, a moeda estrangeira será custodiada pela instituição financeira até decisão sobre o seu destino. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 3º Após a decisão sobre o destino da moeda estrangeira a que se refere o § 2º deste artigo, caso seja verificada a inexistência de valor de mercado, seus espécimes poderão ser destruídos ou doados à representação diplomática do país de origem. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 4º Os valores relativos às apreensões feitas antes da data de entrada em vigor da Medida Provisória 885, de 17 de junho de 2019, e que estejam custodiados nas dependências do Banco Central do Brasil devem ser transferidos à Caixa Econômica Federal, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, para que se proceda à alienação ou custódia, de acordo com o previsto nesta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

Art. 61. A apreensão de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte e dos maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei será imediatamente comunicada pela autoridade de polícia judiciária responsável pela investigação ao juízo competente. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 1º O juiz, no prazo de 30 (trinta) dias contado da comunicação de que trata o *caput* , determinará a alienação dos bens apreendidos, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica. (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 2º A alienação será realizada em autos apartados, dos quais constará a exposição sucinta do nexo de instrumentalidade entre o delito e os bens apreendidos, a descrição e especificação dos objetos, as informações sobre quem os tiver sob custódia e o local em que se encontrem. (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 3º O juiz determinará a avaliação dos bens apreendidos, que será realizada por oficial de justiça, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da autuação, ou, caso sejam necessários conhecimentos especializados, por avaliador nomeado pelo juiz, em prazo não superior a 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 4º Feita a avaliação, o juiz intimará o órgão gestor do Funad, o Ministério Público e o interessado para se manifestarem no prazo de 5 (cinco) dias e, dirimidas eventuais divergências, homologará o valor atribuído aos bens. (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 5º (VETADO). (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 6º (VETADO) (Redação dada pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 7º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 8º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 9º O Ministério Público deve fiscalizar o cumprimento da regra estipulada no § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 10. Aplica-se a todos os tipos de bens confiscados a regra estabelecida no § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 11. Os bens móveis e imóveis devem ser vendidos por meio de hasta pública, preferencialmente por meio eletrônico, assegurada a venda pelo maior lance, por preço não inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor da avaliação judicial. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 12. O juiz ordenará às secretarias de fazenda e aos órgãos de registro e controle que efetuem as averbações necessárias, tão logo tenha conhecimento da apreensão. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 13. Na alienação de veículos, embarcações ou aeronaves, a autoridade de trânsito ou o órgão congênere competente para o registro, bem como as secretarias de fazenda, devem proceder à regularização dos bens no prazo de 30 (trinta) dias, ficando o arrematante isento do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de execução fiscal em relação ao antigo proprietário. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 14. Eventuais multas, encargos ou tributos pendentes de pagamento não podem ser cobrados do arrematante ou do órgão público alienante como condição para regularização dos bens. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 15. Na hipótese de que trata o § 13 deste artigo, a autoridade de trânsito ou o órgão congênere competente para o registro poderá emitir novos identificadores dos bens. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

Art. 62. Comprovado o interesse público na utilização de quaisquer dos bens de que trata o art. 61, os órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária poderão deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público e garantida a prévia avaliação dos respectivos bens. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§1º (Revogado) (Redação dada pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 1º-A. O juízo deve cientificar o órgão gestor do Funad para que, em 10 (dez) dias, avalie a existência do interesse público mencionado no *caput* deste artigo e indique o órgão que deve receber o bem. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 1º-B. Têm prioridade, para os fins do § 1º-A deste artigo, os órgãos de segurança pública que participaram das ações de investigação ou repressão ao crime que deu causa à medida. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 2º A autorização judicial de uso de bens deverá conter a descrição do bem e a respectiva avaliação e indicar o órgão responsável por sua utilização. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 3º O órgão responsável pela utilização do bem deverá enviar ao juiz periodicamente, ou a qualquer momento quando por este solicitado, informações sobre seu estado de conservação. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 4º Quando a autorização judicial recair sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade ou ao órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento em favor do órgão ao qual tenha deferido o uso ou custódia, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à decisão de utilização do bem até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 5º Na hipótese de levantamento, se houver indicação de que os bens utilizados na forma deste artigo sofreram depreciação superior àquela esperada em razão do transcurso do tempo e do uso, poderá o interessado requerer nova avaliação judicial. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 6º Constatada a depreciação de que trata o § 5º, o ente federado ou a entidade que utilizou o bem indenizará o detentor ou proprietário dos bens. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 7º (Revogado).(Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 8º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 9º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 10. (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 11. (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

Art. 62-A. O depósito, em dinheiro, de valores referentes ao produto da alienação ou a numerários apreendidos ou que tenham

sido convertidos deve ser efetuado na Caixa Econômica Federal, por meio de documento de arrecadação destinado a essa finalidade. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 1º Os depósitos a que se refere o *caput* deste artigo devem ser transferidos, pela Caixa Econômica Federal, para a conta única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento da realização do depósito, onde ficarão à disposição do Funad. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 2º Na hipótese de absolvição do acusado em decisão judicial, o valor do depósito será devolvido a ele pela Caixa Econômica Federal no prazo de até 3 (três) dias úteis, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 3º Na hipótese de decretação do seu perdimento em favor da União, o valor do depósito será transformado em pagamento definitivo, respeitados os direitos de eventuais lesados e de terceiros de boa-fé. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal, por decisão judicial, devem ser efetuados como anulação de receita do Funad no exercício em que ocorrer a devolução. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 5º A Caixa Econômica Federal deve manter o controle dos valores depositados ou devolvidos. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

Art. 63. Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre: (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

I - o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; e (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

II - o levantamento dos valores depositados em conta remunerada e a liberação dos bens utilizados nos termos do art. 62. (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 1º Os bens, direitos ou valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei ou objeto de medidas assecuratórias, após decretado seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad. (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

§2º O juiz remeterá ao órgão gestor do Funad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos, indicando o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

§3º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.

§ 4º-A. Antes de encaminhar os bens ao órgão gestor do Funad, o juíz deve: (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

I – ordenar às secretarias de fazenda e aos órgãos de registro e controle que efetuem as averbações necessárias, caso não tenham sido realizadas quando da apreensão; e (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

II – determinar, no caso de imóveis, o registro de propriedade em favor da União no cartório de registro de imóveis competente, nos termos do *caput* e do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal, afastada a responsabilidade de terceiros prevista no inciso VI do *caput* do art. 134 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), bem como determinar à Secretaria de Coordenação e Governança do Patrimônio da União a incorporação e entrega do imóvel, tornando-o livre e desembaraçado de quaisquer ônus para sua destinação. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 5º (VETADO). (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

§ 6º Na hipótese do inciso II do *caput* , decorridos 360 (trezentos e sessenta) dias do trânsito em julgado e do conhecimento da sentença pelo interessado, os bens apreendidos, os que tenham sido objeto de medidas assecuratórias ou os valores depositados que não forem reclamados serão revertidos ao Funad. (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

Art. 63-A. Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores. (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

Art. 63-B. O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e objeto de medidas assecuratórias quando comprovada a licitude

de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

Art. 63-C. Compete à Senad, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, proceder à destinação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento seja decretado em favor da União, por meio das seguintes modalidades: (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

I – alienação, mediante: (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

a) licitação; (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

b) doação com encargo a entidades ou órgãos públicos, bem como a comunidades terapêuticas acolhedoras que contribuam para o alcance das finalidades do Funad; ou (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

c) venda direta, observado o disposto no inciso II do *caput* do art. 24 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993; (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

II – incorporação ao patrimônio de órgão da administração pública, observadas as finalidades do Funad; (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

III – destruição; ou (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

IV – inutilização. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 1º A alienação por meio de licitação deve ser realizada na modalidade leilão, para bens móveis e imóveis, independentemente do valor de avaliação, isolado ou global, de bem ou de lotes, assegurada a venda pelo maior lance, por preço não inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor da avaliação. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 2º O edital do leilão a que se refere o § 1º deste artigo será amplamente divulgado em jornais de grande circulação e em sítios eletrônicos oficiais, principalmente no Município em que será realizado, dispensada a publicação em diário oficial. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 3º Nas alienações realizadas por meio de sistema eletrônico da administração pública, a publicidade dada pelo sistema substituirá a publicação em diário oficial e em jornais de grande circulação. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 4º Na alienação de imóveis, o arrematante fica livre do pagamento de encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de execução fiscal em relação ao antigo proprietário. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 5º Na alienação de veículos, embarcações ou aeronaves deverão ser observadas as disposições dos §§ 13 e 15 do art. 61 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 6º Aplica-se às alienações de que trata este artigo a proibição relativa à cobrança de multas, encargos ou tributos prevista no § 14 do art. 61 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 7º A Senad, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, pode celebrar convênios ou instrumentos congêneres com órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como com comunidades terapêuticas acolhedoras, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido neste artigo. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 8º Observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, fica autorizada a contratação da iniciativa privada para a execução das ações de avaliação, de administração e de alienação dos bens a que se refere esta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

Art. 63-D. Compete ao Ministério da Justiça e Segurança Pública regulamentar os procedimentos relativos à administração, à preservação e à destinação dos recursos provenientes de delitos e atos ilícitos e estabelecer os valores abaixo dos quais se deve proceder à sua destruição ou inutilização. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

Art. 63-E. O produto da alienação dos bens apreendidos ou confiscados será revertido integralmente ao Funad, nos termos do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal, vedada a sub-rogação sobre o valor da arrematação para saldar eventuais multas, encargos ou tributos pendentes de pagamento. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo não prejudica o ajuizamento de execução fiscal em relação aos antigos devedores. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

Art. 63-F. Na hipótese de condenação por infrações às quais esta Lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 1º A decretação da perda prevista no *caput* deste artigo fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 2º Para efeito da perda prevista no *caput* deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

I – de sua titularidade, ou sobre os quais tenha domínio e benefício direto ou indireto, na data da infração penal, ou recebidos posteriormente; e (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

§ 3º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. (Incluído pela Lei n. 13.886, de 2019)

Art. 64. A União, por intermédio da Senad, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários ou dependentes e a atuação na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, com vistas na liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas relacionados à questão das drogas.

60. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PREVISTAS NA LEI DE DROGAS.

No Capítulo IV do Título IV da Lei de Drogas, que abrange os arts. 60 a 64, alterados pelas Leis 13.840/19 e 13.886/19, o legislador trata da apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado. Grosso modo, cuida o legislador da apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos na Lei de Drogas, ou que constituam proveito auferido com sua prática. Todas essas medidas assecuratórias foram objeto de estudo no Capítulo referente à Lei de Lavagem de Capitais (art. 4º). Destarte, a fim de evitar repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao referido tópico.

Especificamente em relação ao art. 63, inciso I, da Lei de Drogas, é possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, *sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito* além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal. Ao apreciar o Tema 647 da repercussão geral, o Supremo deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que determinou a devolução de veículo de propriedade de acusado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, sob o fundamento de que a perda do bem pelo confisco deve ser reservada aos casos de utilização do objeto de forma efetiva, e não eventual, para a prática do citado delito. Prevaleceu o voto do ministro Luiz Fux (relator). Para ele, o confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, garantido pelo art. 5º, "caput" e XXII, da CF. Asseverou que o confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, da mesma forma como as demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve se conformar com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por outros requisitos que não os estabelecidos pelo art. 243, parágrafo único, da CF. Consignou que o confisco, no direito comparado, é instituto de grande aplicabilidade aos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que "o crime não deve compensar". Tal perspectiva foi adotada pelo constituinte brasileiro e pela República Federativa do Brasil, que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. Observou que o tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, por meio de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo poder constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Segundo o relator, o confisco previsto no art. 243, parágrafo único, da CF deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, ou seja, não se pode ler o direito de propriedade em separado, sem considerar a restrição feita a esse direito. Concluiu que *a habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, "in casu", da droga, não é*

pressuposto para o confisco de bens nos termos do citado dispositivo constitucional.[340]

TÍTULO V
DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Art. 65. De conformidade com os princípios da não intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

I – intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II – intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos;

III – intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos.

61. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL.

Ao tratar da cooperação internacional em Título autônomo da Lei de Drogas, o legislador demonstra a importância do tema para a repressão ao tráfico de drogas. Observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas de que o Brasil é parte, esta cooperação internacional visa à colaboração com outros países por meio do intercâmbio de informações sobre programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como o intercâmbio de inteligência policial sobre a produção e tráfico de drogas e outros delitos conexos, tais como o tráfico de armas, a lavagem de capitais e o desvio de precursores químicos.

340. Nesse contexto: STF, Pleno, RE 638.491/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/05/2017, DJe 186 22/08/2017.

TÍTULO V-A
(INCLUÍDO PELA LEI N. 13.840, DE 2019)
DO FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS SOBRE DROGAS

Art. 65-a. (VETADO). (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

TÍTULO VI
DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

62. LISTAS DE DROGAS.

Enquanto não houver a atualização da terminologia da lista mencionada no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06, a norma de transição do art. 66 dispõe que se denominam *drogas* as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998. Como se percebe, a fim de se evitar qualquer objeção no sentido de que teria havido *abolitio criminis*, vez que não consta do ordenamento jurídico qualquer lei ou portaria que especifique as *drogas* proibidas no ordenamento jurídico – a Portaria SVS/MS nº 344 ainda faz uso da expressão *substância entorpecente* –, o art. 66 dispõe que o conceito de *drogas* deve ser extraído da referida Portaria.

O conceito de *drogas* deve ser extraído, portanto, da presença de dois requisitos: 1) substância ou produto capaz de causar dependência (Lei nº 11.343/06, art. 1º, parágrafo único); 2) esta substância deve ser rotulada como *droga* por listas periodicamente atualizadas pelo Poder Executivo da União – atualmente, estas substâncias estão previstas na Portaria SVS/MS 344/1998. Por conseguinte, por mais que determinada substância tenha o condão de causar dependência física ou psíquica, se não for etiquetada como droga por tais listas, não poderá ser objeto dos tipos penais previstos na Lei nº 11.343/06.

A simples verificação de que determinada substância encontra-se elencada na Portaria SVS/MS nº 344/98 é suficiente para a sua caracterização como droga, sendo prescindível a realização de exame pericial para a constatação de que, efetivamente, causa dependência. Com a mera previsão da substância no complemento da norma

penal em branco, afasta-se a necessidade, e até mesmo a possibilidade de, a partir da realização de exame pericial, aduzir-se se a substância possui ou não capacidade de causar dependência. Esse dado é aferido pela simples inclusão de qualquer substância na destacada lista. Essa interpretação é obtida pela interpretação literal do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006, onde se lê que "Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, *assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*". Aliás, ao tratar do laudo de constatação (art. 50, § 1º) e do laudo definitivo (art. 58, § 1º), a própria Lei de Drogas refere-se apenas à natureza e à quantidade da substância apreendida, é dizer, à própria materialidade do delito, não fazendo menção à necessidade de demonstração da capacidade da substância de causar dependência, porquanto essa indagação é satisfatoriamente respondida com a constatação de que a substância apreendida encontra-se prevista no complemento da norma penal em branco.[341]

Conquanto a Portaria SVS/MS nº 344 tenha sido criada com o objetivo de regular o uso de substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, subsidiando o controle exercido sobre a produção e comercialização de medicamentos, as normas penais em branco relativas aos crimes previstos na Lei nº 11.343/06 são complementadas com base no rol de substâncias listadas no anexo I da referida Portaria.

O anexo I da Portaria SVS/MS nº 344 contempla 18 (dezoito) listas de classificação das substâncias, nos seguintes termos: 1) A1: lista das substâncias entorpecentes (sujeitas a notificação de receita "A"); 2) A2: lista das substâncias entorpecentes de uso permitido somente em concentrações especiais (sujeitas à notificação de Receita "A"); 3) A3: lista das substâncias psicotrópicas (sujeitas à notificação de Receita "A"); 4) B1: lista das substâncias psicotrópicas (sujeitas à notificação de Receita "B"); 5) B2: lista das substâncias psicotrópicas anorexígenas (sujeitas à notificação de receita "B2"); 6) C1: lista das outras substâncias sujeitas a controle especial (sujeitas a Receita de Controle Especial em duas vias); 7) C2: lista de substâncias retinoicas (sujeitas à notificação de receita especial); 8) C3: lista de substâncias imunossupressoras (sujeitas a notificação de receita especial); 9) C4: lista das substâncias antirretrovirais (sujeitas a receituário do programa da DST/AIDS ou sujeitas a receita de controle especial em duas vias); 10) C5: lista das substâncias anabolizantes (sujeitas a receita de controle especial em duas vias); 11) D1: lista de substâncias precursoras de entorpecentes e/ou psicotrópicos (sujeitas a receita médica sem retenção); 12) D2: lista de insumos químicos utilizados para a fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos (sujeitos a controle do Ministério da Justiça); 13) E: lista de plantas proscritas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas; 14) F: lista das substâncias de uso proscrito no Brasil; 15) F1: substâncias entorpecentes; 16) F2: substâncias psicotrópicas; 17) F3: substâncias precursoras; 18) F4: outras substâncias.

À primeira vista, como o art. 66 faz referência às *substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Portaria SVS/MS nº 344/1998*, poder-se-ia pensar que toda e qualquer substância do Anexo I da referida Portaria seria considerada *droga*, o que não é verdade. De fato, como vimos anteriormente, pelo fato de tal norma regulamentar o controle especial exercido pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária sobre a circulação de certas substâncias, há de se tomar extremo cuidado com a sua interpretação para fins de tipificação dos crimes de drogas, porque nem todas as substâncias aí elencadas podem ser consideradas *drogas*, porquanto incapazes de causar dependência, condição *sine qua non* para que determinada substância possa ser considerada *droga*, como expressamente exige o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06.

Para fins penais, é evidente que as substâncias especificadas na Lista F e suas sublistas (F1 a F4) devem ser tidas como espécies de drogas, já que enumeram substâncias entorpecentes, psicotrópicas e outras, todas de uso proscrito no território nacional, como, por exemplo, a cocaína e o THC (Tetraidrocanabinol).

Raciocínio semelhante deve ser feito em relação às substâncias elencadas nas listas A1, A2, A3, B1, B2, C1 e D1, já que também são espécies de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sujeitas a controle especial capazes de causar dependência (v.g., ópio). Neste caso, todavia, diversamente da lista F, há autorização regulamentar para seu uso controlado. Logo, é perfeitamente possível a concessão de autorização para o uso de substâncias como a morfina, por exemplo, constante da lista A1. Isso significa dizer que, nessa hipótese, não haverá crime de drogas,

341. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 139.667/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/12/2009, DJe 01/02/2010.

porquanto ausente o elemento normativo inerente aos crimes previstos na Lei nº 11.343/06 – *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

As substâncias enumeradas pela lista D2 (v.g., acetona, éter etílico), que versa sobre insumos químicos utilizados para a fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos, não podem ser tratadas como *droga*. No entanto, esta lista continua sendo importante para a Lei nº 11.343/06, notadamente para fins de tipificação do crime do art. 33, § 1º, que versa sobre o crime de tráfico de matéria-prima, *insumo ou produto químico* destinado à preparação de drogas.

Também não são consideradas *drogas* os itens constantes da Lista E (v.g., *cannabis sativum*), que versa sobre plantas proscritas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas, salvo, evidentemente, nas hipóteses em que a própria planta já trouxer em si a substância entorpecente, hipótese em que a incriminação deve se dar com base na lista em que esta substância estiver elencada. De todo modo, esta Lista E é de fundamental importância para a tipificação do crime equiparado ao tráfico do art. 33, § 1º, II, que versa sobre o cultivo de plantas que se constituam em *matéria-prima* para a preparação de drogas.

Há, todavia, precedente da 6ª Turma do STJ em sentido diverso.[342] Para o referido colegiado, classifica-se como "droga", para fins da Lei n. 11.343/2006, a substância apreendida que possua *canabinoides* - característica da espécie vegetal *Cannabis sativa* -, ainda que naquela não haja *tetrahidrocanabinol* (THC). Isso porque a *Cannabis sativa* integra a "Lista E" da Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que, em última análise, a define como planta que pode originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. Portanto, irrelevante, para a comprovação da materialidade de delito, o fato de laudo pericial não haver revelado a presença de tetrahidrocanabinol (THC) - um dos componentes ativos da Cannabis sativa - na substância se constatada a presença de canabinoides, característicos da espécie vegetal Cannabis sativa, que integram a Lista E da Portaria n. 344/1998 e causam dependência. Ressalte-se que essa também tem sido a compreensão adotada pelo STF, o qual, no julgamento do HC 122.247-DF (Segunda Turma, DJe 2/6/2014), firmou entendimento no sentido de que "a ausência de indicação, no laudo toxicológico, de um dos princípios ativos do entorpecente vulgarmente conhecido como 'maconha' não impede a caracterização da materialidade delitiva". Por fim, saliente-se que a própria Portaria n. 344/1998 determina, em seu art. 95, que plantas, substâncias e/ou medicamentos de uso proscrito no Brasil (Lista E e Lista F) serão incinerados. Ou seja, se a própria portaria integradora dos tipos penais relacionados na Lei de Drogas determinou, expressamente, que as plantas integrantes da Lista E serão incineradas, seria ilógico instituir sua apreensão e incineração, se proscritas não fossem.

Noutro giro, especificamente quanto às listas C2 (substâncias retinoicas), C3 (imunossupressoras), C4 (antirretrovirais) e c5 (anabolizantes), por mais que tais substâncias não sejam elencadas como entorpecentes, psicotrópicas e precursoras, não se pode negar que estão *submetidas a controle especial*, o que, em tese, poderia nos levar à conclusão de que eventual comercialização dessas substâncias poderia caracterizar o crime de tráfico de drogas, já que a norma de transição do art. 66 também faz referência a *outras substâncias sob controle especial da Portaria SVS/MS 344*. No entanto, como observa a doutrina,[343] diante da dúvida da própria comunidade médico-científica quanto à capacidade de tais substâncias causarem dependência, o ideal é concluir que eventual conduta de tráfico das substâncias previstas nas listas C2, C3, C4 e C5 caracteriza o crime previsto no art. 273, § 1º-B, desde que praticada em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Basta pensar, a título de exemplo, nas substâncias constantes da Lista C4, que versa sobre antirretrovirais que devem ser controladas, mas que não necessariamente causam dependência.[344]

Art. 67. A liberação dos recursos previstos na Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, em favor de Estados e do Distrito Federal, dependerá de sua adesão e respeito às diretrizes básicas contidas nos convênios firmados e do fornecimento de dados necessários à atualização do sistema previsto no art. 17 desta Lei, pelas respectivas polícias judiciárias.

Art. 67-A. Os gestores e entidades que recebam recursos públicos para execução das políticas sobre drogas deverão garantir o acesso às suas instalações, à documentação e a todos os elementos necessários à efetiva fiscalização

342. STJ, 6ª Turma, REsp 1.444.537/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 12/4/2016, DJe 25/4/2016.

343. Nesse contexto: MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 27.

344. No sentido de que o depósito de anabolizante para venda tipifica o crime do art. 273, § 1º-B, incisos I, II, III e V, do CP: STJ, 5ª Turma, RHC 23.416/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/11/2010, DJe 13/12/2010.

pelos órgãos competentes. (Incluído pela Lei n. 13.840, de 2019)

63. LIBERAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNAD.

A Lei nº 7.560/86 foi responsável pela criação do Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso (FUNCAB). Posteriormente, em virtude do advento da Medida Provisória nº 2.216-37/2001, sua nomenclatura foi alterada para Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD). Para além de dotações específicas e recursos oriundos de doações, são revertidos para o FUNAD os valores perdidos em favor da União em virtude dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06. Nesse sentido, basta atentar para o quanto disposto no art. 29, parágrafo único, que prevê que os valores decorrentes da multa coercitiva prevista para a hipótese de descumprimento injustificado das penas impostas ao usuário de drogas serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas. Na mesma linha, consoante disposto no art. 63, § 1º, os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados na Lei de Drogas e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao FUNAD.

Para que os Estados e o Distrito Federal possam receber recursos oriundos do FUNAD, o art. 67 estabelece dois requisitos: adesão e respeito às diretrizes básicas dos convênios firmados; fornecimento pelas respectivas polícias judiciárias de dados necessários à atualização do sistema de informações do Poder Executivo, disposto no art. 17 da Lei nº 11.343/06.

Art. 68. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas e jurídicas que colaborem na prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes e na repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

64. ESTÍMULOS DIVERSOS A PARTICULARES.

A prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes, assim como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas, objetivos da Lei de Drogas, não podem ser atingidos sem a colaboração de particulares. Com efeito, sobretudo nas hipóteses de reinserção social de usuários e dependentes, a colaboração da sociedade é de fundamental importância para que o Estado possa lograr êxito na consecução de tais objetivos. Daí o motivo pelo qual o art. 68 prevê expressamente que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar estímulos fiscais e outros para pessoas físicas e jurídicas que colaborarem na consecução desses objetivos. Como a Lei não estabelece qualquer restrição, tais incentivos, não necessariamente de natureza fiscal, poderão ser concedidos a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, sem que seja necessário o implemento de qualquer requisito específico, como, por exemplo, tratar-se de organização da sociedade civil de interesse público.

Art. 69. No caso de falência ou liquidação extrajudicial de empresas ou estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços de saúde que produzirem, venderem, adquirirem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas ou de qualquer outro em que existam essas substâncias ou produtos, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito:

I – determinar, imediatamente à ciência da falência ou liquidação, sejam lacradas suas instalações;

II – ordenar à autoridade sanitária competente a urgente adoção das medidas necessárias ao recebimento e guarda, em depósito, das drogas arrecadadas;

III – dar ciência ao órgão do Ministério Público, para acompanhar o feito.

§ 1º Da licitação para alienação de substâncias ou produtos não proscritos referidos no inciso II do caput deste artigo, só podem participar pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado.

§ 2º Ressalvada a hipótese de que trata o § 3º deste artigo, o produto não arrematado será, ato contínuo à hasta pública, destruído pela autoridade sanitária, na presença dos Conselhos Estaduais sobre Drogas e do Ministério Público.

§ 3º Figurando entre o praceado e não arrematadas especialidades farmacêuticas em condições de emprego terapêutico, ficarão elas depositadas sob a guarda do Ministério da Saúde, que as destinará à rede pública de saúde.

65. FALÊNCIA OU LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE ESTABELECIMENTOS COM DROGAS.

Por ocasião da análise dos arts. 2º e 31 da Lei de Drogas, vimos que, em certas situações,

é possível a concessão de autorização legal ou regulamentar para a produção, venda, aquisição, consumo, prescrição ou fornecimento de drogas para fins medicinais ou científicos, atividades estas geralmente desenvolvidas por estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino ou congêneres.

Na hipótese de dissolução dessas empresas ou estabelecimentos por força de eventual falência ou liquidação extrajudicial, há necessidade de previsão legal do procedimento a ser adotado em relação à destinação das drogas ali armazenadas. Daí a importância do art. 69 da Lei de Drogas. Para além da lacração imediata das instalações desses estabelecimentos, o dispositivo sob comento também determina que a autoridade sanitária deve adotar medidas necessárias ao recebimento e guarda das drogas arrecadadas. Na hipótese de venda das drogas arrecadadas, só poderão participar da licitação pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado. As substâncias que não forem objeto de alienação serão destinadas à rede pública de saúde, na hipótese de se tratar de especialidade farmacêutica em condições de emprego terapêutico. Caso contrário, a droga não arrematada deverá ser destruída pela autoridade sanitária, na presença dos Conselhos Estaduais sobre Drogas e do Ministério Público.

Como deixa entrever o art. 69, *caput*, tais providências deverão ser determinadas pelo juízo perante o qual tramita a falência, e não pelas varas especializadas para o processo e julgamento do tráfico de drogas.

> **Art. 70.** O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.
>
> **Parágrafo único.** Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

66. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL: TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E CRIMES COMETIDOS A BORDO DE NAVIOS OU AERONAVES.

Pelo menos em regra, o crime de tráfico de drogas[345] deve ser processado e julgado pela Justiça Estadual, mesmo que caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal.

Isso, no entanto, não significa dizer que o tráfico *doméstico* de drogas não possa ser investigado pela Polícia Federal. Diante do interesse nacional no combate uniforme a essa espécie de crime em todo o território nacional, é a própria Constituição Federal que dispõe em seu art. 144, § 1º, II, que a Polícia Federal também se destina a *prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicas nas respectivas áreas de competência. Logo, o simples fato de a Polícia Federal ser dotada de atribuições investigatórias para o tráfico de drogas não implica, obrigatoriamente, no reconhecimento da competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do referido delito. Em síntese, não se pode acreditar que o simples fato de um crime ser investigado pela Polícia Federal seja motivo, *de per si*, para atrair a competência da Justiça Federal.

Evidentemente, se presente uma das hipóteses dos incisos V e IX do art. 109 da Constituição Federal, ou se um crime de tráfico doméstico de drogas for cometido em conexão e/ou continência com um crime da competência da Justiça Federal, há de ser reconhecida a competência desta Justiça para o processo e julgamento do feito. Afinal, consoante disposto na súmula nº 122 do STJ, "compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal".[346]

Consoante disposto no art. 109, V, da Constituição Federal, compete à Justiça Federal o processo e julgamento de *crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente*. Da leitura do inciso V do art. 109, conclui-se que o

345. O crime de *uso de entorpecente para consumo próprio*, previsto no art. 28 da Lei de Drogas, é de menor potencial ofensivo, o que determina a competência do Juizado Especial Estadual, já que não está previsto em tratado internacional e o art. 70 da Lei n. 11.343/06 não o inclui dentre os que devem ser julgados pela justiça federal. Nessa linha: STJ, 3ª Seção, CC 144.910/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13/04/2016, DJe 25/04/2016; STJ, 5ª Turma, RHC 15.232/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18/03/2003, DJ 26/04/2004.

346. Reconhecendo a competência da Justiça Federal nos termos da Súmula nº 122 do STJ para o processo e julgamento de tráfico internacional de drogas e de associação para esse fim, haja vista a presença da chamada conexão intersubjetiva por concurso: STJ, 6ª Turma, HC 169.989/RS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 28/02/2012, DJe 21/03/2012. Noutro giro, não evidenciada a conexão entre os crimes de tráfico doméstico de drogas e um crime da competência da Justiça Federal, como, por exemplo, o delito de moeda falsa, à Justiça Federal caberá o julgamento apenas do crime de *falsum*, ao passo que o tráfico deverá ser julgado pela Justiça Estadual, pouco importando o fato de ambos os delitos terem sido descobertos na mesma circunstância temporal. Nesse sentido: STJ, 3ª Seção, CC 116.527/BA, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11/04/2012, DJe 07/05/2012.

simples fato de o delito estar previsto em tratado ou convenção internacional assinado pelo Brasil, com a devida ratificação por meio de decreto legislativo do Congresso Nacional e decreto do Presidente da República signatário (v.g., crimes de guarda de moeda falsa, contra as populações indígenas, de tráfico de mulheres, de envio ilegal e tráfico de menores, de tortura, de pornografia infantil e pedofilia e corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais), não enseja, por si só, a competência da Justiça Federal. Para além disso, é imprescindível que se trate de delito à distância, ou seja, que a infração se revista do caráter de internacionalidade, com o início da sua execução no país, e o resultado ocorrendo ou devendo ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

No caso do tráfico internacional de drogas, estão presentes as duas condições necessárias para a fixação da competência da Justiça Federal. A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas concluída em Viena em 20 de dezembro de 1988 foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 154/1991. Cuidando-se de crime previsto em tratado ou convenção internacional, presente a internacionalidade territorial do resultado relativamente à conduta delituosa, o crime de tráfico internacional de drogas deve ser processado e julgado pela Justiça Federal. Não por outro motivo, ainda sob a égide da Constituição anterior, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 522, nos seguintes termos: "Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes."[347]

Em fiel observância ao art. 109, inciso V, da Constituição Federal, o art. 70, *caput*, da Lei nº 11.343/06, dispõe que o processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 da Lei de drogas (tráfico de drogas, tráfico de maquinários, associação para o tráfico, associação para financiamento de tráfico, financiamento de tráfico e colaboração como informante do tráfico), *se caracterizado ilícito transnacional*, são da competência da Justiça Federal.

Tem-se aí tratamento diverso da lei anterior, que exigia a traficância internacional, hipótese na qual era necessária a comprovação do envolvimento de agentes de mais de um país. De acordo com a nova Lei de Drogas, essa *transnacionalidade* deve ser compreendida como a violação à soberania de dois países, caracterizada pela circunstância objetiva de estender-se o fato – na sua prática ou em função dos resultados reais ou pretendidos – a mais de um país, independentemente da cooperação de agentes situados em territórios nacionais diversos.

Em que pese o teor do art. 70 da Lei nº 11.343/06, referindo-se a esse requisito da transnacionalidade, acreditamos que a competência da Justiça Federal deva ser estabelecida pela Constituição Federal, e não pela Lei nº 11.343/06. Logo, para que o crime de tráfico de drogas seja processado e julgado pela Justiça Federal, basta a satisfação dos dois pressupostos constantes do art. 109, V, da Constituição Federal: a) previsão criminal em tratado ou convenção internacional; b) internacionalidade territorial do resultado relativamente à conduta delituosa.

O crime de tráfico internacional de drogas pressupõe o intuito de transferência da droga envolvendo mais de um país, dispensando, para sua caracterização, a efetiva ocorrência do resultado. Essa transnacionalidade não está circunscrita às condutas de importar e exportar, aplicando-se também às demais condutas, tais como transportar, trazer consigo, etc. Portanto, responde pelo delito de tráfico internacional de drogas perante a Justiça Federal o agente que, oriundo da Argentina, for flagrado no aeroporto do Galeão, durante procedimento de embarque em voo internacional para a Espanha, transportando cápsulas de cocaína em seu estômago.[348]

A própria Lei de drogas, em seu art. 40, inciso I, aponta circunstâncias indiciárias que devem ser observadas para a caracterização do ilícito transnacional, tais como a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato delituoso.

Não se pode acreditar que o simples fato de a cocaína ter sido *provavelmente* adquirida na Bolívia atraia a competência da Justiça Federal, pois, se assim fosse considerado, toda a apreensão da droga no país configuraria tráfico internacional, eis que o Brasil não produz tal entorpecente.[349]

Na mesma linha, a prisão de determinada pessoa em localidade próxima à fronteira do Brasil com outro país ou o fato de a droga ter sido adquirida

347. Com conteúdo semelhante, eis o teor da Súmula nº 54 do extinto Tribunal Federal de Recursos: "Compete à Justiça Estadual de primeira instância processar e julgar crimes de tráfico internacional, quando praticado o delito em comarca que não seja sede de Vara do Juízo Federal".

348. Nessa linha: TRF3, ACR 2007.61.19.003051-0, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Cotrim Guimarães, DJF 05/03/2009 p. 433.

349. STJ, 5ª Turma, HC 66.292/MT, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19/03/2007 p. 374.

de um estrangeiro não autorizam concluir, *prima facie*, pela internacionalidade do tráfico. Antes, é necessário identificar se os agentes estão envolvidos com atos de importação e transporte transnacional ou se seriam meros revendedores que já teriam adquirido a droga na cidade brasileira.[350]

Para que possa falar em tráfico internacional de drogas, é indispensável que a droga apreendida no Brasil também seja considerada ilícita no país de origem (ou de destino). Do contrário, ter-se-á mero tráfico interno, de competência da Justiça Estadual. Daí o motivo pelo qual decidiu o STJ que a importação de cloreto de etila (vulgarmente conhecido como "lança-perfume") da Argentina não é crime de competência da Justiça Federal, pois lá não há a proibição de uso dessa substância.[351]

Mas e se esse tráfico internacional de drogas for cometido por militares da Força Aérea Brasileira a bordo de aeronaves militares? A quem compete processar e julgar o delito? À Justiça Federal ou à Justiça Militar da União? À primeira vista, pela leitura dos incisos IV e IX do art. 109 da Constituição Federal, poder-se-ia concluir pela competência da Justiça Militar, eis que a Constituição Federal, ao se referir à competência da Justiça Federal nos dois incisos, ressalva expressamente a competência da Justiça Militar. Todavia, para o Supremo Tribunal Federal, como a ressalva constitucional da competência da Jurisdição Especializada Militar – incisos IV e IX – não se faz presente no inciso V do artigo 109 da Constituição Federal, e cuidando-se de crime previsto em tratado ou convenção internacional, presente a internacionalidade territorial do resultado relativamente à conduta delituosa, concluiu-se pela competência da Justiça Comum Federal.[352]

Para além da hipótese do tráfico internacional de drogas, o qual deve ser processado e julgado pela Justiça Federal com fundamento no art. 109, V, da Constituição Federal, não se pode perder de vista que à referida Justiça também caberá o julgamento dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06 se acaso cometidos no interior de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar, *ex vi* do art. 109, IX, da Carta Magna.[353]

66.1. Desclassificação do tráfico internacional de drogas e perpetuação da competência da Justiça Federal.

O que ocorre se o juiz federal, ao final do processo, entender que a transnacionalidade não está comprovada, tratando-se, pois, de crime de tráfico interno de drogas, da competência da Justiça Estadual?

Uma primeira corrente sustenta ser possível a aplicação da regra do art. 81 do CPP (*perpetuatio jurisdictionis*). Assim, mesmo que o juiz federal venha a entender ao final do processo que o delito é de tráfico interno de drogas, esse magistrado terá sua competência prorrogada, sendo inviável a alegação de nulidade absoluta do processo por violação ao princípio do juiz natural.[354]

Em sentido diverso, há doutrinadores que entendem que, a partir do momento em que o juiz federal reconhece que não se trata de tráfico internacional, mas sim de tráfico doméstico, está se declarando absolutamente incompetente para apreciar o mérito da causa, não sendo possível a aplicação da regra da *perpetuatio jurisdicionis* do art. 81 do CPP, pois, se é crime de competência estadual, somente um juiz de direito poderá julgá-lo.[355]

A nosso juízo, razão assiste à segunda corrente. Deveras, se a competência da Justiça Federal é definida taxativamente na Constituição Federal (*numerus clausus*), não é possível a extensão de sua competência com base em norma infraconstitucional (art. 81 do CPP), sobretudo se nenhum crime é originariamente de competência federal.[356]

Situação diferente ocorrerá na hipótese de conexão entre o tráfico internacional de drogas, crime de competência da Justiça Federal, pelo qual o acusado seja absolvido, e um crime qualquer

350. STJ, 3ª Seção, CC 26.094/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 21/08/2000 p. 91.

351. De acordo com o STJ, "sendo o *lança-perfume* de fabricação Argentina – onde não há proibição de uso – e não constando o "cloreto de etila" das listas anexas da Convenção firmada entre o Brasil e a Argentina – não se configura a internacionalidade do delito, mas, tão-somente, a violação à ordem jurídica interna brasileira. Caracterizado, em tese, apenas o tráfico interno de entorpecentes, sem qualquer cumulação de crimes, eis que não foi apreendido nenhum outro tipo de mercadoria com o indiciado, sobressai a competência da Justiça Estadual para o processo e julgamento do feito". (STJ, 3ª Seção, CC 34.767/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23/09/2002 p. 221).

352. STF, Pleno, CC 7.087/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31/08/2001.

353. Como já se pronunciou o Supremo, para fins de fixação da competência da Justiça Federal com fundamento no art. 109, IX, da CF, pouco importa a espécie de crime cometido a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar: STF, 1ª Turma, HC 85.059/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22/02/2005, DJ 29/04/2005.

354. Parece ser essa a posição que prevalece no âmbito dos Tribunais Regionais Federais: TRF4, ACR2003.71.01.001380-0, Sétima Turma, Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJ 03/03/2004. No mesmo sentido: TRF1, ACR 2007.37.00.001091-9/MA, 4ª Seção, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, DJ 07/08/2008.

355. Nesse sentido: THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 316. Essa segunda corrente tem prevalecido nos Tribunais Superiores: STJ, 6ª Turma, HC 37.581/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 19/12/2005 p. 474; STF, 2ª Turma, HC 74.479/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/02/1997.

356. PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito processual penal*. 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010. p. 414.

de competência da Justiça Estadual, v.g., roubo. A princípio, e em virtude do teor da súmula 122, prevalecerá a competência da Justiça Federal, nos termos da súmula 122 do STJ. Nesta hipótese, mesmo que o juiz federal absolva o agente em relação à imputação de tráfico internacional de drogas, terá sua competência prorrogada para julgar o delito conexo, pois, se houve absolvição, isso significa dizer que a Justiça Federal afirmou sua competência, a qual será extensiva aos crimes conexos – vide regra do art. 81 do CPP. Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, havendo a absolvição do acusado da conduta que, de início, atraiu a competência da Justiça Federal, esta permanece competente para o julgamento do outro crime, ainda que este delito, isoladamente considerado, seja da competência da Justiça Estadual.[357]

66.2. Delegação de competência federal.

Atenta à realidade então em vigor na Justiça Federal quando da promulgação da Constituição Federal, à época presente somente nas capitais brasileiras, o Constituinte fez uma ressalva importante na redação original do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, *in verbis:* "serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, *a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual*".[358]

Valendo-se desse permissivo constitucional, a antiga lei de drogas (Lei nº 6.368/76) dispunha em seu art. 27 que "o processo e o julgamento do crime de tráfico com o exterior caberão à justiça estadual com interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos". Por isso, o extinto Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula 54: "Compete à Justiça Estadual de primeira instância processar e julgar crimes de tráfico internacional de entorpecentes, quando praticado o delito em comarca que não seja sede de vara do juízo federal".

Assim, somente nas sedes das subseções judiciárias da Justiça Federal é que tramitariam os processos referentes a tráfico internacional de drogas. Se um delito de tráfico internacional de drogas fosse praticado em um município que não era sede de subseção judiciária da Justiça Federal, o juiz estadual exerceria competência federal delegada, devendo eventual recurso ser encaminhado ao respectivo Tribunal Regional Federal. Nessa hipótese, caso houvesse um conflito de competência entre esse juiz estadual no exercício de competência federal delegada e um juiz federal da mesma região, caberia ao Tribunal Regional Federal decidi-lo, e não ao Superior Tribunal de Justiça, nos exatos termos da súmula nº 3 do STJ: "Compete ao TRF dirimir conflito de competência verificado, na respectiva Região, entre Juiz Federal e Juiz Estadual investido de jurisdição federal".

Em relação à competência do Juiz Federal cuja circunscrição judiciária abrangesse a comarca, essa competência federal delegada ao juiz estadual pelo fato de não existir vara da Justiça Federal no município era considerada hipótese de competência territorial, e não em razão da matéria, como costuma ser a divisão de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual. Assim, se se tratava de competência territorial, e, portanto relativa, eventual nulidade deveria ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão.[359]

Com a entrada em vigor da nova Lei de Drogas no dia 8 de outubro de 2006, e a consequente revogação da Lei nº 6.368/76 (art. 75 da Lei nº 11.343/06), esta matéria foi sensivelmente alterada, na medida em que o parágrafo único do art. 70 da Lei nº 11.343/06 passou a dispor que *os crimes praticados nos municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.*

Como se percebe, por força do referido dispositivo, cessou a delegação de competência federal que outrora existia em relação ao tráfico internacional de drogas cometido em cidade que não fosse sede de vara federal. Consequentemente, a partir do dia 8 de outubro de 2006, data da entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, todos os processos criminais referentes ao tráfico internacional de drogas deverão ser processados e julgados pela Justiça Federal, ainda que não haja vara federal na cidade em que o delito foi cometido. Exemplificando, eventual delito de tráfico de drogas praticado na cidade de Mundo Novo, localizado no sudoeste do estado do

357. STJ, 5ª Turma, HC 72.496/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/03/2007, DJ 14/05/2007 p. 354.

358. A Emenda Constitucional n. 103/19 alterou o §3º do art. 109 da Constituição Federal, senão vejamos: "§3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do segurado não for sede de vara federal".

359. Nesse sentido: STF, 1ª Turma, HC 85.059/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29/04/2005 p. 30.

Mato Grosso do Sul, e que não é dotado de vara da Justiça Federal, deverá ser processado e julgado junto à Vara Federal de Naviraí/MS, cuja competência territorial abrange o referido município, de acordo com o Provimento nº 256, de 21/01/2005, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Surge a indagação acerca dos inquéritos e processos em curso perante as varas estaduais quando da entrada em vigor da nova lei de drogas. Deveriam permanecer nas varas estaduais, ou ser remetidos imediatamente à subseção judiciária federal competente? Conquanto o Código de Processo Penal seja silente acerca do tema, impõe-se a aplicação subsidiária da regra da perpetuação de competência do art. 87 do CPC (art. 43 do CPC), com fundamento no art. 3º do CPP. Ora, com a revogação da antiga regra do art. 27 da Lei nº 6.368/76 pelo art. 75 da Lei nº 11.343/06, e a consequente alteração da competência em razão da matéria, a justiça estadual passou a ser absolutamente incompetente para processar e julgar os delitos de tráfico internacional de drogas, razão pela qual todos os processos em andamento devem ter sido remetidos à subseção judiciária federal respectiva, haja vista o princípio da aplicação imediata das normas genuinamente processuais previsto no art. 2º do CPP (*tempus regit actum*).

Situação semelhante à ora retratada, com alteração da competência em razão da matéria, e consequente inaplicabilidade da regra da *perpetuatio jurisdictionis* do art. 43 do CPC, ocorreu quando da entrada em vigor da Lei nº 9.299/96, que retirou da Justiça Militar a competência para processar e julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra civil. Ali, também restou assentado que "as disposições concernentes à jurisdição e competência se aplicam de imediato, mas, se já houver sentença relativa ao mérito, a causa prossegue na jurisdição em que ela foi prolatada, salvo se suprimido o Tribunal que deverá julgar o recurso".[360]

Nesse caso de tráfico internacional de drogas, a discussão em torno de já ter sido proferida sentença relativa ao mérito, hipótese em que o processo deveria seguir na jurisdição em que foi prolatada, para que não houvesse violação à competência recursal, é de todo irrelevante. Isso porque, mesmo antes da alteração produzida pela Lei nº 11.343/06, a competência recursal já era do Tribunal Regional Federal, o que significa dizer que não houve qualquer alteração da competência no que toca ao juízo *ad quem*.

Art. 71. (VETADO)

Art. 72. Encerrado o processo criminal ou arquivado o inquérito policial, o juiz, de ofício, mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ou a requerimento do Ministério Público, determinará a destruição das amostras guardadas para contraprova, certificando nos autos. (Redação dada pela Lei n. 13.840, de 2019)

67. DESTRUIÇÃO DE DROGAS EM PROCESSOS JÁ ENCERRADOS.

O assunto foi objeto de estudo por ocasião da análise dos arts. 50, §§ 3º a 5º, e 50-A, ambos da Lei nº 11.343/06, acrescentados pela Lei nº 12.961/14 – item 50.4. "Destruição das drogas apreendidas" –, para onde remetemos o leitor.

Art. 73. A União poderá estabelecer convênios com os Estados e o com o Distrito Federal, visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas, e com os Municípios, com o objetivo de prevenir o uso indevido delas e de possibilitar a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. (Redação dada pela Lei nº 12.219, de 2010).

68. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS PELA UNIÃO COM OS ESTADOS E COM O DISTRITO FEDERAL.

Em sua redação original, o art. 73 da Lei de Drogas dispunha que a União poderia celebrar convênios *com os Estados* visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas. O dispositivo era alvo de críticas por prever a possibilidade de celebração de convênios apenas com os Estados, sem fazer referência ao Distrito Federal e aos Municípios. Além disso, nada dispunha quanto à possibilidade de celebração de convênios visando à reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Com o objetivo de corrigir tais equívocos, a Lei nº 12.219/10 conferiu nova redação ao art. 73, prevendo que, doravante, a União possa celebrar convênios não apenas com os Estados, mas também com o Distrito Federal, visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido

360. STF, 2ª Turma, HC 76.510/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 15/05/1998 p. 44.

de drogas. Além disso, a União também poderá celebrar convênios com os Municípios, nesse caso com o objetivo de prevenir o uso indevido de drogas e de possibilitar a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de substâncias entorpecentes.

Apesar de o art. 73 não prever, pelo menos expressamente, a possibilidade de os convênios firmados pela União com os Estados e com o Distrito Federal terem como objetivo a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, é evidente que convênios podem ser celebrados por tais entes nesse sentido. Afinal, é a própria Constituição Federal que dispõe que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II). Noutro giro, quanto à restrição à celebração de convênios com os Municípios tão somente para fins de prevenção do uso indevido de drogas e visando à atenção e reinserção social de usuários e dependentes químicos, parece-nos inviável a extensão desses convênios para fins de repressão ao tráfico de drogas, porquanto tais entes federativos não exercem qualquer função de segurança pública (CF, art. 144).

Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

69. VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.343/06.

De acordo com o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/98, incluído pela Lei Complementar nº 107/01, a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a *inclusão da data da publicação e do último dia do prazo*, entrando em vigor no *dia subsequente à sua consumação integral.*

Considerando-se que a Lei nº 11.343/06 foi publicada em data de 24 de agosto de 2006, dispondo seu art. 74 que sua *vacatio legis* seria de 45 (quarenta e cinco) dias, temos que sua vigência ocorreu no dia 8 de outubro de 2006. Por força de seu art. 21, o Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006, responsável pela regulamentação da Lei nº 11.343/06, também entrou em vigor no dia 8 de outubro de 2006.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

Brasília, 23 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.8.2006

70. REVOGAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PRETÉRITA.

Os crimes relativos a entorpecentes estavam previstos, originariamente, na Lei nº 6.368/76. Surgiu, então, no ano de 2002, a Lei nº 10.409, com o propósito de substituir integralmente a legislação anterior. Ocorre que os tipos penais constantes da Lei nº 10.409/02 acabaram sendo vetados pelo Presidente da República, daí por que o procedimento constante desta Lei teve que ser aplicado em conjunto com os crimes previstos na Lei nº 6.368/76. Em boa hora, a balbúrdia gerada pela existência de duas Leis sobre drogas no ordenamento pátrio chega ao fim, já que o art. 75 da Lei nº 11.343/06 revoga expressamente a Lei nº 6.368/76 e a Lei nº 10.409/02.

TRÂNSITO

LEI 9.503/1997

Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Segundo dados da Organização Mundial do Comércio, o Brasil registra cerca de 47 mil mortes no trânsito por ano e 400 mil pessoas com algum tipo de sequela. Morre-se mais em acidentes de trânsito do que na guerra civil da Síria. O custo para o País é de 56 bilhões por ano, conforme levantamento do Observatório Nacional de Segurança Viária, o que daria para construir 28 mil escolas ou 1.800 hospitais.[361] O cálculo do Centro de Pesquisas e Economia do Seguro (Cpes) é ainda mais alarmante, alcançando R$ 146 bilhões de perda pelo Brasil, só em 2016, em decorrência de acidentes de trânsito, número equivalente a 2,3% de todo o Produto Interno Bruto (PIB) nacional.[362] Esse valor corresponde ao que seria gerado pelo trabalho das vítimas que morreram ou ficaram inválidas após os acidentes.

Esse verdadeiro holocausto nas ruas brasileiras serve para demonstrar que a *segurança viária*, da mesma forma que a dignidade da pessoa humana, deve ser levada a sério e encarada como direito fundamental coletivo, e o dever do Estado em prestá-la não permite retrocesso. Justifica-se, assim, a previsão legal dos crimes de trânsito, não apenas para preservar a segurança de todos aqueles que participam no tráfico por meio de vias terrestres, mas também para prevenir, especificamente, os comportamentos perigosos e lesivos na direção de veículos automotores, que superem os níveis de risco normalmente tolerados pela sociedade. Como especifica o próprio Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97, art. 1º, §2º), "o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito".

Não por outro motivo a Organização das Nações Unidas proclamou, em 2011, a década de ações mundiais em prol da segurança do trânsito. No ano de 2012, editou resolução reforçando a preocupação mundial com o tema. A meta seria a de reduzir pela metade as mortes por acidentes de trânsito no mundo até o ano de 2010. Por isso, entrou em vigor recentemente a Lei n. 13.614/18, responsável pela criação do Plano Nacional de Redução de Mortes e Lesões no Trânsito (Pnatrans) e pelo acréscimo ao Código de Trânsito Brasileiro de dispositivo – art. 326-A – para dispor sobre regime de metas de redução de índice de mortos no trânsito por grupos de habitantes e de índice de mortos no trânsito por grupos de veículos.

2. CRIMES DE TRÂNSITO.

Com uma acepção mais ampla, os dicionários definem a palavra *trânsito* como a ação ou o efeito de passar, de caminhar, equivalendo, pois, a caminho ou marcha. Corresponde, assim, nas palavras de Arnaldo Rizzardo, "a qualquer movimentação ou deslocação de pessoas, animais e veículos, de um local para outro".[363]

Sob um ponto de vista mais técnico, todavia, o CTB define *trânsito* como "a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga"

361. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/05/1888812-transito-no-brasil-mata-47-mil-por-ano-e-deixa-400-mil-com-alguma-sequela.shtml. Acesso em: 14/11/2018.

362. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/05/1888678-acidentes-de-transito-custaram-23-do-pib-do-brasil-em-2016-diz-pesquisa.shtml. Acesso em: 14/11/2018.

363. RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 31.

(Lei n. 9.503/97, art. 1º, §1º). Como se percebe, na regulamentação do trânsito nas vias terrestres, o Código de Trânsito Brasileiro destina-se não apenas aos casos de efetiva circulação nas referidas vias, mas a qualquer forma de participação na utilização das vias terrestres, inclusive para fins de parada, estacionamento e operação de carga e descarga. Destarte, pelo menos sob uma perspectiva técnico jurídica, a palavra *trânsito* pode ser considerada mais ampla que movimentação ou circulação pelas vias terrestres.[364]

A Lei n. 9.503/97 também especifica o que são as *vias terrestres* para fins de aplicação do Código de Trânsito Brasileiro, abrangendo ruas, avenidas, estradas, rodovias abertos para o grande tráfico de pessoas e veículos, além de passagens, caminhos, vias internas dos condomínios, entre outras. É nesse sentido o teor de seu art. 2º: "São vias terrestres urbanas e rurais as ruas, as avenidas, os logradouros, os caminhos, as passagens, as estradas e as rodovias, que terão seu uso regulamentado pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre elas, de acordo com as peculiaridades locais e as circunstâncias especiais. Parágrafo único. Para os efeitos deste Código, são consideradas vias terrestres as praias abertas à circulação e as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas". Portanto, não estão abrangidos pelos crimes previstos no CTB aqueles ilícitos relacionados ao tráfego aéreo, marítimo e fluvial.

2.1. Crimes de trânsito e infrações de trânsito.

De acordo com o art. 161 do CTB, constitui *infração de trânsito* a inobservância de qualquer preceito do referido Código, da legislação complementar ou das resoluções do CONTRAN, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, *além das punições previstas no Capítulo XIX*, que versa sobre os *crimes de trânsito*.

Pelo menos em regra, os fatos praticados em prejuízo da circulação viária constituem meras infrações de trânsito, ou seja, ilícitos de caráter administrativo. São violações do ordenamento jurídico desprovidas de gravidade suficiente para a caracterização de infração penal. É o que ocorre, a título de exemplo, com o condutor ou passageiro que deixa de usar o cinto de segurança, infração rotulada como grave pelo art. 167 do CTB, sujeita à penalidade de multa e à medida administrativa de retenção do veículo até colocação do cinto pelo infrator.

Essa assertiva é consectário lógico de um dos princípios vetores do Direito Penal: o da *fragmentariedade*. Segundo esse postulado, nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas aqueles que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade. O Direito Penal funciona, pois, como a última etapa de proteção do bem jurídico, razão pela qual todo crime de trânsito também será uma infração de trânsito, porém a recíproca não é verdadeira.

Como deixa entrever a parte final do art. 161 do CTB, o crime de trânsito subsiste sem prejuízo da infração de trânsito, pois este é um *minus* quando comparado àquele. A diferença entre os dois não é ontológica, mas apenas de grau. É nesse sentido, entre outros, a lição de Nélson Hungria: "Na diversidade de tratamento de fatos antijurídicos, a lei não obedece a um critério de rigor científico ou fundado numa distinção ontológica entre tais fatos, mas simplesmente a um ponto de vista de conveniência política, variável no tempo e no espaço. Em princípio, ou sob o prisma da lógica pura, a voluntária transgressão da norma jurídica deveria importar sempre a pena (*stricto sensu*). Praticamente, porém, seria isso uma demasia. O legislador é um oportunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas. Se o fato *contra jus* não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarme coletivo, contenta-se ele com o aplicar a mera sanção civil (ressarcimento do dano, execução forçada, nulidade do ato). O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem não se possa obter por outros meios de reação, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do direito que não o penal). A pena é um *mal*, não somente para o réu e sua família, senão também, sob o ponto de vista econômico, para o próprio Estado. Assim, dentro de um critério prático, é explicável que este se abstenha de aplicá-la fora dos casos em que tal abstenção represente um *mal maior*".[365]

Ademais, mesmo depois da criação de determinado crime de trânsito à luz do princípio da fragmentariedade, invoca-se de maneira recorrente

364. De acordo com o art. 2º do CTB, "são vias terrestres urbanas e rurais as ruas, as avenidas, os logradouros, os caminhos, as passagens, as estradas e as rodovias, que terão seu uso regulamentado pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre elas, de acordo com as peculiaridades locais e as circunstâncias especiais".

365. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V. VII, p. 172-173.

o princípio da subsidiariedade para decidir quando estará configurada a figura penal ou uma simples infração de trânsito. Há de se compreender que o Direito Penal deve funcionar como a *ultima ratio* (medida extrema ou última razão), visto que funciona como uma disciplina jurídica excessivamente gravosa e invasiva da esfera de liberdade do cidadão. Portanto, se a violação às regras de trânsito não ingressar na seara penal, podendo ser solucionada pelo Direito Administrativo, será vedado o recurso ao Direito Penal.

CAPÍTULO XIX
DOS CRIMES DE TRÂNSITO

Seção I
Disposições Gerais

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

3. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA LEI N. 9.099/95 AOS CRIMES COMETIDOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES.

Diante do silêncio da legislação especial acerca de determinada matéria, aplica-se, subsidiariamente, o quanto disposto no Código Penal. Daí dispor o art. 12 do CP que as regras gerais do diploma penal são aplicáveis aos fatos incriminados por lei especial, *se esta não dispuser de modo diverso.*

Em sentido semelhante, porém no tocante às normas constantes do Código de Processo Penal, o art. 1º, *caput*, do CPP, dispõe que o processo penal reger-se-á, em todo território brasileiro, por este Código, ressalvadas as hipóteses ali mencionadas, dentre as quais não há qualquer referência aos crimes cometidos na direção de veículos automotores.

Por fim, a Lei n. 9.099/95 também funciona como norma geral em relação às infrações de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os crimes com pena máxima cominada igual ou inferior a 2 anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não a procedimento especial, salvo quando houver expressa vedação a sua aplicação, a exemplo do que ocorre nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei n. 11.340/06, art. 41) e no âmbito da Justiça Militar (Lei n. 9.099/95, art. 90-A).

Como se pode notar, o conteúdo do art. 291, *caput*, do CTB, embora correto, revela-se absolutamente redundante, visto que, ainda que esse dispositivo jamais tivesse existido, é de todo evidente que, mesmo assim, seriam aplicáveis as normas constantes do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei n. 9.099/95 aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, desde que não houvesse qualquer ressalva em sentido contrário prevista no Capítulo XIX do CTB ("Dos crimes de Trânsito"), que abrange os arts. 291 a 312-A da Lei n. 9.503/97.

Art. 291. (...)

§1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: (Renumerado do parágrafo único pela Lei n. 11.705, de 2008)

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; (Incluído pela Lei n. 11.705, de 2008)

II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; (Incluído pela Lei n. 11.705, de 2008)

III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). (Incluído pela Lei n. 11.705, de 2008)

§2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal. (Incluído pela Lei n. 11.705, de 2008)

§3º (VETADO). (Incluído pela Lei n. 13.546, de 2017)

(...)

4. (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AOS CRIMES DE TRÂNSITO DE LESÃO CORPORAL CULPOSA, DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DE PARTICIPAÇÃO EM COMPETIÇÃO NÃO AUTORIZADA DO DISPOSTO NOS ARTS. 74 (COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS), 76 (TRANSAÇÃO PENAL) E 88 (REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DE LESÃO LEVE E CULPOSA).

Em sua redação original, dispunha o art. 291, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro

(Lei nº 9.503/97), que seriam aplicáveis aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099/95, que versam, respectivamente, sobre a composição civil dos danos, a transação penal e a necessidade de representação para os crimes de lesão corporal leve e culposa.

O dispositivo sempre produziu enorme controvérsia, principalmente quanto à necessidade de representação em relação aos crimes de embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada. Ora, se tais delitos são espécies de crime de perigo – abstrato, no caso do art. 306, e concreto, na hipótese do art. 308 –, logo, sem uma vítima determinada, como se poderia exigir o oferecimento da representação para a deflagração da persecução penal? Por isso, sem embargo de opiniões minoritárias em sentido contrário, sempre se entendeu que, a despeito do teor do revogado parágrafo único do art. 291 do CTB, tais delitos eram mesmo de ação penal pública incondicionada. O único delito que estaria sujeito à representação seria a lesão corporal culposa, prevista no art. 303 do CTB, haja vista se tratar de crime com vítima determinada, capaz, portanto, pelo menos em tese, de implementar a referida condição de procedibilidade.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.705/08, tal incongruência foi corrigida. De acordo com a nova redação conferida ao art. 291, § 1º, do CTB, aplica-se aos crimes de trânsito de *lesão corporal culposa* – não há mais qualquer referência à embriaguez ao volante nem tampouco à participação em competição não autorizada – o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099/95, exceto se o agente estiver: I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 Km/h (cinquenta quilômetros por hora).

Em resumo, pode-se dizer que o crime de lesão corporal culposa no trânsito previsto no art. 303, *caput*, ao qual é cominada uma pena de detenção, de seis meses a dois anos, é uma infração de menor potencial ofensivo, visto que sua pena máxima não ultrapassa o limite de dois anos. Portanto, como regra geral, deve ter incidência a Lei dos Juizados Especiais Criminais, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95. Logo, a ação penal será pública condicionada à representação, devendo ser lavrado termo circunstanciado, com ulterior possibilidade de transação penal, etc.

Se, no entanto, estiver presente uma das situações descritas nos incisos I, II e III do § 1º do art. 291 do CTB, o crime deixa de ser considerado infração de menor potencial ofensivo. Deverá, pois, ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal (Lei nº 9.503/97, art. 291, § 2º). Nesse último caso, como o art. 88 da Lei nº 9.099/95 não terá incidência, a ação penal passará a ser pública incondicionada.[366]

Certamente haverá quem diga que não se poderia vedar a aplicação da Lei dos Juizados aos crimes de lesão corporal culposa praticados em um dos contextos do art. 291, §1º, do CTB, sob pena de violação ao princípio da isonomia,[367] porquanto a pena a eles cominada ainda estaria dentro dos limites fixados pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95 para ser rotulada como infração de menor potencial ofensivo. É dizer, tecnicamente seria mais correto o legislador ter alçado tais circunstâncias à categoria de causas especiais de aumento de pena, afastando-se, assim, qualquer questionamento nesse sentido, porque a pena máxima seria superior a 2 (dois) anos. Sem embargo da falta de técnica do legislador, não há falar em violação ao princípio da isonomia, porquanto o desvalor da ação nesses casos é sensivelmente maior, justificando, pois, esse tratamento desigual, à semelhança do que acontece, por exemplo, em relação aos crimes e contravenções praticados no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, que não admitem a aplicação da Lei n. 9.099/95, independentemente da pena cominada (Lei n. 11.340/06, art. 41).

Especificamente quanto ao crime de lesão corporal culposa majorado, cuja tipificação está condicionada à ocorrência de qualquer das hipóteses do §1º do art. 302 – não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação; praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros –, como o art. 303, §1º, do CTB, impõe o aumento da pena de 1/3 (um terço) à metade, atingindo, pois, o patamar mínimo de 8 (oito) meses e o limite máximo de

366. Aury Lopes Jr. comunga do mesmo entendimento: *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 364.

367. Com esse entendimento: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2, p. 299.

3 (três) anos, é de todo evidente que não mais se trata de infração de menor potencial ofensivo. Logo, nesse caso, não se revela possível a aplicação dos arts. 74 (composição civil dos danos), 76 (transação penal) e 88 (necessidade de representação) da Lei n. 9.099/95.

Idêntico raciocínio é válido para o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor qualificado pelo fato de o agente conduzi-lo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, previsto no art. 303, §2º, do CTB. Afinal, ao referido delito é cominada uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, o que demonstra, à evidência, que não estamos diante de uma infração de menor potencial ofensivo de modo a permitir a aplicação dos institutos despenalizadores acima relacionados.

Por fim, no tocante ao crime de embriaguez ao volante (CTB, art. 306), tendo em conta que sua pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, não se trata de infração de menor potencial ofensivo. Cuida-se de crime de ação penal pública incondicionada, sendo incabível exigir-se representação da vítima. Conclusão semelhante deve ser aplicada à participação em competição não autorizada: outrora considerada infração de menor potencial ofensivo, porquanto a pena a ela cominada era de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, referido delito perdeu esse *status* a partir do advento da Lei n. 12.971/14, que majorou a pena máxima para 3 (três) anos.[368]

Art. 291. (...)

§4º O juiz fixará a pena-base segundo as diretrizes previstas no art. 59 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), dando especial atenção à culpabilidade do agente e às circunstâncias e consequências do crime. (Incluído pela Lei n. 13.546, de 2017)

5. FIXAÇÃO DA PENA-BASE DE ACORDO COM O ART. 59 DO CP, COM ESPECIAL ATENÇÃO À CULPABILIDADE DO AGENTE E ÀS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.

A fim de se estabelecer a pena-base a ser aplicada ao crime de trânsito, que não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo previsto pelo tipo penal incriminador, são levadas em consideração todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, as quais devem ser investigadas pelo juiz durante o curso da instrução probatória e, posteriormente, individualizadas e valoradas, na sentença. É por esse motivo, aliás, que o próprio CPP prevê que o interrogatório será constituído de duas partes: *sobre a pessoa do acusado* e *sobre os fatos* (art. 187, caput).

Tendo em conta que todas as circunstâncias judiciais, em conjunto ou isoladamente consideradas, podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, impõe-se ao magistrado uma análise individualizada de cada uma delas, sendo insuficiente, portanto, considerações genéricas e superficiais. De todo modo, convém destacar que, na visão da jurisprudência majoritária, eventual deficiência na fundamentação da fixação da pena não acarreta a nulidade da decisão se aquela for fixada no mínimo legal, o que, no entanto, não impede a interposição de apelação pela acusação, objetivando a majoração da pena.[369]

Na hipótese de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP serem favoráveis ao acusado, a pena-base deve ser fixada no mínimo previsto no preceito secundário. Caso alguma circunstância seja desfavorável, deve afastar-se do mínimo; se, todavia, o conjunto for desfavorável, a pena pode se aproximar do chamado termo médio, representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimo e máximo. Na prática, como destaca Bitencourt,[370] o cálculo tem início a partir do limite mínimo e só excepcionalmente, quando o conjunto das circunstâncias do art. 59 revelar especial gravidade, se justifica a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal.

Especificamente quanto aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, sem prejuízo da análise das demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o juiz sentenciante deverá dispensar especial atenção às seguintes:

a) culpabilidade: deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade do comportamento do agente, apontando a maior ou menor censurabilidade da conduta delituosa. A circunstância judicial "culpabilidade", disposta no art. 59 do CP, atende

368. Com esse entendimento: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 372.

369. Essa admissibilidade de aplicação da pena mínima sem fundamentação dá origem à chamada *política da pena mínima*, assim compreendido o costume judiciário reiterado no Brasil de se fixar a pena-base sempre no menor patamar possível como consequência da ausência de análise individualizada e fundamentada das circunstâncias judiciais.

370. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 675.

ao critério constitucional da individualização da pena. Para o Supremo, a análise judicial das circunstâncias pessoais do réu é indispensável para fins de adequação temporal da pena, em especial nos crimes perpetrados em concurso de pessoas, nos quais se exige que cada um responda na medida de sua culpabilidade (CP, art. 29). Quando cotejada com as demais circunstâncias descritas no art. 59 do CP, o dimensionamento da culpabilidade revelaria ao magistrado o grau de censura pessoal do réu na prática do ato delitivo, representando verdadeira limitação da discricionariedade judicial na tarefa individualizadora da pena-base;[371]

b) **circunstâncias do crime**: dizem respeito ao meio ou modo de execução do delito. Devem ser levados em consideração dados acidentais relevantes, tais como o lugar da infração, o instrumento utilizado pelo agente, eventual brutalidade, duração da fase executiva do delito, etc. Novamente, há de se ter cautela para evitar um possível *bis in idem*: afinal, há certas circunstâncias do crime que são alçadas à categoria de agravantes, atenuantes, causas de aumento, diminuição, privilégios ou qualificadoras. A título de exemplo, por força do disposto no art. 302, §3º, do CTB, incluído pela Lei n. 13.546/17, o fato de o agente conduzir o veículo automotor sob a influência de álcool ou de que qualquer outra substância psicoativa que determine dependência qualifica o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, daí por que incide na fase preliminar da aplicação da pena (fixação dos limites abstratos), e não por ocasião da fixação da pena-base;

c) **consequências do crime**: consiste na intensidade de lesão ou no nível de ameaça ao bem jurídico tutelado, abrangendo, ademais, os reflexos do delito em relação a terceiros, não apenas no tocante à vitima. Essa circunstância judicial não se confunde com as consequências naturais tipificadoras do delito praticado. Portanto, não se pode sopesar como circunstância judicial desfavorável ao acusado o fato de ter havido a morte de uma pessoa em um crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, já que a morte da vítima é resultado inerente à consumação desse crime.[372] Agora, se demonstrado que a vítima era arrimo de família, tendo deixado desamparados 02 (dois) filhos menores, sendo a mãe desprovida de qualificação profissional, é evidente que as consequências do crime devem ser sopesadas em detrimento do acusado;

As circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são de fundamental importância para a fixação da pena-base, porém não se pode olvidar que há outras funções igualmente importantes por elas desempenhadas: 1) em tipos penais com previsão alternativa de pena privativa de liberdade e multa, as circunstâncias judiciais interferem na escolha da sanção a ser imposta (prisão ou multa); 2) na fixação da multa, o juiz deve fixar o número de dias-multa (de 10 a 360) de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; 3) a escolha do regime penitenciário fechado, semiaberto ou aberto, também leva em consideração as circunstâncias judiciais, além de outros critérios, como a espécie e a quantidade da pena e eventual reincidência (CP, art. 33, § 3º); 4) possível substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 44, III); 5) possível cabimento da suspensão condicional da pena (CP, art. 77, II); 6) como será exposto detalhadamente no próximo item, também são úteis para a fixação da pena prevista no art. 292 do CTB.

> **Art. 292.** A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta isolada ou cumulativamente com outras penalidades. (Redação dada pela Lei n. 12.971, de 2014).
>
> **Art. 293.** A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos.
>
> **§1º** Transitada em julgado a sentença condenatória, o réu será intimado a entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.
>
> **§2º** A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor não se inicia enquanto o sentenciado, por efeito de condenação penal, estiver recolhido a estabelecimento prisional.

6. SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER A PERMISSÃO OU A HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR COMO SANÇÃO PRINCIPAL APLICÁVEL AOS CRIMES DE TRÂNSITO.

6.1. Natureza jurídica.

A expressão *penalidade* é utilizada pelo Código de Trânsito Brasileiro (arts. 161 e 256) para se

371. STF, Pleno, HC 105.674/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/10/2013.

372. Não é possível a utilização de argumentos genéricos ou circunstâncias elementares do próprio tipo penal para o aumento da pena-base com fundamento nas consequências do delito: STJ, 5ª Turma, HC 165.089/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/10/2012.

referir à sanção aplicável às *infrações de trânsito*, e não aos *crimes de trânsito* propriamente ditos. Portanto, sem embargo da terminologia usada pelos arts. 292 e 293, *caput*, do CTB, mantida, aliás, em relação àquele dispositivo legal, por ocasião da alteração do referido dispositivo pela Lei n. 12.971/14, o ideal é concluir que estamos diante de espécie de *pena* ou *sanção penal*, e não de penalidades de cunho administrativo, passíveis de aplicação pela autoridade de trânsito.

6.2. Distinção entre a suspensão ou proibição de se obter a permissão/habilitação para dirigir veículo automotor e a perda do direito de dirigir.

Como deixa entrever a própria redação do art. 292 do CTB, a sanção em apreço pode ser de duas espécies: **a) suspensão:** traduz a ideia de suspender, sustar, temporariamente, a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor; **b) proibição:** consiste em vetar, impedir, impossibilitar, inviabilizar a obtenção de permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Tanto a *suspensão* quanto a *proibição* devem recair sobre a obtenção de permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. Apesar de ambas funcionarem como documentos hábeis ao exercício regular do direito de dirigir, não se confundem. De acordo com o art. 148 do CTB, a *permissão para dirigir* é o documento expedido ao candidato aprovado nos exames de habilitação para conduzir veículos e possui validade de um ano. A *carteira nacional de habilitação*, por sua vez, será conferida ao condutor ao término de um ano, desde que o mesmo não tenha cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média. Noutro giro, a *permissão* e a *habilitação* não se confundem com a *autorização*, que é a autorização para conduzir veículos de propulsão humana e de tração animal, e cuja expedição fica a cargo dos municípios (Lei n. 9.503/97, art. 141, §1º).

Por ocasião da entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, houve grande controvérsia quanto à correta interpretação do art. 292 do CTB. Isso porque soa estranho, pelo menos à primeira vista, o fato de o dispositivo fazer menção à condenação de alguém pela prática de um crime de trânsito a uma pena que consiste na *proibição* de se obter permissão ou habilitação para dirigir um veículo automotor, quando, na verdade, seria mais coerente que dessa condenação resultasse a suspensão ou a perda do direito de dirigir.

Para solucionar essa celeuma, é importante distinguir a *perda do direito de dirigir*, verdadeiro efeito secundário da condenação penal previsto no art. 263, III, do CTB, com a *proibição de se obter a permissão ou a habilitação* para dirigir veículo automotor a que se refere o art. 292 do CTB.

Consoante disposto no art. 263, inciso III, do CTB, a cassação do documento de habilitação dar-se-á, dentre outras hipóteses,[373] quando o agente for condenado judicialmente por delito de trânsito, observado o disposto no art. 160, o qual prevê que o condutor condenado por delito de trânsito *deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir*, de acordo com as normas estabelecidas pelo CONTRAN, independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença. Considerando-se que os dispositivos em questão fazem referência à necessidade de realização de novos exames para que o agente *possa voltar a dirigir*, daí se pode concluir que a autorização que outrora lhe fora concedida, seja ela a permissão para dirigir ou a carteira nacional de habilitação, perdeu sua eficácia.[374]

O art. 160 do CTB foi regulamentado pela Resolução n. 300, de 4 de dezembro de 2009, cujo art. 3º dispõe: "O condutor condenado por delito de trânsito deverá ser submetido e aprovado nos seguintes exames: I – de aptidão física e mental; II – avaliação psicológica; III – escrito, sobre legislação de trânsito; e IV – de direção veicular, realizado na via pública, em veículo da categoria para a qual estiver habilitado". O disposto nesse art. 3º só poderá ser aplicado após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Por fim, o art. 5º da referida resolução preconiza que a autoridade de trânsito, após ser cientificada da decisão judicial, deverá notificar o condutor para entregar seu documento de habilitação (autorização/permissão/carteira nacional de habilitação), fixando prazo não inferior a quarenta e oito horas, contadas a partir do recebimento.

Destarte, partindo-se da premissa de que o indivíduo condenado pela prática de qualquer crime de trânsito *perde o direito de dirigir*, é de se concluir que, em relação aos delitos que não

373. Por força do art. 278-A do Código de Trânsito Brasileiro, incluído pela Lei n. 13.804, o condutor que se utilize de veículo para a prática do crime de receptação, descaminho e contrabando (CP, arts. 180, 334 e 334, respectivamente) que vier a ser condenado por um desses crimes em decisão transitada em julgado terá cassado seu documento de habilitação ou será proibido de obter a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 5 (cinco) anos, sendo que, para requerer sua reabilitação, o condutor condenado deverá se submeter a todos os exames necessários à habilitação, na forma do CTB.

374. Nesse contexto: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2, p. 303.

admitem a aplicação da pena do art. 292 – arts. 304, 305, 309, 310, 311 e 312 –, tão logo declarada a perda desse direito como efeito secundário da condenação penal, é perfeitamente possível que o agente condenado seja submetido de imediato aos exames acima citados para que possa obter nova autorização para dirigir.

Por outro lado, em relação aos delitos que admitem a aplicação da pena prevista no art. 292 do CTB – arts. 302, 303, 306, 307, *caput* e parágrafo único, e 308 –, esta só surtirá seus efeitos após a perda do direito de dirigir. Em outras palavras, depois de perder o direito de dirigir, o agente só poderá ser submetido a novos exames para obter nova habilitação para dirigir veículo automotor após o cumprimento da pena do art. 292, que tem a duração de dois meses a cinco anos. Na mesma linha, na eventualidade de o condutor não estar habilitado a dirigir por ocasião da prática delituosa, também não poderá, após a perda do direito de dirigir, submeter-se a exames para obter, nem mesmo pela primeira vez, o referido direito, pelo menos enquanto não for cumprida a pena do art. 292 do CTB.[375]

6.3. Crimes de trânsito que admitem a aplicação dessa pena.

A pena de suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor é cominada cumulativamente com a pena privativa de liberdade e/ou multa para os seguintes crimes, todos caracterizados pelo fato de o agente ser o condutor de veículo automotor, para cuja utilização é necessária a prévia obtenção de autorização para dirigir, nos termos dos arts. 140 e seguintes do CTB: homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302); lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303); embriaguez ao volante (art. 306); violação de suspensão de permissão ou habilitação (art. 307, *caput*); omissão na entrega de permissão ou habilitação no prazo legal (art. 307, parágrafo único); competição automobilística não autorizada (art. 308).

Em fiel observância ao axioma do *nullum crimen nulla poena sine legis*, a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor como espécie de pena principal só pode ser imposta em relação a esses delitos. Isso porque tal pena só está prevista expressamente em relação a tais crimes de trânsito. Por consequência, se o preceito secundário do crime de trânsito em questão não contemplar essa pena de maneira taxativa, a exemplo do que ocorre com o crime de omissão de socorro na direção de veículo automotor (CTB, art. 304), não se pode admitir qualquer tipo de interpretação analógica ou extensiva para fins de se admitir a possibilidade de aplicação da sanção penal do art. 292 do CTB, preservando-se, assim, o princípio da legalidade.[376]

Na visão dos Tribunais Superiores, o fato de o condenado ser motorista profissional não o isenta de sofrer a imposição da pena de suspensão da habilitação para dirigir, porque sua cominação decorre de expressa previsão legal (CTB, arts. 302 e 292), que não fazem nenhuma restrição nesse sentido.[377]

6.4. (Im) possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa com outras penas.

Pela própria dicção do art. 292, essa pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor poderia ser imposta *isolada* ou *cumulativamente* com outras penas. É dizer, pelo menos em tese, essa pena poderia figurar como a única pena cominada, ou ser aplicada em conjunto com outras sanções abstratamente cominadas.

Ocorre que nenhum dos crimes de trânsito que admite a pena prevista no art. 292 autoriza a fixação dessa pena de maneira alternativa. De fato, atentando-se para o uso da conjunção aditiva "e" nos preceitos secundários dos arts. 302, 303, 306, 307, *caput* e parágrafo único, e 308, parece não haver dúvidas no sentido de que a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor só pode ser aplicada *cumulativamente* com a pena privativa de liberdade e/ou multa. Não existe, pois, a possibilidade legal de aplicação isolada da pena do art. 292 como espécie de sanção principal.

6.5. Duração da pena do art. 292 do CTB e critérios para a sua fixação.

Pelo menos em regra, não consta da *sanctio juris* dos crimes acima apontados qualquer referência

375. Nessa linha: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2, p. 303.

376. Com esse entendimento: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2. p. 305. Em sentido completamente diverso, Marcellus Polastri (*Crimes de trânsito: aspectos penais e processuais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66) sustenta que "se trata de pena restritiva de direito que pode, a critério do juiz, ser aplicada de forma isolada ou cumulativa, isso a depender, obviamente, da sanção já imposta ao tipo em apreciação. Destarte, pode ser aplicada cumulativamente a qualquer das infrações penais previstas no Código de Trânsito, sem prejuízo das demais cominadas. Não resta dúvida de que o juiz poderá aplicar a restritiva de direito, seja de forma isolada ou cumulativa".

377. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, REsp 628.730/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 24/05/2005, DJ 13/06/2005 p. 333.

ao tempo de duração da pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. A exceção fica por conta dos crimes do art. 307, *caput*, e parágrafo único, do CTB, onde há referência explícita à *nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.*

A despeito do silêncio dos preceitos secundários dos crimes dos arts. 302, 303, 306 e 308, como a Constituição Federal não admite penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, "b"), é de todo evidente que a aplicação dessa sanção penal há de ser feita de maneira temporária. Por isso, o art. 293, *caput*, do CTB, dispõe que a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor tem a duração de dois meses a cinco anos.

Por razões óbvias, não se pode admitir que esse prazo comece a fluir se, por algum motivo, não for possível o cumprimento dessa pena. Por isso, acertadamente dispõe o art. 293, §2º, do CTB, que a pena de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor não se inicia enquanto o sentenciado, por efeito de condenação penal, estiver recolhido a estabelecimento prisional. De se notar que o dispositivo em questão faz referência expressa apenas àquele indivíduo condenado recolhido à prisão. Portanto, *a contrario sensu*, admite-se que esse prazo comece a fluir para quem foi condenado, porém está cumprindo pena no regime aberto ou em gozo de livramento condicional.

Conquanto o CTB estabeleça os limites mínimo e máximo de aplicação dessa pena, nada diz acerca do critério a ser utilizado pelo juiz sentenciante para fixar o montante adequado ao caso concreto. Ante o silêncio da lei, o único caminho possível é a aplicação por analogia do art. 291, §4º, do CTB, incluído pela Lei n. 13.546/17, para fins de se concluir que o *quantum* de duração dessa pena deve ser fixado de acordo com uma análise motivada das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, dando-se especial atenção à culpabilidade do agente e às circunstâncias e consequências do crime.

Nesse sentido, como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor também deve ser fundamentada em dados concretos, em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do CP, que não a própria gravidade em abstrato do delito. Por conseguinte, se a reprimenda corporal for fixada em seu patamar mínimo diante do reconhecimento da inexistência de condições desfavoráveis ao acusado, a suspensão da habilitação para dirigir também deve ser fixada em seu mínimo legal.[378]

6.6. Distinção entre a pena principal prevista no art. 292 do CTB e a pena restritiva de direitos prevista no art. 47, inciso III, do CTB.

A pena prevista no art. 292 do CTB acarreta evidente restrição ao direito de conduzir regularmente um veículo automotor. Daí, todavia, não se pode confundi-la com a interdição temporária de direitos prevista no art. 47, inciso III, do Código Penal, espécie de pena restritiva de direito.

A pena prevista no art. 292 do CTB é espécie de *pena principal*, cuja imposição independe da observância dos requisitos do art. 44 do Código Penal, passível de aplicação aos crimes de trânsito acima enumerados de maneira cumulativa com a pena privativa de liberdade e/ou multa. Por sua vez, a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo automotor como uma das penas de interdição temporária de direitos é espécie de pena alternativa, aplicável, pois, em substituição à pena privativa de liberdade em relação a todo e qualquer delito, conquanto preenchidos os pressupostos do art. 44 do CP.

Para compreender melhor essa distinção, não se pode perder de vista que a condenação pela prática de crime de trânsito acarreta a *perda do direito de dirigir*. De fato, consoante disposto no art. 263, inciso III, do CTB, a cassação do documento de habilitação dar-se-á, dentre outros motivos, quando o agente for condenado judicialmente por delito de trânsito, observado o disposto no art. 160, o qual prevê que o condutor condenado por delito de trânsito deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo CONTRAN, independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença. Prova disso, aliás, é que o próprio CTB estabelece que, uma vez transitando em julgado a sentença condenatória, o acusado será intimado a entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a

378. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, REsp 1.286.511/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17/04/2012, DJe 23/04/2012. No sentido de que o tempo de suspensão da habilitação deve guardar proporção com a pena privativa de liberdade, bem como com a gravidade concreta do delito praticado, concluindo, assim, que a fixação dessa pena pelo período de um ano estaria devidamente fundamentada, pois a prática delitiva teria gerado duas vítimas fatais, sendo, assim, proporcional à duração da pena privativa de liberdade: STJ, 6ª Turma, HC 159.298/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 17/11/2011, DJe 19/12/2011.

permissão para dirigir ou a carteira de habilitação (art. 293, §1º).

Ora, se o indivíduo condenado pela prática de um crime de trânsito *perde* o direito de dirigir, como se poderia cogitar na substituição da pena privativa de liberdade imposta pela prática de um desses delitos pela pena restritiva de direito prevista no art. 47, III, do CP? Configurar-se-ia, em tal hipótese, uma enorme contradição, porquanto haveria a suspensão da autorização ou da habilitação de alguém que já teria perdido o direito de dirigir. Enfim, como observa a doutrina, a pena principal do art. 292 do CTB não pode coexistir com a pena alternativa do art. 47, III, do CP, visto que "direito *extinto* não pode ser *suspenso*, pois ele não mais existe".[379]

Destarte, na eventualidade de o condutor do veículo automotor ser condenado pela prática de crime de trânsito e o juiz concluir que estão presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, jamais poderá optar pela aplicação da pena restritiva de direito do art. 47, III, do CP.

Em reforço a esse entendimento, o art. 312-A, recentemente incluído ao Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n. 13.281/16, dispõe expressamente que, por ocasião da condenação pela prática dos crimes relacionados nos arts. 302 a 312 do CTB, nas situações em que o juiz aplicar a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, *esta deverá ser de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas*, em uma das seguintes atividades: I - trabalho, aos fins de semana, em equipes de resgate dos corpos de bombeiros e em outras unidades móveis especializadas no atendimento a vítimas de trânsito; II - trabalho em unidades de pronto-socorro de hospitais da rede pública que recebem vítimas de acidente de trânsito e politraumatizados; III - trabalho em clínicas ou instituições especializadas na recuperação de acidentados de trânsito; IV - outras atividades relacionadas ao resgate, atendimento e recuperação de vítimas de acidentes de trânsito. Como se percebe, o novel dispositivo visa estabelecer a obrigatoriedade de fixação de pena restritiva de direito adequada ao crime de trânsito praticado pelo agente, contribuindo, assim, para a disseminação de uma cultura de prevenção de acidentes.

Os termos imperativos usados pelo art. 312-A – *deverá ser* – não deixam dúvidas no sentido de que não se trata de opção conferida ao juiz, mas sim de verdadeira obrigação de fixar a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, a ser executada por meio de uma das atividades ali elencadas. Para fins de escolha da atividade mais adequada, o magistrado deverá levar em consideração a formação, a condição física e intelectual do acusado. Ademais, não se revela possível a execução de tais atividades desacompanhadas de um profissional da área, que deverá orientar e supervisionar o serviço prestado pelo acusado.[380]

6.7. Distinção entre a pena principal prevista no art. 292 do CTB e o efeito extrapenal específico previsto no art. 92, inciso III, do CP.

A pena principal do art. 292 do CTB também não se confunde com o efeito extrapenal específico previsto no art. 92, III, do Código Penal. Esse efeito específico deve ser aplicado na hipótese de sentença condenatória referente a *crimes dolosos*, em que o veículo automotor tenha sido utilizado como instrumento. O condenado poderá conduzir veículos novamente somente depois da reabilitação criminal (CP, arts. 93 a 95).

Como se percebe, a natureza jurídica é diversa: no caso do CTB, trata-se de pena principal, enquanto que, no caso do art. 92, III, do CP efeito secundário da condenação penal irrecorrível. Para além disso, a pena prevista no art. 292 é passível de aplicação apenas para os crimes de trânsito acima elencados, sejam eles de natureza dolosa (arts. 306, 307, *caput* e parágrafo único, 308), sejam eles de natureza culposa (arts. 302 e 303), ao passo que o efeito secundário em apreço alcança a prática de todo e qualquer delito, previsto ou não no CTB, conquanto se trate de infração dolosa e desde que o veículo tenha sido utilizado como meio para a sua prática.

6.8. (Im) possibilidade de aplicação da pena do art. 292 do CTB a motoristas profissionais.

Há quem entenda que a aplicação da pena do art. 292 do CTB a motoristas profissionais implica em violação do direito constitucional ao trabalho. Com a devida vênia, pensamos não haver nenhuma incompatibilidade de aplicação dessa pena a tais indivíduos, sob pena de criarmos uma categoria profissional imune à pena do art. 292 do CTB, sob o frágil argumento de que lhes estaria sendo tolhido o direito ao trabalho. De mais a mais,

379. BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2, p. 305.

380. Em sentido semelhante: NOGUEIRA, Fernando. *Crimes do Código de Trânsito: comentários às normas gerais e aos crimes de trânsito*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 51-52.

não se pode perder de vista que diversas pessoas que são punidas com essa pena, por mais que não sejam motoristas profissionais, também dependem do carro para trabalhar e desenvolver atividades diversas, como pessoais, familiares e também profissionais.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o fato de a infração ao art. 302 do CTB ter sido praticada por motorista profissional não conduz à substituição da pena de suspensão do direito de dirigir por outra reprimenda, pois é justamente de tal categoria que se espera maior cuidado e responsabilidade no trânsito.[381]

Para o Plenário do Supremo Tribunal Federal (**RE 607.107/MG**, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 12/02/2020), é constitucional a imposição da pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor ao motorista profissional condenado por homicídio culposo no trânsito. Essa foi a tese de repercussão geral (Tema 486) fixada pelo Plenário ao dar provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que afastou a pena de suspensão de habilitação prevista no art. 302 do CTB, aplicada em desfavor do recorrido. O tribunal a quo reputou que a aplicação dessa sanção ao condenado que exerce profissionalmente a atividade de motorista seria inconstitucional, por violar o seu direito ao trabalho. O colegiado asseverou que inexiste direito absoluto ao exercício de atividade profissionais (CF, art. 5º, XIII), sendo possível que haja restrição imposta pelo legislador, desde que razoável, como no caso. Além disso, a medida é coerente com o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) e, também, respeita o princípio da proporcionalidade. A suspensão do direito de dirigir não impossibilita o motorista profissional de extrair seu sustento de qualquer outra atividade econômica.

Art. 294. Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Parágrafo único. Da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo.

7. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR.

Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, certo é que, no âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de uma série de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial, para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição. Afinal, em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito. É evidente, pois, que o processo penal precisa dispor de instrumentos e mecanismos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Afinal, como advertiu Calamandrei, sem a cautela ter-se-ia um remédio longamente elaborado para um doente já morto.[382]

Daí a importância da tutela cautelar no processo penal, a qual é prestada independentemente do exercício de uma ação dessa natureza, que daria origem a um processo cautelar com base procedimental própria, mas sim através de medidas cautelares que podem ser concedidas durante toda a persecução penal, seja na fase investigatória, seja no curso do processo. Essas medidas cautelares inserem-se nas restrições reclamadas pelo Estado Democrático de Direito à coerção para assegurar a finalidade do processo.[383]

No âmbito do Código de Trânsito Brasileiro, seu art. 294 dispõe que, em qualquer fase da investigação ou do processo penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante

381. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.068.852/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 20/03/2018, DJe 02/04/2018; STJ, 6ª Turma, AgInt no REsp 1.706.417/CE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/12/2017, DJe 12/12/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.044.553/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23/05/2017, DJe 31/05/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 1.000.838/RS, Rel. Min. Nilson Naves, j. 28/08/2008, DJe 06/10/2008; STJ, 5ª Turma, REsp 1.019.673/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26/06/2008, DJe 01/09/2008.

382. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari*. Pádova: Cedam, 1936, p. 19.

383. Essa coerção pode ser compreendida como o uso efetivo ou potencial da força estatal para obter determinados objetivos, cujo cumprimento pelo indivíduo é obrigatório.

representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.[384]

7.1. Pressupostos.

Em que pese a falta de sistematização das cautelares e a inexistência de um processo penal cautelar autônomo, isso não significa dizer que esses provimentos cautelares possam ser determinados durante a persecução penal sem a observância de requisitos e fundamentos próprios do processo cautelar. Como espécies de provimentos de natureza cautelar, medidas cautelares como a suspensão do direito de dirigir (Lei n. 9.503/97, art. 294) jamais poderão ser adotadas como efeito automático da prática de determinado crime de trânsito. Sua decretação também está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Apesar de o art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro não exigir expressamente a presença do *fumus comissi delicti* para a adoção da medida cautelar de suspensão do direito de dirigir, mas apenas que a medida seja necessária para a garantia da ordem pública, não se pode perder de vista que estamos diante de um provimento de natureza cautelar. Por isso, embora as exigências para a decretação dessa medida possam ser menores ou menos intensas do que aquelas feitas para, por exemplo, uma prisão preventiva, não pode a lei deixar de exigir a presença do *fumus comissi delicti*, tal como fez para a prisão preventiva, sob pena de possível abuso na aplicação dessas medidas cautelares.[385]

O *periculum in mora*, por sua vez, caracteriza-se pelo fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser concedida, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tornasse inócua, ineficaz. Em outras palavras, *periculum in mora* nada mais é do que o perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional. Especificamente quanto à cautelar do art. 294 do CTB, o perigo não deriva do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, mas sim do risco emergente da situação de liberdade do agente. Logo, em uma terminologia mais específica à prisão cautelar, utiliza-se a expressão *periculum libertatis*, a ser compreendida como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a garantia da ordem pública, é dizer, o risco de reiteração delituosa.

O *periculum in mora* a que se refere o art. 294 do CTB está relacionado única e exclusivamente à garantia da ordem pública, a ser aqui compreendida como o cuidado de se evitar que o agente volte a praticar novos delitos de trânsito, pondo em risco a segurança viária e a incolumidade pública, em virtude de sua acentuada imprudência, negligência ou imperícia. Por isso, em caso concreto atinente a homicídio na direção de veículo automotor, concluiu o STJ que, ausente a demonstração concreta da necessidade da segregação cautelar do paciente, deve-se permitir que o acusado aguarde o julgamento em liberdade mediante o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, além da necessária entrega ao juízo da carteira de habilitação para dirigir veículos.[386]

A fim de se preservar a homogeneidade da medida, a aplicação desse dispositivo só poderá ocorrer nos casos em que o preceito secundário da conduta delituosa praticada pelo agente preveja a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor como pena. É o que acontece com os crimes dos arts. 302 (homicídio culposo na direção de veículo automotor), 303 (lesões corporais culposas no trânsito), 306 (embriaguez no trânsito), 307 (violação da suspensão ou da proibição de se obter a permissão ou habilitação) e 308 (racha no trânsito), todos do Código de Trânsito Brasileiro.

7.2. Prazo de duração da medida cautelar.

A despeito de não haver previsão expressa quanto ao tempo mínimo e máximo de duração da medida cautelar de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor prevista no art. 294 do CTB, não se mostra razoável a sua manutenção por prazo superior ao maior limite permitido para a aplicação da penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão

384. Por força da Lei n. 13.804/19, o art. 278-A, §2º, do CTB, passou a dispor que, no caso de condutor preso em flagrante na prática dos crimes de receptação, descaminho ou contrabando (CP, arts. 180, 334 e 334-A, respectivamente), poderá o juiz, em qualquer fase da investigação ou da ação penal, se houver necessidade para a garantia da ordem pública, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

385. Nesse contexto: DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 281.

386. STJ, 5ª Turma, HC 162.678/MA, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/11/2010, DJe 13/12/2010. Em caso concreto referente a um crime de trânsito do qual resultou o óbito de uma criança, o STJ deliberou pela revogação da prisão preventiva, substituindo-a pela medida cautelar de suspensão do direito de dirigir, por entender que tal medida seria, *de per si*, suficiente para evitar a reiteração delituosa: STJ, 5ª Turma, RHC 99.009/PA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07/08/2018, DJe 15/08/2018.

ou a habilitação, para dirigir veículo automotor - 5 anos (art. 293, caput, do CTB).[387]

7.3. (Im) possibilidade de decretação de medidas cautelares pelo juiz de ofício.

À semelhança do dispositivo constante do art. 20, *caput*, da Lei Maria da Penha,[388] o art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro também faz referência à possibilidade de decretação de uma medida cautelar de ofício pela autoridade judiciária competente, quer durante as investigações, quer durante o curso do processo penal.

Ocorre que, à luz do nosso sistema acusatório, não se admite a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz em nenhum momento da persecução penal. Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat judex ex officio*). Destarte, deve o juiz se abster de promover atos de ofício. Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.

Diante do teor do art. 282, §§ 2º e 4º, c/c art. 311, ambos do CPP, e todos com redação determinada pela Lei nº 13.964/19, conclui-se que, seja durante a fase investigatória, seja durante a fase processual, a decretação das medidas cautelares pelo juiz só poderá ocorrer mediante provocação da autoridade policial ou do Ministério Público. Essa nova sistemática há de ser aplicada não apenas no âmbito do CPP, mas também na legislação especial (v.g., Maria da Penha, Crimes de Trânsito, etc.). Não há nenhum critério lógico capaz de justificar tamanho discrímen.

Desde que o magistrado seja provocado, é possível a decretação de qualquer medida cautelar, haja vista a fungibilidade que vigora em relação a elas. Por isso, se o Ministério Público requerer, por exemplo, a prisão preventiva do acusado em virtude da prática de determinado crime de trânsito, é plenamente possível a aplicação da cautelar do art. 294 do CTB, ou vice-versa.

Outrossim, se ao juiz não se defere a possibilidade de decretar medidas cautelares de ofício na fase investigatória, o mesmo não pode ser dito quanto à possibilidade de revogação ou substituição. De fato, considerando que a revogação ou substituição recai sobre medida anteriormente decretada pelo próprio juiz, em relação à qual fora anteriormente provocado, não há dúvidas acerca da possibilidade de o juiz rever a medida cautelar de ofício, independentemente de provocação das partes.

7.4. Descumprimento injustificado da suspensão cautelar do direito de dirigir.

O art. 294 do CTB nada dispõe acerca do descumprimento injustificado da suspensão cautelar do direito de dirigir. Por isso, ante o silêncio legal, é dominante o entendimento jurisprudencial no sentido de que não se admite a decretação da prisão preventiva, nem mesmo como medida de *ultima ratio*.[389]

A propósito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a imposição da medida cautelar de suspensão do direito de dirigir veículo automotor, em razão da ausência de previsão legal de sua conversão em pena privativa de liberdade caso descumprida, não tem o condão, por si só, de caracterizar ofensa ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente, razão pela qual não é cabível o manejo do *habeas corpus*.[390]

Com a devida vênia, tal entendimento nos parece absolutamente equivocado, sob pena de se negar qualquer força coercitiva à medida cautelar de suspensão do direito de dirigir. Por mais que se deva respeitar a homogeneidade das cautelares, não se pode negar ao juiz a possibilidade de decretar a prisão preventiva, como medida de *ultima ratio*, no caso de descumprimento do art. 294 do CTB, sob pena de se negar qualquer coercibilidade a tais medidas. Afinal, se o acusado sabe, antecipadamente, que a inobservância da cautelar de suspensão

387. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.418.280/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 26/09/2017, DJe 02/10/2017.

388. Lei n. 11.340/06. Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

389. No sentido de que a imposição da medida cautelar de suspensão do direito de dirigir veículo automotor, em razão da ausência de previsão legal de sua conversão em pena privativa de liberdade caso descumprida, não tem o condão, por si só, de caracterizar ofensa ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente, razão pela qual não é cabível o manejo do habeas corpus: STJ, 5ª Turma, HC 383.225/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/05/2017, DJe 12/05/2017; STJ, 5ª Turma, AgInt no HC 402.129/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19/09/2017, DJe 26/09/2017.

390. STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 443.003/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/08/2018, DJe 03/09/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 436.084/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 14/08/2018, DJe 23/08/2018; STJ, 5ª Turma, AgInt no HC 402.129/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19/09/2017, DJE 26/09/2017; STJ, 6ª Turma, HC 172.709/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28/05/2013, DJe 06/06/2013; STJ, 5ª Turma, HC 194.299/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/04/2013, DJe 17/04/2013; STJ, 5ª Turma, HC 166.792/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11/10/2011, DJe 24/11/2011.

do direito de dirigir jamais poderá dar ensejo à conversão em preventiva, isso implica em retirar qualquer força coercitiva dessa medida. De nada adianta, assim, a previsão legal de uma medida cautelar destinada à garantia da ordem pública, quiçá evitando-se novos acidentes de trânsito se, uma vez aplicada e descumprida, nada puder ser feito para neutralizar a situação de perigo.

Verificado o descumprimento injustificado da cautelar de suspensão do direito de dirigir, o que demonstra que o acusado não soube fazer por merecer o benefício da medida menos gravosa, é possível que o juiz determine a substituição da medida, a imposição de outra em cumulação, ou, em última hipótese, a própria prisão preventiva (CPP, art. 282, §4º). Tendo em conta que a própria eficácia da cautelar do art. 294 do CTB está condicionada, essencialmente, ao seu caráter coercitivo, de onde se extrai a importância da possibilidade de decretação da preventiva como ameaça constante que deve pairar sobre o acusado para a eventualidade de descumprimento injustificado dessa medida, parece-nos perfeitamente possível, subsidiariamente, a aplicação do regramento constante do art. 282, § 4º,[391] c/c art. 312, parágrafo único,[392] do CPP.

Poder-se-ia objetar, *in casu*, que a possibilidade de decretação da prisão preventiva em relação a crimes de trânsito acarretaria evidente violação ao princípio da homogeneidade, porquanto acusados pela prática desses delitos dificilmente cumprem penas privativas de liberdade ao final do processo. Assim, o mal causado durante o curso do processo – prisão preventiva – poderia se revelar bem mais gravoso do que aquele que, possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando de seu término – benefícios despenalizadores da Lei nº 9.099/95, penas restritivas de direitos, etc.

Contra esse entendimento argumentamos que a possibilidade de aplicação subsidiária do art. 282, §4º, do CPP, ao art. 294 do CTB, não acarreta necessária violação ao princípio da homogeneidade. Isso porque a concessão de benefícios despenalizadores como a transação penal, suspensão condicional do processo, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, etc., nem sempre depende apenas do *quantum* de pena cominado ao delito e/ou elemento subjetivo do crime. Com efeito, a concessão de tais benefícios sempre leva em consideração a análise das circunstâncias judiciais do acusado. A título de exemplo, não se admitirá a proposta de transação penal se os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que tal medida revela-se insuficiente (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 2º, III). De modo semelhante, a proposta de suspensão condicional do processo não será apresentada ao acusado se ausentes os requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (Lei nº 9.099/95, art. 89, caput). De seu turno, a substituição por restritiva de direitos pode ser negada, inclusive em relação a crimes culposos, como, por exemplo, o homicídio ou a lesão corporal culposos praticados na direção de veículo automotor (Lei n. 9.503/97, arts. 302 e 303) se acaso o juiz constatar que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição não seja suficiente (CP, art. 44, III). De mais a mais, não se pode esquecer que a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorre o descumprimento injustificado da restrição imposta (CP, art. 44, § 4º). Ora, se o descumprimento de uma pena restritiva de direitos autoriza a conversão em pena privativa de liberdade, idêntico raciocínio há de ser aplicado ao descumprimento injustificado da medida cautelar do art. 294 do CTB, autorizando, assim, a decretação da prisão preventiva.

Certamente haverá quem diga que o Código de Trânsito Brasileiro não faz referência explícita à possibilidade de decretação da prisão preventiva no caso de descumprimento da cautelar do art. 294. Assim, por se tratar de lei especial à luz do CPP, deve prevalecer a regra *lex specialis derrogat legi generalis*, com o que não podemos concordar. Ora, quando uma lei especial excepciona uma regra geral, o faz diante da inadaptabilidade daquela disciplina comum para as peculiaridades dos casos regidos pela lei especial. Obviamente, no caso de uma verdadeira revolução na disciplina da lei geral, que passa a seguir um sistema completamente novo, não se pode, pura e simplesmente, negar aplicação à nova lei geral, ou melhor, ao novo sistema global às situações disciplinadas pela lei especial. Isso porque desaparece, em tal caso, a justificativa de adoção do fator de diferenciação.

Se o art. 294 do CTB silencia a respeito do assunto, o faz porque, à época de sua entrada em vigor – janeiro de 1998 –, sequer se cogitava da

391. CPP. Art. 282. (...) §4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

392. CPP. Art. 312 (...) Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º). .

criação de medidas cautelares diversas da prisão e instrumentos vocacionados a assegurar sua coercibilidade (CPP, art. 282, §4º). Hoje, todavia, se se admite a prisão preventiva como medida de *ultima ratio* para assegurar o cumprimento de uma cautelar diversa da prisão como, por exemplo, a de comparecimento periódico em juízo (CPP, art. 319, I), seria de todo desarrazoado não admitir a mesma possibilidade para a cautelar do art. 294 do CTB, simplesmente pelo fato de estar prevista na legislação especial.

De todo modo, ainda que se queira negar a possibilidade de decretação da prisão preventiva como medida de *ultima ratio* decorrente do descumprimento da cautelar do art. 294 do CTB, não se pode perder de vista que é perfeitamente cabível a decretação das cautelares diversas da prisão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP para os crimes de trânsito, porquanto preenchido o único requisito imposto pelo Código de Processo Penal para tanto, qual seja, a cominação de pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente (CPP, art. 283, §1º).[393] Ora, firmada a premissa de que os crimes de trânsito admitem a aplicação das cautelares diversas da prisão, a prisão preventiva poderá ser decretada nos exatos termos do art. 282, §4º, do CPP.

7.5. Cabimento de recurso em sentido estrito.

As hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito não estão previstas exclusivamente no art. 581 do CPP. Bom exemplo disso é o parágrafo único do art. 294 do CTB, segundo o qual da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo.

De se notar que o recurso em sentido estrito em análise é *pro et contra*, e não *secundum eventum litis*, porquanto cabível tanto na hipótese de decretação da cautelar, quanto na hipótese em que o requerimento ministerial for indeferido.[394]

Como o art. 294, parágrafo único, do CTB, não faz qualquer ressalva, esse recurso em sentido estrito será cabível perante o juízo comum e também no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, neste último caso quando se tratar de crime de trânsito que se subsuma ao conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Art. 295. A suspensão para dirigir veículo automotor ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação será sempre comunicada pela autoridade judiciária ao Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, e ao órgão de trânsito do Estado em que o indiciado ou réu for domiciliado ou residente.

8. COMUNICAÇÃO DA SUSPENSÃO OU DA PROIBIÇÃO DE SE OBTER A PERMISSÃO OU A HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR ÀS AUTORIDADES DE TRÂNSITO.

De nada adianta a imposição da pena de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor se o ordenamento jurídico não lhe conferir qualquer grau de eficácia e coercibilidade. Por isso, uma vez aplicada a referida sanção, deve ser encaminhada uma comunicação pela autoridade judiciária competente ao CONTRAN, bem como ao respectivo departamento de trânsito do Estado em que o agente for domiciliado. Espera-se, assim, que a medida surta o efeito pretendido, no sentido de evitar que o agente continue a circular no trânsito como se tivesse autorização para fazê-lo.

Consoante disposto no art. 5º da Resolução n. 300/08 do CONTRAN, uma vez cientificada da decisão judicial em questão, a autoridade de trânsito deverá notificar o condutor para entregar seu documento de habilitação (autorização/permissão/carteira nacional de habilitação), fixando prazo não inferior a quarenta e oito horas, contadas a partir do recebimento. Encerrado esse prazo, deverá ser efetuado o bloqueio no Registro Nacional de Carteira de Habilitação (RENACH).[395]

Outrossim, se o condutor for flagrado conduzindo veículo, após encerrado o prazo da entrega do documento de habilitação, para além do

393. Em caso concreto referente ao crime de embriaguez ao volante e violação do dever de suspensão para dirigir, o STJ admitiu a validade da decretação das cautelares diversas da prisão de recolhimento domiciliar no período noturno e proibição de frequentar bares, festas e similares: STJ, 5ª Turma, HC 392.438/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21/09/2017, DJe 27/09/2017.

394. De acordo com Denilson Feitoza (*Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010. p. 1.103), "o recurso em sentido estrito ora é *pro et contra*, ora é *secundum eventum litis*. Ele é *pro et contra* quando 'o sim e o não' comportam o recurso, como caso de conceder ou negar a fiança (inciso V do art. 581). Ele é *secundum eventum litis*, quando cabe para uma situação, mas não para a situação contrária de sucumbência, como no caso de caber para a rejeição da denúncia, mas não para o recebimento, pois o dispositivo legal não falou no recebimento".

395. Trata-se de um grande banco de dados que registra toda a vida do condutor, desde o seu 'nascimento' como candidato até a sua habilitação, controlando as mudanças de categoria, imposições de penalidades, suspensões do direito de dirigir e ainda mudança de domicílio e transferência de estado.

recolhimento deste, o agente também poderá ser responsabilizado pela prática do crime do art. 307 do CTB ("Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código: Penas – detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição").

> **Art. 296.** Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis. (Redação dada pela Lei n. 11.705, de 2008)

9. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIMES DE TRÂNSITO E (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DA PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR, SEM PREJUÍZO DAS DEMAIS SANÇÕES PENAIS CABÍVEIS.

Para fins de aplicação do art. 296 do CTB, não basta que o agente seja reincidente, assim considerado o agente que comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (CP, art. 63). Na verdade, o legislador exige que a reincidência em questão seja *específica* em crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro. Para além disso, deve ser respeitado o lapso temporal de 5 anos após o cumprimento ou extinção da pena, que faz desaparecer a reincidência (CP, art. 64, I).[396]

Levando-se em consideração que a condenação pela prática de crime de trânsito acarreta a perda do direito de dirigir, nos termos dos arts. 160 e 163, III, do CTB – vide comentários aos arts. 292 e 293 –, a correta exegese do art. 296 é no sentido de que o legislador quis impor ao reincidente específico em crimes de trânsito não a pena de suspensão da permissão ou habilitação, mas sim a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.[397]

Assim, caracterizada essa reincidência específica em crimes de trânsito, o magistrado deverá aplicar a pena privativa de liberdade prevista no respectivo preceito secundário, associada à suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, ainda que inexista previsão específica no tipo penal incriminador em questão (v.g., art. 309 do CTB).[398]

Em conclusão, convém destacar que, antes do advento da Lei n. 11.705/08, que deu nova redação ao art. 296 do CTB, a aplicação dessa pena de suspensão era uma faculdade do juiz, pois o dispositivo legal dizia que o juiz *poderia aplicar* essa sanção penal. Com a nova redação conferida ao referido dispositivo legal, a aplicação dessa sanção passa a ser cogente, pelo menos em relação aos crimes cometidos a partir da vigência da Lei n. 11.705/08, sob pena de evidente violação ao princípio da irretroatividade da *lex gravior* (CF, art. 5º, XL).[399]

> **Art. 297.** A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.
>
> **§1º** A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.
>
> **§2º** Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.
>
> **§3º** Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.

10. MULTA REPARATÓRIA.

Consoante disposto no art. 297, *caput*, do CTB, a *multa reparatória* consiste numa espécie de penalidade aplicada pelo juiz criminal ao autor do crime de trânsito, cujo beneficiário é a vítima (ou seus sucessores), tendo como finalidade a reparação dos prejuízos materiais resultantes do delito, assim compreendidas as perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa.

Em sua essência, não se trata de penalidade de natureza criminal, mas sim de verdadeira antecipação da *indenização pelo dano causado pelo delito*, assemelhando-se, nesse ponto, ao art. 387, inciso IV, do CPP. Tanto é verdade que o próprio

396. De se lembrar que o Pleno do Supremo (RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/04/2013) concluiu ser constitucional a aplicação da reincidência, não só como agravante da pena (CP, art. 61, inciso I), mas também como fator impeditivo para a concessão de diversos benefícios, sem que se possa objetar a configuração de *bis in idem*. Logo, não há falar em inconstitucionalidade do art. 296 do CTB. Outrossim, é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a agravante da reincidência pode ser comprovada com a folha de antecedentes criminais, não sendo obrigatória a apresentação de certidão cartorária. A propósito: STJ, 6ª Turma, HC 287.090/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 08/05/2014, DJe 12/12/2014.

397. Com esse entendimento: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2, p. 308.

398. Nesse contexto: NUCCI. Op. cit. p. 703. Em sentido diverso, concluindo que não se admite a aplicação do art. 296 do CTB para o crime cujo preceito secundário não contenha a previsão de suspensão do direito de obter a permissão ou habilitação: NOGUEIRA, Fernando. Op. cit. p. 69.

399. A propósito: DELMANTO. Op. cit. p. 451.

art. 297, §3º, do CTB, permite o abatimento da multa reparatória do valor da indenização civil. Portanto, conquanto denominada de *multa reparatória*, nada mais é do que uma indenização civil antecipada pelos prejuízos materiais causados pelo delito. Aliás, melhor teria caminhado o legislador se tivesse se referido à *multa reparatória* nesses termos, diferenciando-a, assim, da *multa* propriamente dita, elencada pelo art. 32 do Código Penal como espécie de pena ao lado das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos.[400]

Essa fixação de um *quantum* determinado pelo próprio juiz criminal a título de indenização em favor da vítima não está prevista apenas no art. 297 do CTB. Com efeito, para além do dispositivo sob comento, o art. 45, §1º, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 9.714/98, passou a prever, dentre as penas restritivas de direitos, a prestação pecuniária em favor da vítima. Aliás, mesmo antes do advento da Lei n. 9.714/98, já tínhamos a reparação dos danos causados pelo delito como um dos objetivos da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95, art. 62). De seu turno, a Lei dos crimes ambientais preceitua que a sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente (Lei nº 9.605/98, art. 20, *caput*). Mais recentemente, o Código de Processo Penal foi alterado pela Lei n. 11.719/08 e passou a prever que, por ocasião da sentença condenatória, o juiz poderá, desde já, fixar um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (art. 387, IV).

Como se percebe, até o advento desses dispositivos legais, a despeito de a sentença condenatória transitada em julgado reconhecer o *an debeatur* (CP, art. 91, I), ou seja, a obrigação de indenizar, ainda restava definir o *quantum debeatur*, é dizer, o valor da indenização devida. Assim, independentemente do ajuizamento de uma ação ordinária de conhecimento (ação civil *ex delicto*), a vítima ou seus sucessores eram obrigados a promover a liquidação por artigos, para que, somente então, pudessem proceder à execução por quantia certa. Isso porque, à época, a sentença penal condenatória funcionava apenas como um título executivo judicial ilíquido, o que inviabilizava o imediato ajuizamento da execução por quantia certa. Nesta liquidação, apesar de não ser mais possível rediscutir a lide ou modificar a sentença que a julgou, era necessária a produção de provas acerca do valor do dano existente.

Com o advento do art. 297 do CTB e dos demais dispositivos legais acima citados, todavia, passou a ser possível que, na própria sentença condenatória, ocorra a fixação de valor mínimo para reparação do prejuízo material resultante do crime, cujo valor deve ser demonstrado no processo. Assim, o ofendido (ou seus sucessores) não mais será obrigado a promover a liquidação para apuração do *quantum debeatur*, podendo promover, de imediato, no âmbito cível, a execução do montante arbitrado na sentença condenatória transitada em julgado. No entanto, esse valor fixado pelo juiz criminal na sentença condenatória pela prática de crime de trânsito não é definitivo para a vítima. Isso porque, de acordo com o art. 297, §3º, do CTB, na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado. Ademais, consoante disposto no art. 63, parágrafo único, do CPP, subsidiariamente aplicável aos crimes de trânsito por força do art. 291, *caput*, do CTB, transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do art. 387, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

10.1. Fixação do valor da multa.

Pela dicção do art. 297, *caput*, do CTB, o valor da multa reparatória há de ser arbitrado à luz do disposto no art. 49, §1º, do Código Penal, segundo o qual o valor do dia-multa deve ser fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário. Esse valor não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo (CTB, art. 297, §1º).

10.2. (Im) possibilidade de fixação de valor mínimo para reparação de danos morais e estéticos no processo e julgamento dos crimes de trânsito com fundamento no art. 387, inciso IV, do CPP.

O art. 387, IV, do CPP, com redação determinada pela Lei n. 11.719/08, assemelha-se ao quanto previsto no art. 297 do Código de

400. No sentido de que a pena de prestação pecuniária, espécie de pena restritiva de direitos não se confunde com a pena de multa reparatória do art. 297 do CTB: STJ, 6ª Turma, REsp 772.721/AC, Rel. Min. Paulo Medina, j. 22/08/2006, DJ 25/09/2006 p. 325. Em outro julgado, a 5ª Turma do STJ (REsp 736.784/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/11/2005, DJ 13/03/2006) concluiu que, havendo prejuízo material resultante da prática de crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro, mostra-se cabível a aplicação da *multa reparatória prevista no art. 297* da Lei nº 9.503/97, não havendo qualquer incompatibilidade na aplicação cumulativa dessa multa e da *prestação pecuniária* como substitutiva da pena privativa de liberdade.

Trânsito Brasileiro. Na verdade, é possível dizer que aquele buscou inspiração neste, exatamente para otimizar a reparação do dano causado pelo delito. Há, todavia, uma diferença sensível entre os dois dispositivos legais. Enquanto o art. 297 do CTB restringe a sua aplicação aos *danos materiais* resultantes do crime, o dispositivo constante do Código de Processo Penal não faz qualquer ressalva quanto à espécie de dano. Por isso, como o art. 387, IV, do CPP visa antecipar, ao menos em parte, o valor que seria apurado em ulterior liquidação de sentença no juízo cível, na qual toda e qualquer espécie de dano poderia ser objeto de quantificação, não há por que se negar ao juiz criminal a possibilidade de quantificá-los, desde já, na própria sentença condenatória. Em outras palavras, para além dos danos patrimoniais, aí incluídos os danos emergentes (ou positivos) e os lucros cessantes (ou negativos), admite-se, com fundamento no art. 387, IV, do CPP, a fixação de valor mínimo para reparação dos danos morais e estéticos, desde que haja elementos probatórios que permitam a fixação desse valor.[401] A propósito, convém lembrar que, no âmbito cível, é firme a jurisprudência no sentido de ser lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral (**súmula nº 387 do STJ**).[402]

Considerando-se, assim, que o art. 297 do CTB restringe a fixação do valor da multa reparatória ao valor do prejuízo material resultante do crime, indaga-se: seria possível aplicarmos aos crimes de trânsito o art. 387, IV, do CPP, para fins de se admitir a fixação de valor mínimo para reparação de outras espécies de danos, como, por exemplo, morais e estéticos, causados pela infração?

Certamente, haverá quem diga que o Código de Trânsito Brasileiro restringe a multa reparatória ao prejuízo material resultante do crime (art. 297, *caput*).[403] Assim, por se tratar de lei especial à luz do art. 387, IV, do CPP, deve prevalecer a regra *lex specialis derrogat legi generalis*, com o que não podemos concordar. Ora, quando uma lei especial excepciona uma regra geral, o faz diante da inadaptabilidade daquela disciplina comum para as peculiaridades dos casos regidos pela lei especial. Obviamente, no caso de uma verdadeira revolução na disciplina da lei geral, que passa a seguir um sistema completamente novo, não se pode, pura e simplesmente, negar aplicação à nova lei geral, ou melhor, ao novo sistema global às situações disciplinadas pela lei especial. Isso porque desaparece, em tal caso, a justificativa de adoção do fator de diferenciação. De mais a mais, se o art. 297 do CTB silencia a respeito da fixação de valor mínimo para a reparação de todo e qualquer dano causado pelo delito, o faz porque, à época de sua entrada em vigor – janeiro de 1998 –, sequer se cogitava acerca dessa possibilidade. Enfim, se se admite a fixação de valor mínimo para reparação de danos materiais, morais, etc., em processos penais envolvendo crimes de homicídio, lesão corporal, crimes patrimoniais, crimes e contravenções praticados no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, não parece haver nenhum critério razoável para não se admitir a aplicação do mesmo raciocínio aos crimes de trânsito.

Art. 298. São circunstâncias que sempre agravam as penalidades dos crimes de trânsito ter o condutor do veículo cometido a infração:

I - com dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros;

II - utilizando o veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas;

III - sem possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

IV - com Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação de categoria diferente da do veículo;

V - quando a sua profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte de passageiros ou de carga;

VI - utilizando veículo em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funciona-

401. Consoante nos ensina Flávio Tartuce (*Direito civil*, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 410-434), em sentido próprio, o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão, ao passo que, em sentido impróprio, constitui qualquer lesão aos direitos da personalidade, como, por exemplo, à liberdade, à opção sexual, etc. Por sua vez, os danos estéticos estão presentes, em regra, quando a pessoa sofre feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana.

402. Em recente julgado, a 6ª Turma do STJ (REsp 1.585.684/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 09/08/2016, DJe 24/8/2016) concluiu que o juiz, ao proferir sentença penal condenatória, no momento de fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, do CPP), pode, sentindo-se apto diante de um caso concreto, quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, desde que fundamente essa opção. Conquanto o CPP faça referência tão somente à apuração do dano efetivamente sofrido, não se pode perder de vista o escopo da própria alteração legislativa: promover maior eficácia ao direito da vítima em ver ressarcido o dano sofrido. Assim, considerando que a norma não limitou nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de o fazer.

403. Nesse sentido: NOGUEIRA, Fernando. Op. cit. p. 71.

mento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante;

VII - sobre faixa de trânsito temporária ou permanentemente destinada a pedestres.

11. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES APLICÁVEIS AOS CRIMES DE TRÂNSITO.

O art. 298 da Lei n. 9.503/97 elenca uma série de agravantes que devem ser aplicadas aos crimes de trânsito. Como é sabido, à luz do sistema trifásico de Nelson Hungria previsto no art. 68 do Código Penal, essas agravantes, assim como eventuais atenuantes devem ser levadas em consideração pelo juiz na segunda fase da dosimetria da pena, ou seja, depois de fixada a pena-base com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, e, por outro lado, antes de se chegar à pena definitiva, em que são sopesadas as causas de aumento e de diminuição de pena.

O art. 298 da Lei n. 9.503/97 não estabelece em abstrato a quantidade de aumento na hipótese de incidência dessas agravantes, deixando esse *quantum* ao prudente arbítrio do magistrado. Não obstante, à semelhança do que é feito no Código Penal, a variação provocada por essas circunstâncias deve girar em torno de 1/6 (um sexto) da pena-base, que é o *quantum* previsto como limite mínimo das majorantes nas demais disposições do referido *Codex*.[404]

A despeito de haver certa controvérsia na doutrina, prevalece o entendimento de que a incidência de circunstâncias atenuantes não pode acarretar a redução da pena a patamar inferior ao mínimo cominado em abstrato pelo tipo penal. É nesse sentido, aliás, o teor da **súmula nº 231 do STJ**: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Tal raciocínio também se aplica às agravantes, que também não autorizam o aumento da pena além do patamar máximo fixado no preceito secundário.

Apesar de o art. 298 do CTB dispor expressamente que as agravantes ali elencadas *sempre* agravam as penalidades dos crimes de trânsito, é de todo evidente que tais circunstâncias só terão incidência por ocasião da segunda fase da dosimetria da pena quando não funcionarem como elementar, qualificadoras ou causas de aumento de pena, evitando-se, assim, indesejado *bis in idem*. Exemplificando, como já há previsão legal de uma causa de aumento de pena para o homicídio culposo cometido pelo agente que *não possui permissão para dirigir ou carteira de habilitação* (CTB, art. 302, §1º, I), é certo concluir que, nesse caso, não será possível a aplicação da agravante do art. 298, III, do CTB (*sem possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação).*

A previsão de circunstâncias agravantes no art. 298 do CTB não exclui a aplicação das agravantes genéricas dispostas nos arts. 61 e 62 do Código Penal, nem tampouco das atenuantes genéricas elencadas nos arts. 65 e 66 do mesmo *Codex*.[405] Afinal, por força do art. 291 do CTB, aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, *aplicam-se as normas gerais do Código Penal*, se a Lei n. 9.503/97 não dispuser em sentido diverso.

De se notar, todavia, que as circunstâncias agravantes da parte geral do Código Penal não podem ser aplicadas objetivamente. Pelo contrário. Sua aplicação exige que estejam cobertas pelo dolo do agente. Por isso, grande parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que tais circunstâncias só podem ser aplicadas em relação aos crimes dolosos (e também aos preterdolosos, pois tais delitos têm a fase inicial caracterizada pela presença do dolo), à exceção da reincidência. Transportando esse raciocínio para os crimes de trânsito, é de se concluir, então, que as agravantes dos arts. 61 e 62 do CP poderiam ser aplicadas, pelo menos em tese, aos crimes dolosos previstos no CTB, quais sejam, os delitos dos arts. 304 a 312, ao passo que aos crimes de trânsito exclusivamente culposos – homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor – a reincidência seria a única agravante da parte geral do CP passível de aplicação. No entanto, convém ressaltar que, no julgamento histórico do navio *Bateau Mouche*, o Supremo Tribunal Federal concluiu que as agravantes também podem recair sobre crimes culposos.[406]

404. Na visão dos Tribunais, embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena pela reincidência, deve o magistrado atentar para os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade de suficiência à reprovação e à prevenção do crime. Logo, o aumento da pena pela reincidência em fração superior a 1/6 exige motivação idônea: STJ, 6ª Turma, HC 200.900/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 27/09/2012.

405. Para mais detalhes acerca da aplicação das circunstâncias atenuantes aos crimes de trânsito, remetemos o leitor aos comentários ao art. 299 do CTB.

406. "(...) Não obstante a corrente afirmação apodítica em contrario, além da reincidência, outras circunstâncias agravantes podem incidir na hipótese de crime culposo: assim, as atinentes ao motivo, quando referidas a valoração da conduta, a qual, também nos delitos culposos, e voluntaria, independentemente da não voluntariedade do resultado: admissibilidade, no caso, da afirmação do motivo torpe - a obtenção de lucro facil -, que, segundo o acórdão condenatório, teria induzido os agentes ao comportamento imprudente e negligente de que resultou o sinistro. (...)". (STF, 1ª Turma, HC 70.362/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/1993, DJ 12/04/1996).

11.1. Dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros.

O inciso I do art. 298 do CTB prevê, na verdade duas circunstâncias distintas: a) crime praticado com dano potencial para duas ou mais pessoas; b) crime praticado com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros.

Na primeira agravante, a expressão *dano potencial* é empregada como sinônima de perigo, que é definido como a probabilidade de dano, *in casu*, para duas ou mais pessoas. De se notar que essa agravante não pode ser aplicada em relação aos crimes de trânsito que atentem contra a segurança viária já tendo o perigo concreto como uma de suas elementares. É o que ocorre, por exemplo, com o crime do art. 309 do CTB ("Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, *gerando perigo de dano*"). Sendo ele crime de perigo concreto, ínsito nessa descrição típica está o perigo para um número plural e indeterminado de pessoas, daí por que não se revela possível a aplicação da agravante do art. 298, I, primeira parte, do CTB, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*.

A segunda agravante diz respeito ao crime de trânsito cometido com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros. O adjetivo *grave* exprime o dano suscetível de trazer sérias consequências ao patrimônio alheio. *Dano*, por sua vez, é a perda (privação, subtração, destruição) ou diminuição (limitação, restrição) de um direito. O patrimônio de terceiros é aquele pertencente à pessoa física ou jurídica, de natureza pública ou privada. Logo, se prédios públicos ou privados, estabelecimentos comerciais, escolas, hospitais, restaurantes, etc., forem submetidos a perigo de dano patrimonial, demonstrado *em concreto*, a agravante sob comento deverá ser aplicada pelo juiz sentenciante.

11.2. Utilização do veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas.

De acordo com o art. 115 do CTB, os veículos devem ser identificados externamente por meio de placas dianteira e traseira, sendo esta lacrada em sua estrutura, obedecidas as especificações e modelos estabelecidos pelo CONTRAN. Os caracteres dessas placas serão individualizados para cada veículo e o acompanharão até a baixa do registro, sendo vedado seu reaproveitamento. A *ratio* dessa agravante está fundada, portanto, na imprescindibilidade de que o veículo circule com as placas para facilitar a sua identificação na eventualidade de um crime de trânsito.

A agravante do art. 298, II, do CTB, deverá ser aplicada em três hipóteses diversas:

a) veículo sem placas: é aquele que transita desprovido dessa identificação;

b) veículo com placas falsas: falsa é a placa que não pertence ao veículo. Pode ter sido retirada de outro veículo ou ter sido confeccionada ou fabricada sem autorização. A nosso juízo, a utilização de placas reservadas (*especiais* ou *frias*), assim compreendidas como aquelas fornecidas pelo Detran a certos funcionários públicos de forma a impedir a identificação de seus usuários específicos (v.g., art. 115, §7º, da Lei n. 9.503/97, incluído pela Lei n. 12.694/12[407]), ainda que de maneira desvirtuada, não autoriza a aplicação da agravante em análise, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar do funcionário público. Afinal, tais placas são *verdadeiras*, e a agravante somente se configura no caso de utilização de veículo automotor com *placas falsas*;[408]

c) placa adulterada: adulterar consiste em mudar, transformar, modificar as características de algo. É o que ocorre, por exemplo, se o agente insere um ou mais algarismos diversos daqueles contidos na placa original (v.g. coloca-se uma fita adesiva para transformar o algarismo 3 em 8, ou 0 em 8).

Em que pese o art. 298, I, do CTB, fazer referência à utilização do veículo com *placas falsas ou adulteradas* como agravantes específicas para os crimes de trânsito, não se pode perder de vista que a adulteração das placas de veículos automotores tipifica, *de per si*, o crime do art. 311 do CP ("Adulterar ou remarcar número de chassi ou *qualquer sinal identificador de veículo automotor*, de seu componente ou equipamento").[409]

---

407. Art. 115. (...) §7º. "Excepcionalmente, mediante autorização específica e fundamentada das respectivas corregedorias e com a devida comunicação aos órgãos de trânsito competentes, os veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que exerçam competência ou atribuição criminal poderão temporariamente ter placas especiais, de forma a impedir a identificação de seus usuários específicos, na forma de regulamento a ser emitido, conjuntamente, pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e pelo Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN".

408. Em sentido semelhante, referindo-se, todavia, ao crime do art. 311 do CP: "(...) afigura-se de todo evidente que a conduta imputada ao paciente - substituição de placas particulares de veículo automotor por placas reservadas obtidas junto ao Detran -, não se mostra apta a satisfazer o tipo do art. 311 do Código Penal. Não há qualquer dúvida de que o órgão de controle - Detran - sabia e poderia saber sempre que se cuidava de placas reservadas fornecidas à Polícia Federal. Ordem concedida para que seja trancada a ação penal contra o paciente, por não restarem configurados, nem em longínqua apreciação, os elementos do tipo em tese (...)". (STF, 2ª Turma, HC 86.424/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005, DJ 27/10/2006).

409. De acordo com o STF (1ª Turma, HC 79.780/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 14/12/1999, DJ 18/08/2000), tipifica, em tese, o crime do art. 311

Logo, na hipótese de alguém ser surpreendido em situação de flagrância, por exemplo, ao praticar o crime de embriaguez ao volante, admitindo, ademais, ter sido ele o responsável pela adulteração das placas de seu veículo, o agente deverá responder pelo delito do art. 311 do CP em concurso material com o do art. 306 do CTB, afastando-se, quanto a este, a aplicação da agravante do art. 298, II, sob pena de indesejado *bis in idem*. Enfim, parece-nos cabível a aplicação da agravante sob comento tão somente quando a conduta do agente não se subsumir ao crime do art. 311 do Código Penal. Em outras palavras, se restar evidenciado que o autor do crime de trânsito também foi o responsável pela adulteração da placa, deverá responder pelo delito do art. 311 do CP. Todavia, como nem sempre é possível comprovar quem teria sido o autor da referida adulteração, logo, sujeito ativo do crime do art. 311 do CP, o agente deverá responder, nesses casos, apenas pelo crime de trânsito, aplicando-se a agravante do art. 298, II, do CTB, conquanto evidenciado que pelo menos tinha consciência de que trafegava com um veículo com as placas falsificadas ou adulteradas.

Por fim, como o art. 298, II, do CTB, faz referência apenas à utilização do veículo *sem placas*, com *placas* falsas ou adulteradas, não nos parece possível a incidência dessa agravante quando a falsidade recair sobre outros sinais de identificação do veículo, a exemplo do número do chassi,[410] sob pena de verdadeira analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade.

11.3. Sem permissão para dirigir ou carteira de habilitação.

Os documentos hábeis ao exercício do direito de dirigir veículos são a *permissão* para dirigir e a *carteira de habilitação*. Na eventualidade de o autor de um crime de trânsito não dispor de um desses dois documentos, será de rigor a aplicação da agravante do art. 298, III, do CTB, salvo, obviamente, se tal circunstância já funcionar como elementar, qualificadora ou causa de aumento de pena do crime em questão (v.g., homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor - CTB, art. 302, §1º, I, e art. 303, §1º). É o que ocorre, a título de exemplo, com o ilícito descrito no art. 309 do CTB (direção sem permissão ou habilitação). Ora, se o próprio tipo penal incrimina a conduta de "dirigir veículo automotor, em via pública, *sem a devida permissão para dirigir ou habilitação*, ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano", não se revela possível, *in casu*, a aplicação da agravante do art. 298, III, do CTB, sob pena de uma mesma circunstância ser levada em consideração como elementar do delito e, na sequência, como agravante.

De acordo com o art. 148 do CTB, a *permissão para dirigir* é o documento expedido ao candidato aprovado nos exames de habilitação para conduzir veículos e possui validade de um ano. A *carteira nacional de habilitação*, por sua vez, será conferida ao condutor ao término de um ano, desde que o mesmo não tenha cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima ou seja reincidente

do CP, a adulteração de placa numerada dianteira ou traseira do veículo, não apenas da numeração do chassi ou monobloco. No sentido de que a conduta consistente na troca de placas de veículo automotor configura o crime previsto no art. 311 do CP, tendo em vista a adulteração dos sinais identificadores: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 783.622/DF, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 13/04/2010, DJe 03/05/2010; STJ, 5ª Turma, HC 107.301/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/05/2010, DJe 21/06/2010. Especificamente quanto à colocação de fita adesiva em veículo automotor, o STF tem precedente no sentido de que tal conduta se enquadra no art. 311 do CP. A propósito, confira-se: "(...) Adulteração de placa traseira do veículo com aposição de fita isolante preta. As placas de um automóvel são sinais identificadores externos do veículo, obrigatórios conforme dispõe o CTB. A jurisprudência do STF considera típica a adulteração de placa numerada dianteira ou traseira do veículo. Reconhecimento da tipicidade da conduta atribuída ao recorrente (...)". (STF, 2ª Turma, RHC 116.371/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13/08/2013, DJe 230 21/11/2013). O Superior Tribunal de Justiça, todavia, tem entendimento em sentido diverso, senão vejamos: "(...) A aposição de fita isolante na placa de veículo automotor é facilmente perceptível, o que torna o crime de falsidade impossível, por absoluta impropriedade do meio utilizado. O delito descrito no artigo 311 do Código Penal prevê no seu preceito secundário pena severa de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa. Dentro desse contexto, não se pode perder de vista o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador, qual seja, a fé pública e, especialmente, a proteção da propriedade e da segurança no registro de automóvel. No caso concreto, observa-se que a colocação de fita isolante para alterar letra da placa de identificação do veículo é perceptível a olho nu. O meio empregado para a adulteração não se presta à ocultação de veículo objeto de crime contra o patrimônio. Qualquer cidadão, por mais incauto que seja, tem condições de identificar a falsidade que, de tão grosseira, a ninguém pode iludir. Em suma, a fraude é risível, grotesca. Logo, a fé pública não é sequer atingida. Extrai-se da conduta do denunciado a intenção de ludibriar a fiscalização eletrônica - radar com dispositivo fotográfico, também chamado de pardal - e obstar, assim, o recebimento de multas por infrações administrativas. Contudo, o direito penal tem caráter fragmentário não devendo se ocupar de condutas que não danificam o bem jurídico penalmente protegido. Não se está a defender a atipicidade em razão de suposta bagatela. A crença na veracidade dos sinais públicos merece proteção penal mesmo se minimamente arranhada. Porém, a situação é outra. Verifica-se atipicidade da conduta praticada porquanto o meio utilizado é absolutamente inócuo ao delito de adulteração de veículo automotor. A punição de mera infração administrativa com a sanção criminal prevista tipo descrito no artigo 311 do Diploma Penal desafia a razoabilidade e proporcionalidade, porquanto a fé pública permaneceu incólume e, à míngua de lesividade ao bem jurídico tutelado, a conduta praticada pelo recorrido é atípica. Não é possível que se dê a uma molecagem - que merece sanção administrativa - o mesmo tratamento dispensado à criminalidade organizada. (...)". (STJ, 6ª Turma, REsp 503.960/SP, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 16/03/2010, DJe 19/04/2010). Para a 6ª Turma do STJ (RHC 98.058/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 24/09/2019, DJe 07/10/2019), suposta adulteração da placa de veículo semirreboque não se amolda à previsão do art. 311, *caput*, do CP, já que, nos termos do art. 96, inciso I, do CTB, existe diferença entre veículos automotores – previsto no referido tipo penal – e veículos semirreboques.

410. *Chassi* é a estrutura de aço sobre a qual se monta a carroceria do veículo automotor. Nessa estrutura é inserido um código para sua identificação. Este é o número do chassi. De acordo com o art. 114, *caput*, do CTB, o veículo será identificado obrigatoriamente por caracteres gravados no chassi ou no monobloco, reproduzidos em outras partes, confirme dispuser o CONTRAN.

em infração média.[411] A *permissão* e a *habilitação* não se confundem com a *autorização,* que é a autorização para conduzir veículos de propulsão humana e de tração animal, e cuja expedição fica a cargo dos municípios (Lei n. 9.503/97, art. 141, §1º).

A agravante sob comento refere-se ao fato de o agente não estar habilitado, ou seja, não estar autorizado a dirigir. Logo, se o agente, devidamente habilitado para dirigir, for surpreendido na condução de veículo automotor sem trazer consigo o referido documento, por ter, por exemplo, esquecido em casa, revela-se indevida a incidência da circunstância do art. 298, inciso III, do CTB. Cuida-se, nesse caso, de mera infração administrativa (leve), consoante disposto no art. 232, c/c art. 159, §1º, do CTB. A propósito, confira-se: "(...) Nos termos do artigo 298, inciso III, do Código de Trânsito Brasileiro, as penalidades dos crimes de trânsito são agravadas quando o agente os comete sem possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação. O que torna o delito mais grave é o fato de o agente não possuir licença para conduzir veículo automotor, não se podendo aplicar a agravante àqueles que efetivamente possuem permissão ou habilitação para dirigir, estando apenas sem o respectivo documento quando da abordagem. A condução de veículo sem o porte obrigatório dos documentos exigidos pelo Código de Trânsito Brasileiro configura mera infração administrativa, nos termos do artigo 232 do citado diploma normativo. Na espécie, consoante frisado pelo Ministério Público em suas alegações finais, o paciente possui carteira de habilitação em situação regular, apenas não a portando no momento do flagrante, o que impede a incidência da agravante em exame".[412]

Também há controvérsias quanto às hipóteses em que o agente conduz o veículo automotor com documentos vencidos. Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos indevido equiparar tal situação à ausência de permissão para dirigir ou carteira de habilitação, sob pena de indevida ampliação da proibição constante da norma penal incriminadora, o que vem de encontro ao princípio da legalidade. Ter-se-á, nesse caso, mera infração administrativa, devidamente punida pelo CTB. Na realidade, como bem observado pela doutrina,[413] a inexistência de autorização para dirigir veículo só poderá ser reconhecida nas seguintes hipóteses: a) quando, decorrido o período de 1 (um) ano, o portador da Permissão para Dirigir tiver negada a concessão da CNH, de acordo com o art. 148, §3º, do CTB, pois, nesse caso, o agente deixará de estar autorizado a dirigir, devendo reiniciar o processo de habilitação *ab initio;* b) quando o portador de CNH vencida não mais puder fazer uso desse documento em virtude da declaração da suspensão do direito de dirigir ou da cassação propriamente dita da CNH, consoante disposto nos arts. 261 e 263 do CTB, respectivamente.

11.4. Crime de trânsito praticado com permissão para dirigir ou carteira de habilitação de categoria diferente da do veículo.

Consoante disposto no art. 143 da Lei n. 9.503/97, os candidatos poderão se habilitar nas categorias de "A" a "E", obedecida a seguinte gradação: a) Categoria "A": condutor de veículo motorizado de duas ou três rodas, com ou sem carro lateral; b) categoria "B": condutor de veículo motorizado, não abrangido pela categoria "A", cujo peso bruto total não exceda a três mil e quinhentos quilogramas e cuja lotação não exceda a oito lugares, excluído o do motorista; c) Categoria "C": condutor de veículo motorizado utilizado em transporte de carga, cujo peso bruto total exceda a três mil e quinhentos quilogramas; d) Categoria "D": condutor de veículo motorizado utilizado no transporte de passageiros, cuja lotação exceda a oito lugares, excluído o motorista; e) Categoria "E": condutor de combinação de veículos em que a unidade tratora se enquadre nas categorias B, C ou D e cuja unidade acoplada, reboque, semirreboque, trailer ou articulada tenha 6.000 Kg (seis mil quilogramas) ou mais de peso bruto total, ou cuja lotação exceda a oito lugares.

Se o agente possui autorização para dirigir somente uma categoria de veículo, não poderá assumir a condução de veículo de outra categoria, pois não está habilitado a fazê-lo. Daí a razão de ser da agravante do art. 298, inciso IV, do CTB.

A agravante sob comento revela-se redundante. Explica-se: pelo menos em tese, o indivíduo que não está autorizado a dirigir determinada categoria de veículo não possui permissão para dirigir nem tampouco carteira de habilitação, circunstância fática esta inserida no âmbito da agravante do inciso anterior. Deveras, se o condutor está habilitado a conduzir um veículo motorizado de duas rodas (Categoria "A"), é de todo evidente que não pode

411. Há quem entenda que a agravante do art. 298, III, do CTB também abrange os casos em que o agente, no momento da prática do crime, tinha cassado o seu direito de dirigir veículo. Nesse sentido: PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei n. 9.503/97.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 130.

412. STJ, 5ª Turma, HC 329.631/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24/11/2015, DJe 01/12/2015.

413. BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2. p. 342.

conduzir veículos das categorias "B", "C", "D" e "E", pois, em relação a estes, não possui a devida permissão para dirigir, nem carteira de habilitação. De todo modo, como o legislador houve por bem diferenciar as agravantes, temos que a do inciso III deve ser aplicada ao condutor que cometer o crime de trânsito sem possuir qualquer tipo de autorização para dirigir, ao passo que a do inciso IV será aplicada àquele que cometer crime de trânsito dirigindo veículo automotor de categoria diversa da que estiver autorizado.

11.5. Crime de trânsito cometido por agente cuja profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte de passageiros ou de carga.

A agravante do art. 298, V, do CTB, tem como destinatário alguém que se vale da condução de veículo automotor como profissão ou como atividade, como, por exemplo, um motorista de ônibus de transporte coletivo de passageiros. Se da pessoa comum, usuária livre das vias públicas e corresponsável pela segurança na condução de veículo automotor, exige-se a observância da legislação de trânsito, com mais razão e maior rigor deve-se reclamar comportamento irrepreensível por aquele cuja profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte de passageiros ou de carga.

Sem embargo de opiniões em sentido contrário,[414] o âmbito de incidência dessa agravante há de ficar restrito ao contexto da atividade ou da profissão do condutor. Afinal, fora dessas hipóteses, não haverá qualquer relação direta entre o crime e os cuidados especiais necessários para o exercício da profissão ou atividade. Assim, a título de exemplo, se o motorista estiver de férias, ou levando seus filhos para a escola, e cometer um crime de trânsito, revelar-se-á indevida a aplicação da agravante.

A agravante do art. 298, V, do CTB não pode ser aplicada ao crime do art. 310 ("Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança"), visto que, nesse caso, o agente do crime não é aquele que efetivamente conduz o veículo. Tampouco se admite sua aplicação ao crime do art. 312, visto que a inovação artificiosa não guarda relação com o ato de conduzir veículo no transporte de passageiros ou de carga. Raciocínio semelhante é válido para o homicídio culposo e lesão corporal culposa praticados na direção de veículo automotor, quando o agente estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros, pois, *in casu*, aplica-se apenas a causa de aumento de pena do art. 302, §1º, IV, do CTB ("no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros"). Haveria grave afronta ao princípio do *ne bis in idem* se se admitisse a aplicação simultânea da agravante e da majorante com base na mesma circunstância. Não haverá qualquer ilegalidade, todavia, se os crimes dos arts. 302 e 303 estiverem relacionados ao não cumprimento dos cuidados especiais exigíveis para o *transporte de cargas*.

11.6. Crime de trânsito com a utilização de veículo em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante.

As normas relativas à segurança dos veículos estão previstas entre os arts. 103 a 113 do Código de Trânsito Brasileiro. A título de exemplo de equipamentos obrigatórios dos veículos, entre outros a serem estabelecidos pelo CONTRAN, podemos citar o cinto de segurança, com exceção dos veículos destinados ao transporte de passageiros em percursos em que seja permitido viajar em pé, o encosto de cabeça para todos os tipos de veículos automotores, etc.

O CONTRAN já editou diversas resoluções acerca de equipamentos ou condições de segurança dos veículos, bem como sobre a possibilidade de alteração dessas características originais. Essas normas são o complemento necessário para a integração da agravante do art. 298, VI, do CTB, que se apresenta, portanto, como verdadeira norma penal em branco.

Por consequência, se restar comprovado que o agente alterou as condições de segurança do veículo, violando, por exemplo, o art. 110 do CTB ("O veículo que tiver alterada qualquer de suas características para competição ou finalidade análoga só poderá circular nas vias públicas com licença especial da autoridade de trânsito, em itinerário e horário fixados"), quando, por exemplo, faz a reprogramação eletrônica do carro ("chipagem") para aumentar a potência do motor

414. Para Nucci (*Leis penais e processuais penais comentadas. Vol. 2.* 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 704), pouco importa se o motorista profissional cometer o crime dirigindo seu veículo particular, em férias: a agravante deve incidir do mesmo modo.

para além dos limites permitidos pelo fabricante, contribuindo essa circunstância para a ocorrência do crime de trânsito, estará justificada a aplicação da agravante, porquanto sua conduta revela maior *desvalor de injusto.*

11.7. Crime de trânsito cometido sobre faixa de trânsito temporária ou permanentemente destinada a pedestres.

Consoante disposto no art. 68 do CTB, é assegurada ao pedestre – ao qual se equipara o ciclista desmontado empurrando a bicicleta – a utilização dos passeios ou passagens apropriadas das vias urbanas e dos acostamentos das vias rurais para circulação, podendo a autoridade competente permitir a utilização de parte da calçada para outros fins, desde que não seja prejudicial ao fluxo de pedestres. Nas áreas urbanas, quando não houver passeios ou quando não for possível a utilização destes, a circulação de pedestres na pista de rolamento será feita com prioridade sobre os veículos, pelos bordos da pista, em fila única, exceto em locais proibidos pela sinalização e nas situações em que a segurança ficar comprometida. Por sua vez, nas vias rurais, quando não houver acostamento ou quando não for possível a utilização dele, a circulação de pedestres, na pista de rolamento, será feita com prioridade sobre os veículos, pelos bordos da pista, em fila única, em sentido contrário ao deslocamento de veículos, exceto em locais proibidos pela sinalização e nas situações em que a segurança ficar comprometida. Outrossim, nos trechos urbanos de vias rurais e nas obras de arte a serem construídas, deverá ser previsto passeio destinado à circulação dos pedestres, que não deverão, nessas condições, usar o acostamento. Por fim, onde houver obstrução da calçada ou da passagem para pedestres, o órgão ou entidade com circunscrição sobre a via deverá assegurar a devida sinalização e proteção para circulação de pedestres.

A agravante encontra sua *ratio* na maior proteção que o Código de Trânsito dispensa aos pedestres, especialmente quando estiverem nas faixas a eles destinadas na via pública. Há uma natural expectativa de que o motorista seja um pouco mais cauteloso ao transitar próximo à faixa de pedestres, porquanto tem consciência do risco maior de um acidente diante do grande fluxo de pessoas nesses locais. Eventual crime de trânsito cometido nessas zonas destinadas aos pedestres revela um grau maior no desvalor da ação, haja vista a violação ao princípio da confiança. Se o condutor cometer um crime de trânsito sobre a faixa destinada a pedestres, afetando, justamente, as condições de segurança destes, estará justificada a incidência da agravante do art. 298, VII, haja vista o maior desvalor do injusto praticado.

Firmada a premissa de que a agravante em análise visa à proteção do pedestre, e não a eventuais veículos automotores que estejam sobre a faixa de trânsito àqueles destinada, não se pode admitir a sua aplicação a eventual crime de trânsito envolvendo a colisão de dois veículos automotores sobre a faixa, sob pena de evidente violação à teoria da imputação objetiva.[415] Por força da referida teoria, a relevância jurídica que autoriza a imputação objetiva deve ser apurada, dentre outros critérios, pelo sentido protetivo de cada tipo incriminador. Ou seja, somente haverá responsabilidade quando a conduta afrontar a finalidade protetiva da norma. Ora, se a finalidade precípua do art. 298, VII, do CTB, é conferir maior proteção ao pedestre, parece-nos incorreto ampliar a esfera de proteção da norma para abranger uma colisão entre dois veículos automotores, sem qualquer perigo de lesão ou dano a eventuais pedestres que transitavam pela via pública por ocasião do acidente.

Como não se pode admitir a aplicação simultânea de uma agravante e majorante com base na mesma circunstância, sob pena de grave afronta ao princípio do *ne bis in idem*, não se admite a aplicação do art. 298, VII, do CTB aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, porque, nesses casos, os arts. 302, §1º, II, e 303, §1º, erigiram o fato *praticar o crime em faixa de pedestres ou na calçada* à categoria de causa especial de aumento de pena.

Art. 299. Vetado.

12. (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE AOS CRIMES DE TRÂNSITO.

Quando o Código de Trânsito Brasileiro foi aprovado pelo Congresso Nacional, seu art. 299 fora assim redigido: "Nas infrações penais de que trata

415. De acordo com Luís Greco (*Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5-9), a imputação objetiva enuncia o conjunto de pressupostos genéricos que fazem da causação uma causação objetivamente típica; e estes pressupostos são a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado. Para mais detalhes acerca da teoria da imputação objetiva, remetemos o leitor aos comentários ao art. 302 do CTB, mais precisamente ao tópico atinente aos *elementos do tipo de injusto culposo*.

este Código não constitui circunstância atenuante o fato de contar o condutor do veículo menos de vinte e um anos, na data do evento, ou mais de setenta, na data da sentença". O dispositivo, porém, acabou sendo vetado, pelos seguintes motivos: "Este artigo pretende que o fato do condutor de veículos que contar menos de vinte e um anos ou mais de setenta anos não constitua circunstância atenuante para a aplicação da pena. Isto contraria a tradição jurídica brasileira e, especialmente, a sistemática estabelecida do Código Penal. De qualquer modo, não se justifica, na espécie, o tratamento especial ou diferenciado, que se pretende conferir aos delitos de trânsito, razão pela qual deve ser vetado".

Portanto, como não consta do CTB qualquer vedação expressa, há de se admitir a aplicação das circunstâncias atenuantes constantes dos arts. 65 e 66 do Código Penal aos crimes de trânsito. Afinal, como não há disposição em sentido diverso – o art. 299 do CTB foi vetado –, aplicam-se as normas gerais do Código Penal aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, nos termos do art. 291 do CTB.

Art. 300. Vetado.

13. PERDÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.

13.1. Perdão judicial.

O perdão judicial é uma causa extintiva da punibilidade por meio da qual a lei possibilita ao juiz, a despeito da existência de um fato típico, ilícito e culpável, deixar de aplicar a pena diante da existência de determinadas circunstâncias expressamente determinadas (v.g., arts. 121, §5º, 129, §8º, 140, §1º, I e II, 180, §5º, 1ª parte, 242, parágrafo único, 249, §2º, todos do Código Penal; Lei n. 9.807/99, art. 13; Lei n. 12.850/13, art. 4º, *caput*, etc.).

Pelo menos em regra, é vedada a sua aplicação a delito para o qual a lei não prevê a extensão do benefício. Afinal, de acordo com o art. 107, inciso IX, do Código Penal, extingue-se a punibilidade pelo perdão judicial, *nos casos previstos em lei.*

A depender da vontade do legislador, o perdão judicial pode ser aplicado a crimes culposos (v.g., CP, art. 121, §5º) ou a crimes dolosos (v.g., Lei n. 12.850/13, art. 4º, caput), e tem lugar em crimes de ação penal pública e de ação penal de iniciativa privada. Cuida-se, ademais, de ato unilateral, ou seja, não precisa ser aceito pelo autor do delito para surtir efeitos.

Diferencia-se do perdão do ofendido, também rotulado como causa extintiva da punibilidade, porém no inciso V do art. 107 do CP, porque este é aplicável somente à ação penal privada e depende de aceitação do querelado.

Consubstancia-se em direito público subjetivo, é dizer, o magistrado possui discricionariedade para verificar a presença dos requisitos legais, porém, se considerá-los existentes, a aplicação do benefício é cogente.

Quanto ao momento adequado para a concessão do perdão judicial, há duas correntes:

a) doutrina penal: em geral, os doutrinadores do Direito Penal entendem que o Poder Judiciário só pode concedê-lo por ocasião da sentença ou acórdão (em grau recursal ou nos casos de competência originária dos Tribunais). Isso porque sua concessão somente se justifica quando houver o reconhecimento da existência de um fato típico, ilícito e culpável, mas a lei autorizar o juiz a declarar a extinção da punibilidade;[416]

b) doutrina processual penal (nossa posição): uma segunda corrente admite a falta de interesse de agir (utilidade) quando evidenciada a presença manifesta de hipótese que autoriza a concessão do perdão judicial. Em síntese, não haveria utilidade em se levar adiante um processo penal condenatório se já se pode visualizar que o autor do fato delituoso seria beneficiado com o perdão judicial ao final da demanda. Logo, ante a ausência de uma condição da ação – interesse de agir –, o inquérito policial deveria ser arquivado. Se oferecida a denúncia, caberia ao magistrado rejeitá-la, nos termos do art. 395, II, in fine, do CPP, ou absolver sumariamente o acusado (CPP, art. 397, IV, c/c art. 107, IX, do CP).[417]

416. Segundo Cleber Masson (*Direito Penal Esquematizado.* Vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Método, 2016. p. 69), "o perdão judicial somente pode ser concedido na sentença. Depende da análise do mérito, pois, se não existirem provas da autoria e/ou da materialidade do fato, o réu há de ser absolvido. Além disso, se comprovada a responsabilidade do agente pelo resultado morte, deve estar demonstrada a desnecessidade da imposição da pena, circunstância que reclama o término da instrução criminal".

417. Segundo Bitencourt (op. cit. Vol. 2, p. 352), "constatando-se que se trata, inequivocadamente, da hipótese de perdão judicial, e sendo a decisão que o concede, como sustentamos, meramente declaratória da extinção da punibilidade, pode ser concedido a qualquer momento, inclusive com a rejeição da denúncia, até por economia processual. Justifica-se, na verdade, o prosseguimento do procedimento criminal somente quando depender de dilação probatória para comprovar se efetivamente se está diante da hipótese de perdão judicial; caso contrário, não há razão alguma para prolongar-se a *persecutio criminis*, podendo, a nosso juízo, o próprio Ministério Público postular o arquivamento do inquérito policial (investigações preliminares) com esse fundamento".

13.2. Natureza jurídica da decisão concessiva do perdão judicial.

Não há consenso na doutrina e na jurisprudência acerca do assunto. Grosso modo, podemos apontar a existência de 3 (três) posições diversas:

1) **Sentença condenatória**: só é passível de ser perdoado o agente que cometeu um erro, ou seja, que cometeu uma infração penal. Logo, o autor de um fato típico, ilícito e culpável, deve ser condenado pelo magistrado, que, no entanto, deve deixar de aplicar a pena em virtude da concessão do perdão judicial. O art. 120 do Código Penal prevê que a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência, do que se poderia concluir que se trata de sentença condenatória, que somente livra o réu da pena e do pressuposto da reincidência. Se compreendida como espécie de sentença condenatória, à exceção do cumprimento da pena e da reincidência, subsistem todos os demais efeitos penais secundários e extrapenais, gerando, por exemplo, a obrigação de reparar o dano;

2) **Sentença absolutória anômala**: é a decisão que concede o perdão judicial ao acusado. Tal decisão é denominada de anômala porque não existe uma verdadeira absolvição, mas sim um pronunciamento que só formal e impropriamente pode ser chamado absolutório, visto que, substancialmente, é de condenação. Apesar de o art. 386 do CPP não listar a concessão do perdão judicial como hipótese que autoriza a absolvição do acusado, parte da doutrina sustenta que a sentença concessiva do referido benefício teria natureza absolutória, porquanto não se pode conceber uma condenação sem a necessária e simultânea aplicação de pena;

3) **Sentença declaratória da extinção da punibilidade**: com o objetivo de afastar controvérsias que existiam acerca da natureza jurídica da decisão concessiva do perdão judicial, a Reforma Penal de 1984 incluiu-o dentre as causas extintivas da punibilidade (CP, art. 107, IX), explicitando na Exposição de Motivos (n. 98) que a sentença que o concede não produz efeitos de sentença condenatória. Em síntese, o magistrado reconhece a procedência da acusação, é dizer, a existência de um fato típico, ilícito e culpável, porém, por questões de política criminal previstas expressamente em lei, deixa de aplicar a respectiva pena. Não se trata de sentença condenatória, pois ninguém pode ser condenado sem a aplicação de pena. Também não se pode dizer que o acusado foi absolvido, já que se revela terminologicamente incorreto conceber a concessão de perdão a alguém que seria inocente. Destarte, como não há condenação, nem tampouco absolvição, a única solução possível é admitir que a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, como o faz, aliás, o enunciado da **súmula n. 18 do STJ** ("A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório"). Destarte, não gera reincidência, não autoriza o lançamento do nome do réu no rol dos culpados e não configura a obrigação de reparar o dano provocado pelo crime.

13.3. Cabimento de perdão judicial em relação aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor.

Por ocasião da aprovação do Código de Trânsito Brasileiro pelo Congresso Nacional, seu art. 300 tinha a seguinte redação: "Nas hipóteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem, exclusivamente, o cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente, irmão ou afim em linha reta, do condutor do veículo".

Ocorre que o dispositivo acabou sendo vetado. Daí, portanto, poder-se-ia concluir, precipitadamente, que o perdão judicial não seria cabível em relação aos crimes dos arts. 302 e 303 do CTB. Afinal, de acordo com o art. 107, IX, do Código Penal, extingue-se a punibilidade pelo perdão judicial, *nos casos previstos em lei*. Ou seja, se o perdão judicial não está previsto em lei, não seria cabível a sua aplicação.

Sem embargo dessa linha de entendimento, as próprias razões de veto ao art. 300 do CTB demonstram que jamais houve a intenção de se afastar o perdão judicial de tais crimes. Nesse sentido, confira-se: "O artigo trata do perdão judicial, já consagrado pelo Direito Penal. Deve ser vetado, porém, porque as hipóteses previstas pelo §5º do art. 121 e §8º do art. 129 do Código Penal disciplinam o instituto de forma mais abrangente". Como se percebe, em nenhum momento houve a intenção de se afastar a possibilidade de aplicação dessa causa extintiva da punibilidade aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor. O dispositivo foi vetado porque se entendeu que sua aplicação já estaria garantida pelo Código Penal.

Por tais motivos, somos levados a acreditar que não há nenhum óbice à aplicação do perdão judicial previsto no art. 121, §5º ("Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar

a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária") e no art. 129, §8º ("Aplica-se à lesão culposa o disposto no §5º do art. 121"), ambos do Código Penal, aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, respectivamente.[418]

A concessão do perdão judicial deve ser analisada diante do caso concreto, avaliando-se a gravidade e a extensão das consequências da infração de acordo com as condições pessoais do agente e da vítima. Podem atingir tanto o autor da conduta culposa (v.g., condutor ficou tetraplégico após o acidente), seus familiares (v.g., pai causa a morte culposa do filho na direção de veículo automotor), ou até mesmo pessoas que lhe são muito próximas e queridas (v.g., noiva, amigos íntimos, etc.). É essencial a presença de algum tipo de vínculo, seja de parentesco, seja de afinidade, entre o agente e a vítima.

Nesse sentido, em caso concreto em que se discutia o cabimento do perdão judicial em crime de homicídio culposo no trânsito, assim se pronunciou o STJ: "(...) O texto do § 5º do art. 121 do Código Penal não definiu o caráter das consequências, mas não deixa dúvidas quanto à forma grave com que essas devem atingir o agente, ao ponto de tornar desnecessária a sanção penal. Não há empecilho a que se aplique o perdão judicial nos casos em que o agente do homicídio culposo - mais especificamente nas hipóteses de crime de trânsito - sofra sequelas físicas gravíssimas e permanentes, como, por exemplo, ficar tetraplégico, em estado vegetativo, ou incapacitado para o trabalho. A análise do grave sofrimento, apto a ensejar, também, a inutilidade da função retributiva da pena, deve ser aferido de acordo com o estado emocional de que é acometido o sujeito ativo do crime, em decorrência da sua ação culposa. A melhor doutrina, quando a avaliação está voltada para o sofrimento psicológico do agente, enxerga no § 5º a exigência de um vínculo, de um laço prévio de conhecimento entre os envolvidos, para que seja "tão grave" a consequência do crime ao agente. A interpretação dada, na maior parte das vezes, é no sentido de que só sofre intensamente o réu que, de forma culposa, matou alguém conhecido e com quem mantinha laços afetivos. Entender pela desnecessidade do vínculo seria abrir uma fenda na lei, que se entende não haver desejado o legislador, pois, além de difícil aferição - o tão grave sofrimento -, serviria como argumento de defesa para todo e qualquer caso de delito de trânsito, com vítima fatal. O que se pretende é conferir à lei interpretação mais razoável e humana, sem jamais perder de vista o desgaste emocional (talvez perene) que sofrerá o acusado dessa espécie de delito, que não conhecia a vítima. Solidarizar-se com o choque psicológico do agente não pode, por outro lado, conduzir a uma eventual banalização do instituto, o que seria, no atual cenário de violência no trânsito - que tanto se tenta combater -, no mínimo, temerário. Recurso especial a que se nega provimento".[419]

418. No sentido de que não há qualquer óbice à concessão do perdão judicial na hipótese de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, desde que, logicamente, preenchidos os requisitos do art. 121, §5º, do Código Penal: STJ, 5ª Turma, HC 392.370/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 20/06/2017, DJe 28/06/2017.

Art. 301. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

14. IMUNIDADE PRISIONAL QUANTO À PRISÃO EM FLAGRANTE.

Pelo menos em tese, e sob um ponto de vista exclusivamente administrativo, ou seja, antes da comunicação da prisão à autoridade judiciária competente e ulterior realização de audiência de custódia para fins de convalidação judicial (CPP, art. 310), é possível fracionar a prisão em flagrante em pelo menos quatro momentos distintos:

a) captura: nesse primeiro momento, o agente encontrado em situação de flagrância (CPP, art. 302) é capturado. No caso do flagrante próprio (CPP, art. 302, I e II), essa captura visa evitar que o agente continue a praticar o ato delituoso. Essa captura tem por função precípua resguardar a ordem pública, fazendo cessar a lesão que estava sendo cometida ao bem jurídico pelo impedimento da conduta ilícita;

b) condução coercitiva: após a captura, o agente será conduzido coercitivamente à presença da autoridade policial para que sejam adotadas as providências legais.

c) lavratura do auto de prisão em flagrante: trata-se, o auto de prisão em flagrante delito, do instrumento em que são documentados os fatos que revelam a legalidade e a regularidade da restrição

419. STJ, 6ª Turma, REsp 1.455.178/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 05/06/2014, DJe 06/06/2014.

excepcional do direito de liberdade, funcionando, ademais, como uma das modalidades de *notitia criminis* (de cognição coercitiva), e, portanto, como peça inicial do inquérito policial. Tem como objetivo precípuo auxiliar na preservação das fontes de prova da infração que se acabou de cometer;

d) recolhimento à prisão: por fim, a detenção é a manutenção do agente no cárcere, que não será necessária nas hipóteses em que for cabível a concessão de fiança pela autoridade policial, ou seja, infrações penais cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos (CPP, art. 322, com redação dada pela Lei nº 12.403/11). Ao preso, depois, deve ser entregue nota de culpa, em até 24 (vinte e quatro) horas após a captura.

Há, todavia, certos dispositivos legais, segundo os quais *não se imporá prisão em flagrante.* É o que ocorre, a título de exemplo, no art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, segundo o qual se o autor da infração de menor potencial ofensivo assumir o compromisso de comparecer aos Juizados Especiais Criminais ou a eles comparecer imediatamente, *não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.* Na mesma linha, consoante disposto no art. 48, §2º, da Lei de Drogas, tratando-se da conduta de porte de drogas para consumo pessoal, ou posse de planta tóxica para extração de droga com o escopo de consumo pessoal, *não se imporá prisão em flagrante,* devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente, ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários. O Código de Trânsito Brasileiro também tem dispositivo semelhante aos acima citados. Segundo o art. 301, *caput,* da Lei nº 9.503/97, ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, *não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança,* se prestar pronto e integral socorro àquela.

Conquanto a lei use a expressão *não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança,* deve-se entender que é perfeitamente possível a captura e a condução coercitiva do agente até uma Delegacia de Polícia, não apenas para a identificação dos envolvidos no sinistro, mas também para o devido registro – e não lavratura de auto de prisão em flagrante – da ocorrência pela autoridade competente, sem prejuízo, ademais, da realização imediata das diligências investigatórias preliminares a que se refere o art. 6º do CPP. Portanto, quando o art. 301 do CTB diz que não se imporá prisão em flagrante, deve-se entender que, por força desse dispositivo, está vedada tão somente a lavratura do auto de prisão em flagrante e o subsequente recolhimento ao cárcere.

Especificamente em relação aos acidentes de trânsito (CTB, art. 301), a aplicação dessa imunidade prisional em relação à prisão em flagrante está condicionada ao fato de o condutor do veículo prestar *pronto e integral socorro à vítima.* Por *pronto* se entende o socorro dado com presteza, imediatamente. O termo *integral* traduz a ideia de inteiro, completo.

De se notar que o art. 301 do CTB faz referência ao socorro *pronto* e *integral* à vítima. Mas não há qualquer menção à necessidade de que esse socorro seja *eficaz,* no sentido de impedir que o resultado se produza, como se exige, por exemplo, no caso do arrependimento eficaz previsto no art. 15 do Código Penal. Por consequência, se a vítima for socorrida de imediato (*pronto*) e levada a um hospital, recebendo, na sequência, toda a assistência médica necessária (*integral*), somos levados a acreditar que a superveniência do resultado morte não afasta a aplicação do art. 301 do CTB.[420]

Caso o condutor do veículo não preste pronto e integral socorro à vítima, a autoridade policial deverá não apenas capturá-lo, conduzindo-o coercitivamente na sequência à Delegacia de Polícia, mas também deverá levar adiante a lavratura do auto de prisão em flagrante, o que, todavia, não necessariamente significa dizer que o agente terá que permanecer preso. Afinal, se à infração penal não for cominada pena máxima superior a 4 (quatro) anos, a fiança poderá ser concedida pelo Delegado de Polícia, nos termos do art. 322 do CPP.

À primeira vista, fica a impressão de que a imunidade prisional constante do art. 301 do CTB seria aplicável a todo e qualquer delito previsto no Código de Trânsito Brasileiro. Todavia, como o dispositivo faz referência explícita aos casos de *acidente de trânsito de que resulte vítima,* o ideal é concluir que sua aplicação está restrita aos crimes contra a vida ou contra a integridade física, nos quais o sujeito passivo só pode ser a pessoa humana, ou seja, homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (CTB, arts. 302 e 303, respectivamente).

Importante notar que a imunidade prisional em questão diz respeito exclusivamente à prisão em flagrante. Portanto, desde que presentes os pressupostos legais, admite-se, em relação ao autor de um crime de trânsito, não apenas a prisão preventiva (CPP, arts. 312 e 313), como também a

420. Nessa linha: PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na Lei n. 9.503/97.* Op. cit. p. 162.

aplicação das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, arts. 319 e 320). Não há falar, todavia, em prisão temporária, seja porque nenhum crime de trânsito é rotulado como crime hediondo e/ou equiparado, hipótese em que referida cautelar seria cabível à luz do art. 2º, §4º, da Lei n. 8.072/90, seja porque nenhum dos crimes dos arts. 302 a 312 do CTB consta do rol taxativo do art. 1º, inciso III, da Lei n. 7.960/89.

Em conclusão, a aplicação da imunidade prisional à prisão em flagrante do art. 301 do CTB não afasta a aplicação da circunstância atenuante genérica prevista no art. 65, III, alínea "b", 1ª parte, do Código Penal.[421]

Seção II
Dos Crimes em Espécie

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: (Incluído pela Lei n. 12.971, de 2014)

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; (Incluído pela Lei n. 12.971, de 2014)

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; (Incluído pela Lei n. 12.971, de 2014)

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; (Incluído pela Lei n. 12.971, de 2014)

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. (Incluído pela Lei n. 12.971, de 2014)

§2º Revogado pela Lei n. 13.281, de 2016.

§3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Incluído pela Lei n. 13.546, de 2017)

Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Incluído pela Lei n. 13.546, d

421. "CP. Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III – ter o agente: (...) b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano".

15. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.

Tradicionalmente, o crime de homicídio culposo era incriminado exclusivamente pelo Código Penal comum (art. 121, §3º) e pelo Código Penal Militar (art. 206). Com a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro no dia 23 de janeiro de 1998, nosso ordenamento jurídico passou a contar com uma modalidade especial de homicídio culposo *na direção de veículo automotor.*

Por meio de *questionável* técnica legislativa, o art. 302 tipifica o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor nos seguintes termos: "Praticar *homicídio culposo* na direção de veículo automotor". Como se percebe, não consta do tipo penal qualquer referência aos sujeitos ativo e passivo, tipos objetivo e subjetivo, etc. Na verdade, o crime é definido por meio de uma remissão ao crime de homicídio culposo, previsto, como se sabe, no art. 121, §3º, do Código Penal, acrescido da elementar *na direção de veículo automotor.* Partindo-se da premissa de que o crime de homicídio é definido pelo art. 121, *caput,* do CP, como *matar alguém,* é possível concluir, então, que o crime do art. 302, *caput,* do CTB, pode ser definido nos seguintes termos: "Provocar culposamente a morte de alguém, na direção de veículo automotor". E é exatamente nesses termos que faremos a sua análise.

15.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança dos crimes de homicídio previstos no Código Penal, o bem jurídico protegido é a vida humana exterior ao útero materno, assegurado pelo art. 5º, *caput,* da Constituição Federal.

15.2. (In) constitucionalidade do preceito secundário do art. 302 do CTB.

Por ocasião da entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, houve acirrada controvérsia acerca da (in) constitucionalidade da pena privativa de liberdade cominada ao crime do art. 302, porquanto relativamente superior àquela cominada à figura assemelhada do homicídio culposo prevista no Código Penal. De fato, se cometido na direção de veículo automotor, o homicídio culposo estará sujeito à pena privativa de liberdade de detenção, de dois a quatro anos. Caso não seja cometido na direção de veículo automotor (CP, art. 121, §3º), a pena será de detenção, de um a três anos. Perceba-se que essa pena mínima de 2 (dois) anos inviabiliza o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/95, art. 89,

caput). Vejamos, então, as duas correntes acerca da controvérsia, e seus respectivos argumentos:

a) inconstitucionalidade: de um lado, parte da doutrina sustenta que a pena cominada ao crime do art. 302 do CTB seria manifestamente inconstitucional, pois violaria o princípio da isonomia. Nesse sentido, segundo Rui Stoco,[422] pelo simples fato de o homicídio culposo ser cometido na direção de veículo automotor, não seria possível esse tratamento distinto e exacerbado, pois o que importa considerar é a maior ou menor gravidade na conduta erigida à condição de crime e não as circunstâncias em que este foi praticado ou os meios utilizados. Ter-se-ia, portanto, evidente violação ao princípio constitucional da isonomia e o direito subjetivo do acusado a um tratamento igualitário;

b) constitucionalidade: o tratamento legislativo diferenciado ao preceito secundário do art. 302 do CTB, quando comparado com a pena do art. 121, §3º, do Código Penal, não viola o princípio da isonomia, consagrado pelo art. 5º, *caput,* da Constituição Federal. Ainda que o desvalor do resultado (ofensa ao bem jurídico) seja o mesmo em ambos os delitos – morte de alguém –, o desvalor da ação (forma ou modalidade de concretizar a ofensa) em relação aos crimes cometidos na direção de veículos automotores é sensivelmente mais elevado, justificando, pois, o recrudescimento da sanção penal.[423] Como se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, "(...) é inegável a existência de maior risco objetivo em decorrência da condução de veículos nas vias públicas - conforme dados estatísticos que demonstram os alarmantes números de acidentes fatais ou graves nas vias públicas e rodovias públicas - impondo-se aos motoristas maior cuidado na atividade. O princípio da isonomia não impede o tratamento diversificado das situações quando houver elemento de discrímen razoável, o que efetivamente ocorre no tema em questão. A maior frequência de acidentes de trânsito, com vítimas fatais, ensejou a aprovação do projeto de lei, inclusive com o tratamento mais rigoroso contido no art. 302, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97. A majoração das margens penais - comparativamente ao tratamento dado pelo art. 121, § 3º, do Código Penal - demonstra o enfoque maior no desvalor do resultado, notadamente em razão da realidade brasileira envolvendo os homicídios culposos provocados por indivíduos na direção de veículo automotor".[424]

422. Rui Stoco, Código de Trânsito Brasileiro: disposições penais e suas incongruências, p. 9.

423. Nessa linha: MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 16.

424. STF, 2ª Turma, RE 428.864/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14/10/2008, DJe 216 13/11/2008.

15.3. Sujeitos do crime.

O homicídio culposo na direção de veículo automotor é **crime comum**, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, habilitada ou não. No entanto, para diferenciar o crime de homicídio culposo do art. 302 do CTB daquele previsto no art. 121, §3º, do Código Penal, o legislador nele fez inserir um elemento especializante, qual seja, *na direção de veículo automotor.*

Assim, tendo em conta que o art. 302 do CTB exige que o sujeito ativo esteja na direção de veículo automotor, na eventualidade de um homicídio culposo ser provocado por um pedestre, este deverá ser responsabilizado pela figura delituosa do art. 121, §3º, do Código Penal. A título de exemplo, suponha-se que um pedestre subitamente atravesse uma rua, provocando, como consequência, uma manobra brusca de um motorista tendente a evitar o atropelamento, que leva, todavia, à morte de um terceiro que passava pela mesma via. Ora, considerando-se que o pedestre deu ensejo ao referido acidente, deverá ser responsabilizado pelo homicídio culposo previsto no Código Penal, e não pelo delito do art. 302 do CTB.

O sujeito passivo pode ser qualquer pessoa humana, após o nascimento e desde que esteja viva. Na eventualidade de a pessoa já estar morta, não há falar em homicídio culposo, pois a impropriedade absoluta do objeto material conduz ao crime impossível, afastando a tipicidade, nos termos do art. 17 do Código Penal.

15.3.1. Concurso de agentes em crimes culposos.

A doutrina pátria converge no sentido de admitir a *coautoria* em crimes culposos, quando duas ou mais pessoas, em conjunto, deixando de observar o dever objetivo de cuidado por meio de uma conduta voluntária que se mostra imprudente, imperita ou negligente, dão causa a um resultado não desejado, mas objetivamente previsível. Assim, se dois indivíduos segurarem uma tábua de madeira, um de cada lado, e a arremessarem do alto de um prédio em construção, vindo a atingir um pedestre que atravessava a rua, ambos deverão responder como coautores pelo crime de homicídio culposo do art. 121, §3º, do Código Penal.

Se há consenso quanto à admissibilidade da coautoria, o mesmo não se pode dizer quanto à participação culposa em crimes culposos. De acordo com a doutrina *majoritária*, pode até se admitir a existência de um vínculo subjetivo na realização da conduta perigosa, que é voluntária, a exemplo do que ocorre quando o passageiro induz o motorista de táxi a dirigir em velocidade excessiva. Ocorre que não há, nesse caso, qualquer vínculo em relação

ao resultado – no nosso exemplo, atropelamento e morte de um pedestre –, que não é desejado por nenhum dos agentes. Por isso, todos aqueles que cooperam na causa, é dizer, na inobservância do dever objetivo de cuidado, devem ser tratados como coautores.[425]

A jurisprudência dos Tribunais Superiores caminha nesse sentido, senão vejamos: "(...) A doutrina majoritária admite a coautoria em crime culposo. Para tanto, devem ser preenchidos os requisitos do concurso de agentes: a) pluralidade de agentes, b) relevância causal das várias condutas, c) liame subjetivo entre os agentes e d) identidade de infração penal. *In casu*, a conduta do pai não teve relevância causal direta para o homicídio culposo na direção de veículo automotor. Outrossim, não ficou demonstrado o liame subjetivo entre pai e filho no que concerne à imprudência na direção do automóvel, não podendo, por conseguinte, atribuir-se a pai e filho a mesma infração penal praticada pelo filho. Não há qualquer elemento nos autos que demonstre que o pai efetivamente autorizou o filho a pegar as chaves do carro na data dos fatos, ou seja, tem-se apenas ilações e presunções, destituídas de lastro fático e probatório. Ademais, o crime culposo, ainda que praticado em coautoria, exige dos agentes a previsibilidade do resultado. Portanto, não sendo possível, de plano, atestar a conduta do pai de autorizar a saída do filho com o carro, muito menos se pode a ele atribuir a previsibilidade do acidente de trânsito causado. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, ratificando-se em parte a liminar, apenas para restabelecer a sentença absolutória, no que concerne ao delito do art. 302, c/c o art. 298, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro".[426]

425. Nesse sentido: BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 60-61; JESUS, Damário E. de. *Direito penal. Parte geral*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. P. 422; MASSON, Cleber. Op. cit. Vol. 1. p. 600-601; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Econômico*. Vol. 2. Op. cit. p. 341. Em sentido diverso, Rogério Greco (op. cit. p. 579) assevera: "Quando alguém, no exemplo do automóvel, induz ou estimula outrem a imprimir velocidade excessiva, objetivando, geralmente, alcançar alguma finalidade lícita, era-lhe previsível, nas circunstâncias, que, anuindo ao pedido, a conduta do motorista poderia ocasionar o acidente. Era previsível, da mesma forma, ao motorista que detinha o controle do automóvel. Não foram as condutas conjugadas simultaneamente que levaram à eclosão do acidente, tal como no exemplo dos operários que, juntos, arremessam a tábua por sobre o tapume? Autor será aquele que praticar a conduta contrária ao dever objetivo de cuidado; partícipe será aquele que induzir ou estimular alguém a realizar a conduta contrária ao dever de cuidado".

426. STJ, 5ª Turma, HC 235.827/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 03/09/2013, DJe 18/09/2013. Na mesma linha: "(...) Responde pelo crime como coautor aquele que, recebendo o veículo de motorista inabilitado de uma prefeitura em sua responsabilidade, promove a superlotação do veículo, em transporte irregular, vindo o veículo a capotar em decorrência do excesso de passageiros e a imperícia do motorista, sendo, esses dois fatores, a causa conjunta do sinistro". (STJ, 5ª Turma, REsp 29.149/TO, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 01/09/1998, DJ 28/09/1998).

15.4. Estrutura típica do homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Como exposto anteriormente, o crime do art. 302 do CTB pode ser compreendido como "provocar culposamente a morte de alguém, na direção de veículo automotor". A conduta típica *matar alguém* consiste em eliminar a vida de uma pessoa. No caso específico do art. 302 do CTB, cuida-se do comportamento praticado por alguém na direção de veículo automotor idôneo a produzir a antecipação temporal do lapso de vida alheia, passível de ocorrer em diferentes espécies de acidentes de trânsito.

O caráter lacônico do art. 302 do CTB – e do art. 121, §3º do Código Penal – exigem que sua interpretação seja complementada pelo disposto no art. 18, inciso II, do Código Penal, segundo o qual o crime é culposo quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Daí por que se diz que os crimes culposos são previstos por *tipos penais abertos*, pelo menos em regra.[427] Afinal, a lei não diz expressamente no que consiste o comportamento culposo, reservando essa tarefa ao magistrado por ocasião do julgamento do caso concreto.

Portanto, para fins de perfeita compreensão do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, impõe-se uma análise detalhada dos elementos do tipo de injusto culposo. Antes, porém, por razões didáticas, é de todo oportuno procedermos à análise do modo como o sujeito ativo pratica o delito do art. 302 do CTB, é dizer, *na direção de veículo automotor.*

15.4.1. Elemento normativo do tipo: na direção de veículo automotor.

À conduta de provocar culposamente a morte de alguém deve ser agregado um elemento normativo do tipo, que traduz a forma ou modo de execução: **na direção de veículo automotor.**

Segundo o Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro, entende-se por veículo automotor "todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte

427. É perfeitamente possível a definição de um crime culposo em um *tipo penal fechado*, a exemplo do que ocorre na receptação culposa (CP, art. 180, §3º), na qual o legislador aponta expressamente as formas pelas quais a culpa pode se manifestar: a) natureza ou desproporção entre o valor e o preço da coisa adquirida ou recebida pelo agente; b) condição de quem a oferece; c) no caso de se tratar de coisa que deve presumir-se obtida por meio criminoso.

de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)". Estão compreendidos nesse conceito, portanto, automóvel, ônibus, motoneta, motocicleta, camioneta, micro-ônibus, motor-home, trator, veículos de grande porte, etc. Por outro lado, na expressão não estão compreendidos os veículos de propulsão humana ou animal, como bicicletas, carroças, carro de mão, reboques e *trailers*, desde que não engatados em veículos automotores. Logo, eventual acidente com reboques e *trailers*, não acoplados a um veículo automotor, bicicletas, carroças, etc., não podem ser considerados crimes de trânsito, tipificando, na verdade, o crime do art. 121, §3º, do CP.

Esse crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor é passível de ocorrer em diferentes espécies de acidentes de trânsito, como, por exemplo:[428]

a) **abalroamento**: é o ato viário consistente em conduzir um veículo de encontro a outro também em movimento, mas em outra direção que não a daquele que promove o encontro, atingindo-o nas suas partes laterais, ou na parte traseira;

b) **atropelamento**: é o ato viário de um condutor de veículo que consiste em dirigi-lo de encontro a uma pessoa ou a um animal, atingindo-os, imobilizados ou em movimento nas vias terrestres abertas à circulação;

c) **capotagem viária**: é o fato de o veículo em movimento sair de sua posição normal, girar sobre si e encontrar a sua capota em dimensão espacial material da via, desimportando que nessa condição permaneça;

d) **choque viário**: é o acidente de trânsito que ocorre quando um veículo for de encontro, na via terrestre aberta à circulação, a um ou mais obstáculos físicos imóveis, inclusive veículos parados ou estacionados;

e) **colisão viária**: é o encontro de veículos que interagem, nas vias terrestres abertas à circulação, mediante movimentos em direção opostas, em que resulta em violento impacto, gerado pelas forças antagônicas provenientes desses movimentos, as quais se veem somadas;

f) **engavetamento viário**: é a sucessão de encontros veiculares, na via terrestre aberta à circulação, ocorridos a partir do abalroamento (no caso de veículos, à frente, em movimento), ou do choque (no caso de veículos, à frente, imobilizados), procedido por um veículo em outro, que, impulsionado pelo impacto, vai de encontro a outro, e, este, a outro, assim por diante, até que cessados os abalroamentos ou choques;

g) **tombamento viário**: é a ocorrência em que um veículo em circulação sai de sua posição normal e se apoia sobre um de seus lados, imobilizando-se, podendo ou não permanecer nessa posição;

h) **precipitação viária**: é a projeção de um veículo em nível inferior ao que transitava;

i) **queda acidental viária**: ocorre quando fatores endógenos ou exógenos levam o veículo a despencar, em queda vertical, de um plano mais elevado a outro de uma via terrestre aberta à circulação ou de área física circunjacente.

15.4.2. Elementos do tipo de injusto culposo.

A culpa pode ser compreendida como a inobservância do dever objetivo de cuidado por meio de uma conduta voluntária que se mostra imprudente, imperita ou negligente, causadora de um resultado não desejado, mas objetivamente previsível. Para uma melhor e mais didática compreensão da culpa, logo, do crime de homicídio *culposo* na direção de veículo automotor, é de rigor a análise, individualizada, de cada um de seus elementos.

15.4.2.1. Conduta voluntária.

No crime doloso, pune-se uma conduta dirigida a um fim ilícito, ao passo que no injusto culposo a conduta voluntária punida é aquela mal dirigida, porém geralmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito. A vontade do agente está circunscrita à realização da conduta, e não à produção do resultado. Caso contrário, a hipótese é de crime doloso. O crime culposo pode ser praticado por ação ou omissão (CP, art. 13, §2º).

15.4.2.2. Inobservância do dever objetivo de cuidado.

Na vida em sociedade, há diversas atividades que trazem em sua essência determinado grau de perigo. No entanto, o progresso e as necessidades quotidianas autorizam a assunção de certos riscos que são da natureza de tais atividades, como, por exemplo, uma cirurgia, o tráfego de veículos, a posse de uma arma de fogo registrada em casa, etc. Nesses casos, ante o risco inerente a tais atividades, impõe-se ao agente a observância de um dever objetivo de cuidado, exatamente para fins de se evitar que sua conduta produza um resultado

428. É nesse sentido a lição de Nei Pires Mitidiero: *Crimes de trânsito e de circulação extratrânsito*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99-103.

não desejado, como, por exemplo, a morte ou a ofensa à integridade corporal de outrem.

O essencial em um tipo de injusto culposo como o do art. 302 do CTB não é a simples causação do resultado, mas sim a forma em que a ação causadora se realiza. Por isso, a observância do dever objetivo de cuidado, ou seja, a diligência devida, pelo condutor do veículo automotor afasta a tipificação do crime. Assim, se o motorista cumpre com as normas de trânsito e mesmo assim provoca a morte de outrem, não será possível lhe imputar juridicamente esse resultado, em face da inexistência de criação de um risco proibido, pouco importando, *in casu*, a existência de nexo de causalidade física entre a sua conduta e o evento morte. Em outras palavras, presente o nexo de causalidade física, mas ausente o nexo de imputação jurídica, o resultado morte deve ser tratado como consequência do caso fortuito, sob pena de se admitir verdadeira responsabilidade penal objetiva.

Como é sabido, a inobservância do dever objetivo de cuidado pode ocorrer de 3 (três) formas distintas. São as denominadas *modalidades de culpa* admitidas pela legislação brasileira:[429]

a. negligência: é a culpa em sua forma omissiva (*in omitindo*). É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação. Consiste em não fazer o que deveria ter sido feito. Contrariamente à imprudência, a negligência precede a ação, pois significa a abstenção de uma cautela que deveria ter sido adotada antes do agir descuidado. Negligente será, por exemplo, o proprietário do veículo que deixa de fazer a sua manutenção regular, transitando com pneus (ou freios) em péssimas condições,[430] vindo a perder a condução do automóvel, dando causa à morte de alguém. Nem sempre é possível distinguir a negligência da imprudência, que vez por outra se confundem no mesmo comportamento descuidado, podendo, inclusive, configurarem-se simultânea ou sucessivamente. De fato, para muitos a negligência é expressão suficiente para ministrar todo o substrato da culpa, podendo, assim, as ideias de imprudência e imperícia caber dentro da correspondente à negligente;

b. imprudência: é a culpa em sua forma comissiva (*in agendo*). É a imprevisão ativa, havendo concomitância entre a imprudência e a ação, ou seja, a imprudência se desenvolve de maneira paralela à ação, ou seja, surge e se manifesta enquanto o seu autor pratica a conduta. Imprudente é, por exemplo, o motorista que imprime velocidade excessiva em seu veículo, com visível diminuição de seus reflexos e acentuada liberação de seus freios inibitórios, ou que desrespeita um sinal vermelho em um cruzamento;

c. imperícia: é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício, razão pela qual, aliás, é chamada de *culpa profissional*. De se notar que a imperícia só pode acontecer no exercício de arte, profissão ou ofício. Ocorrendo fora desses contextos, deve ser tratada, sob o ponto de vista jurídico, como imprudência ou negligência. Assim, se um motorista de ônibus de transporte coletivo de passageiros transita em excesso de velocidade, será imperito. Todavia, se essa mesma conduta tivesse sido praticada por um motorista qualquer, sua conduta seria imprudente.

15.4.2.3. Produção de um resultado não desejado.

O resultado morte é imprescindível para a caracterização do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Afinal, crimes culposos não admitem a tentativa, salvo no caso da culpa imprópria.[431] Não por outro motivo que se diz que todo crime culposo integra o grupo dos crimes materiais. Sob o ponto de vista jurídico-penal, a inobservância do dever objetivo de cuidado não oferece qualquer relevância se da conduta voluntária mal dirigida não decorrer qualquer resultado. Portanto, pode ter havido a violação do dever objetivo de cuidado, mas se, por sorte, o resultado descrito no tipo culposo não for concretizado, afasta-se a tipicidade do crime culposo. Enfim, ou o resultado se produz, e o crime estará consumado, ou da conduta perigosa não sobrevém resultado, e o fato é um irrelevante penal, ao menos para a tipificação do crime culposo.

429. Em razão de existir em todo delito culposo essa violação ao dever objetivo de cuidado, alguns doutrinadores a ele se referem como o objeto central do estudo do "Direito Penal da Negligência", gênero que teria como espécies a imprudência, a negligência propriamente dita e a imperícia. Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

430. De acordo com o art. 27 do CTB, "antes de colocar o veículo em circulação nas vias públicas, o condutor deverá verificar a existência e as boas condições de funcionamento dos equipamentos de uso obrigatório, bem como assegurar-se da existência de combustível suficiente para chegar ao local de destino".

431. Fala-se em culpa imprópria (também conhecida como culpa por assimilação, por extensão ou por equiparação) nas hipóteses das chamadas descriminantes putativas em que o agente, em virtude de erro evitável pelas circunstâncias, dá causa dolosamente a um resultado, mas responde como se tivesse praticado um delito culposo. Está prevista na segunda parte do §1º do art. 20 do Código Penal ("É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. *Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo*").

Impõe-se, portanto, verificar, num primeiro momento, se há uma relação de causalidade entre a conduta praticada na direção de veículo automotor e o resultado morte. Geralmente, esse nexo causal é comprovado por um exame de corpo de delito direto ou indireto (CPP, art. 167).[432] Na sequência, sob a luz da teoria da imputação objetiva, é necessário demonstrar que aquele resultado consiste na realização do risco proibido criado ou incrementado pelo agente. Enfim, a imputação deve acontecer em dois planos sucessivos: a) primeiro, verifica-se a relação de causalidade com base na teoria da equivalência dos antecedentes, obedecendo ao disposto no art. 13, *caput*, do CP; b) num segundo momento, havendo nexo causal, complementa-se o exame da imputação de forma negativa, seja com base no art. 13, §1º, do CP, seja com base nos princípios da imputação objetiva.

Como é sabido, nosso Código Penal adotou expressamente a teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*. É o que prevê o art. 13, *caput*, do CP: "O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. *Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*". Por força dessa teoria, todos os antecedentes do resultado, ainda que sobre ele tenham exercido mínima influência, serão considerados como *causa*. Baseia-se, portanto, a verificação da relação de causalidade, no processo de eliminação hipotética, é dizer, quando se pretender examinar a relação causal entre uma conduta e um resultado, basta eliminá-la hipoteticamente e verificar, após, se o resultado teria ou não ocorrido exatamente como se dera. Assim, se depois de suprimido mentalmente determinado fator, notar-se que o resultado *não* teria se produzido – ou não teria ocorrido exatamente do mesmo modo –, poder-se-á dizer que entre a conduta e o resultado houve nexo causal. Noutro giro, se a conclusão for a de que, com ou sem a conduta (hipoteticamente suprimida), o resultado teria se produzido do mesmo modo como seu deu, então ficará afastada a relação de causalidade.[433]

A relação de causalidade, todavia, é apenas o primeiro passo para o juízo de imputação, que visa a estabelecer quais são as bases adequadas para que se possa atribuir um resultado – no caso do homicídio culposo na direção de veículo automotor, a morte de alguém – a uma determinada conduta. Isso porque o nexo causal fundado na equivalência dos antecedentes pode nos conduzir a verdadeiros absurdos, como, por exemplo, a constatação da existência de liame causal entre a fabricação de um veículo automotor à morte por ele produzida, ou a atribuição da morte de uma pessoa ao motorista que a atropelou, meses antes, resultando na amputação de um pé, tendo o óbito ocorrido, no entanto, durante um incêndio em um teatro no qual todos se salvaram do fogo, à exceção desta, por conta de sua dificuldade de locomoção.

Esses excessos da relação de causalidade são devidamente evitados com a *teoria da imputação objetiva*. Como exposto anteriormente, esta funciona como uma segunda etapa no juízo de imputação, que somente se confirmará se ausentes os princípios excludentes da responsabilidade penal decorrentes da teoria da imputação objetiva. É dizer, presentes quaisquer destes princípios, ficará afastada a atribuição da morte culposa ao condutor do veículo automotor, a despeito da existência da relação de causalidade. Vejamos, em apertada síntese, tais princípios:

1) Princípio do risco permitido: nem toda ação perigosa é proibida pelo Direito. Deve-se fazer uma ponderação entre a necessidade de proteção de determinado bem jurídico e o interesse geral de liberdade. Gunther Jakobs[434] cita alguns exemplos de risco permitido: i) normas jurídicas que autorizam comportamentos perigosos, como exemplo, com as regras de trânsito de veículos automotores, as práticas desportivas autorizadas ou normas técnicas de atividades industriais; ii) fatos socialmente adequados, por exemplo, um passeio de automóvel com amigos ou o ato de levar alguém a uma caminhada por uma montanha; iii) fatos relacionados com uma determinada *lex artis*, ou seja, comportamentos praticados com a estrita observância das regras técnicas de uma determinada atividade, como a Medicina ou a Engenharia; e iv) autorizações contidas em normas extrapenais, por exemplo, o emprego de desforço imediato na defesa da posse de um bem imóvel;

432. Como já se pronunciou o STJ, "(...) o exame de corpo de delito, embora seja importante, não se mostra imprescindível, por si só, para a comprovação da materialidade dos crimes que deixam vestígios, notadamente quando existentes nos autos outros meios de provas capazes de suprir a sua falta, tais como o auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência, comprovante de internação hospitalar e laudos elaborados pelos médicos que prestaram atendimento às vítimas. (...)". (STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 956.479/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 07/03/2017, DJe 15/03/2017).

433. Como já se pronunciou o STJ, "(...) só se tem por constituída a relação de causalidade se, baseado em elementos empíricos, puder se demonstrar, com certo grau de probabilidade, que o resultado não ocorreria caso a ação devida fosse efetivamente realizada, o que não se verificou na hipótese dos autos, fazendo-se mister a aplicação do brocardo *in dubio pro reo*. Recurso ordinário provido para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta". (STJ, 6ª Turma, RHC 35.883/PE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 01/10/2013, DJe 09/10/2013).

434. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 2ª ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

2) Princípio da proibição de regresso: por força desse postulado, um comportamento lícito não permite que se impute objetivamente a quem o praticou atos subsequentes de terceiros. Exemplificando, se um motorista de táxi conduz um passageiro até o seu destino, não poderá ser responsabilizado pelas atitudes de outrem (mesmo que criminosas), ainda que tenha tomado conhecimento delas no trajeto;

3) Princípio da confiança: seria praticamente impossível a vida em sociedade se não fosse possível confiar nos outros, supondo que tais pessoas cumprirão seu papel social. Por isso, haverá exclusão da responsabilidade penal quando alguém agir confiando que outrem cumprirá o seu papel. Esse princípio pode ser aplicado aos crimes de trânsito, quando uma das pessoas agiu de maneira correta, respeitando as regras, por confiar que a outra também o faria, o que não ocorreu, dando ensejo ao acidente;

4) Princípio da capacidade da vítima: de acordo com esse postulado, aplicável exclusivamente aos bens jurídicos disponíveis, logo, inaplicável ao crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, o consentimento do ofendido exclui a imputação do resultado ao agente.

Há alguns precedentes dos Tribunais Superiores adotando a teoria da imputação objetiva em relação a crimes de trânsito. Em caso concreto referente a crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, pertinente a indivíduo que transitava em via pública deserta, às 3 horas da madrugada, com velocidade de apenas 10 km acima do permitido no local, assim se pronunciou o STJ: "(...) De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado – morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada. A averiguação do nexo causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a

quantidade da pena privativa de liberdade substituída. Recurso parcialmente conhecido e desprovido".[435]

15.4.2.4. Previsibilidade objetiva do resultado.

Nos crimes dolosos, o resultado deve estar abrangido pelo dolo do agente, ao passo que, em se tratando de crimes culposos, deverá sê-lo pela previsibilidade. Ora, por funcionar a culpa como elemento normativo do tipo penal, deve-se fazer um juízo de valor, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto cognoscíveis por uma pessoa inteligente, colocando-se o magistrado na posição do autor no momento do fato delituoso de modo a verificar se o resultado era (ou não) previsível àquele. Em caso afirmativo, estará configura a previsibilidade objetiva. Caso contrário, não há falar em culpa.

De acordo com a doutrina, "existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter-se representado, como possíveis, as consequências do seu ato. Previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu

435. STJ, 5ª Turma, REsp 822.517/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 12/06/2007, DJ 29/06/2007.

advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social".[436]

Fala-se em *previsibilidade objetiva* por ser levada em consideração o fato concreto e um elemento padrão para a sua aferição – o chamado *homem médio* –, e não o autor do fato delituoso propriamente dito. O exame da capacidade individual do agente, ou seja, se podia reconhecer o perigo de sua conduta e prever o resultado, atuando, de forma adequada para impedir a realização do tipo, é doutrinariamente denominado juízo de *previsibilidade subjetiva*, a ser verificado no curso da indagação sobre a culpabilidade.[437]

Nas hipóteses em que o agente realiza efetivamente o juízo de causalidade adequado ao praticar uma conduta mal dirigida, age com *culpa consciente* em relação ao resultado possível. Por outro lado, se o agente podia realizar esse juízo, mas não o fez, age com *culpa inconsciente*.

15.4.2.5. Concorrência, compensação de culpas e culpa exclusiva da vítima.

Fala-se em **concorrência de culpas** quando dois ou mais indivíduos, um desconhecendo a conduta do outro, concorrem, culposamente, para a produção de um fato definido como crime, hipótese em que todos os envolvidos deverão responder pelo resultado produzido. A título de exemplo, suponha-se que, no cruzamento entre duas ruas, o veículo conduzido por Tício ultrapasse o semáforo quando o sinal estava "vermelho", vindo a colidir com o automóvel dirigido por Mévio, o qual trafegava em velocidade excessiva, resultando lesões recíprocas. Como se pode notar, tanto Tício quanto Mévio agiram de forma culposa, concorrendo para a produção do resultado *lesões corporais*. Conquanto não haja concurso de agentes entre os dois indivíduos, já que não há vínculo subjetivo,[438] cada um deverá responder, isoladamente, pela sua conduta delituosa. Afinal, de acordo com o art. 13, *caput*, do CP, "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa".

Noutro giro, pelo menos em regra, a culpa da vítima não exclui a do agente. Conquanto tenha incidência no direito privado, onde tem a função de reduzir ou excluir o valor da indenização pelo ilícito praticado, não se admite **compensação de culpa** no âmbito do Direito Penal.[439] Assim, na eventualidade de um acidente de trânsito ser causado não apenas em virtude da velocidade excessiva do condutor do automóvel, mas também pelo fato de a vítima ter atravessado a via sem observar o fluxo de veículos porque fazia uso de seu aparelho celular, a culpa do pedestre não terá o condão de elidir a culpa *stricto sensu* do motorista, nem tampouco excluir o fato punível. Na verdade, eventual culpa da vítima poderá funcionar no máximo como circunstância judicial favorável ao acusado – *comportamento da vítima* –, a ser sopesada pelo juiz por ocasião da dosimetria da pena (CP, art. 59). Nesse sentido, como já se pronunciou o STJ, "(...) no crime de homicídio culposo ocorrido em acidente de veículo automotor, a culpa concorrente ou o incremento do risco provocado pela vítima não exclui a responsabilidade penal do acusado, pois, na esfera penal, não há compensação de culpas entre agente e vítima. Todavia, tal fato pode repercutir na fixação da pena-base, no que diz respeito à circunstância judicial relativa ao comportamento da vítima".[440]

Se, de um lado, é certo dizer que não há compensação de culpas no âmbito do Direito Penal, também não é menos certo afirmar que a **culpa exclusiva da vítima** exclui a culpa do agente. Afinal, se a culpa é *exclusiva* da vítima, é de rigor a conclusão no sentido de que o agente não teria deixado de observar seu dever objetivo de cuidado, agindo de maneira imprudente, negligente ou imperita.[441] Portanto, se restar evidenciado que o acidente de trânsito foi causado por culpa exclusiva da vítima (v.g., vítima que sai correndo de trás de veículo estacionado), não há como se imputar ao

436. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1, p. 357.

437. Para que se possa falar em previsibilidade objetiva, há de se fazer a substituição do agente por um homem médio. Se o homem médio, naquelas circunstâncias em que atuou o agente, tivesse agido de forma diferente a fim de evitar o resultado, é sinal que este era previsível. Se persistir a ocorrência do resultado mesmo com a substituição do agente pelo homem médio, é de se concluir que o fato escapou ao âmbito normal de previsibilidade, logo, a ele não pode ser imputado. Na previsibilidade subjetiva essa substituição hipotética por um homem médio não se faz presente. Nesse caso, as condições pessoais do autor do delito devem ser levadas em consideração por ocasião do estudo da culpabilidade, para fins de se questionar se era exigível do agente agir de outro modo nas circunstâncias em que se encontrava. Caso não o fosse, embora o fato seja típico e antijurídico, não será culpável e, portanto, não será objeto de reprovação pela lei penal.

438. Como observa Bitencourt (op. cit. vol. 1, p. 343), "nessa hipótese, não se pode falar em concurso de pessoas, ante a ausência do vínculo subjetivo. Na realidade, verifica-se uma das hipóteses da chamada autoria colateral, onde não há adesão de um na conduta de outro, ignorando os agentes que contribuem reciprocamente na produção de um mesmo resultado".

439. No sentido de que não há falar em compensação de culpas em sede criminal: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 881.410/MT, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – Juiz convocado do TRF 1ª Região –, j. 13/11/2007, DJ 03/12/2007 p. 377.

440. STJ, 5ª Turma, HC 193.759/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 18/08/2015, DJe 01/09/2015.

441. Nessa linha: MASSON. Op. cit. Vol. 1. p. 330.

condutor do veículo automotor o delito do art. 302 do CTB.[442]

15.4.2.6. Culpa inconsciente (sem representação) e culpa consciente (ou com representação).

Levando-se em consideração a previsão do agente acerca do resultado naturalístico provocado pela sua conduta, é possível apontar as seguintes espécies de culpa:

a) culpa inconsciente (sem previsão ou *ex ignorantia*): é aquela em que o agente não prevê o resultado, conquanto objetivamente previsível. Ou seja, apesar de a superveniência do resultado ser previsível, o autor do fato delituoso não consegue prevê-lo, seja por descuido, desatenção, seja por simples desinteresse;

b) culpa consciente (com previsão ou *ex lascivia*): ocorre quando o agente prevê a superveniência do resultado, mas confia levianamente na sua não ocorrência. De acordo com a doutrina e a jurisprudência, a censurabilidade da conduta do agente no caso da culpa consciente é maior do que na culpa inconsciente, devendo, pois, ser valorada nesse sentido pelo magistrado por ocasião da apreciação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

15.4.2.7. Culpa consciente e dolo eventual na direção de veículo automotor.

A culpa consciente e o dolo eventual são separados por uma linha muito tênue. Entre ambos, há um traço semelhante, qual seja a previsão do resultado proibido. Na culpa consciente, todavia, o sujeito não deseja esse resultado, nem tampouco assume o risco de produzi-lo. Na verdade, acredita ser capaz de evitá-lo, o que não ocorre por erro de cálculo ou por erro na execução. No dolo eventual, por outro lado, o agente prevê o resultado naturalístico, mas, ao invés de renunciar à ação, anui ao seu advento.

Duas teorias procuram estabelecer as diferenças entre o dolo eventual e a culpa consciente:[443]

a) teoria da probabilidade: considerando-se a dificuldade de se demonstrar e comprovar o elemento volitivo, ou seja, o *querer o resultado*, admite-se a existência do dolo eventual quando o agente representa o resultado como de muito provável execução, mas, mesmo assim, decide agir por egoísmo, admitindo a sua produção. Se, todavia, a produção do resultado for menos provável, leia-se, pouco provável, haverá culpa consciente;

b) teoria do consenso, do assentimento ou do consentimento: por força dessa teoria, deve haver uma atitude interior de aprovação ou consentimento em relação à concretização do resultado previsto como possível. Portanto, não basta que o agente represente o resultado como de muito provável superveniência. Para além disso, é necessário que a probabilidade da produção do resultado seja incapaz de remover a vontade de agir. Somente assim estará configurado o dolo eventual. Com efeito, se o agente desistisse da ação, estando convencido da probabilidade do resultado, ter-se-ia culpa consciente. Corresponde à teoria em análise a difundida fórmula do *consenso hipotético* elaborada por *Frank*, à qual se juntou, posteriormente, a *teoria positiva do consentimento*, assim expressa: "Se o agente diz a si próprio, seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir, é responsável a título de dolo".[444]

No plano teórico, parece não haver problemas para se diferenciar o dolo eventual da culpa consciente. Na valoração dos casos concretos, todavia, as dificuldades se agigantam, principalmente porque ainda não descobriram um mecanismo capaz de extrair da mente do agente se este aquiesceu, ou não, na ocorrência do resultado morte previsível. De um lado, se as provas constantes dos autos demonstrarem que o agente, mesmo consciente dos fatores de risco e da possibilidade iminente de ocorrência do resultado, continuou agindo com total desprezo e indiferença ao bem jurídico tutelado, assumindo o risco de produzir a morte de alguém, parece não haver dúvida de que teria laborado com dolo eventual. Por outro lado, levando-se em consideração que todo e qualquer acidente de trânsito é no mínimo previsível, não se pode admitir que a infração consciente das normas de trânsito, notadamente aquelas relativas ao uso de bebida alcoólica, excesso de velocidade e participação em competições automobilísticas, seja rotulada como homicídio doloso, a título de dolo eventual, sob pena de se admitir verdadeira presunção de dolo eventual.

Não tem sido essa, todavia, a orientação dos Tribunais Superiores, para quem a presença de certos elementos, como, por exemplo, a embriaguez ao volante, o excesso de velocidade, o tráfego na contramão, a participação em competições automobilísticas não autorizadas, têm funcionado

442. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, REsp 873.353/AC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/03/2007, DJ 16/04/2007 p. 224.

443. Nesse sentido: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 1. p. 342.

444. PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na Lei n. 9.503/97*. Op. cit. p. 89.

como indicativos de dolo eventual na direção de veículo automotor, tipificando, quase automaticamente, o crime de homicídio doloso do art. 121 do Código Penal, e não a figura culposa do art. 302 do CTB. A propósito, como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, "(...) a conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável *disputa automobilística realizada em plena via pública*, nesta desenvolvendo velocidade exagerada - além de ensejar a possibilidade de reconhecimento do dolo eventual inerente a esse comportamento do agente -, justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, a atitude de quem, em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e de lesões corporais. (...)".[445]

O Superior Tribunal de Justiça tem precedentes no mesmo sentido, senão vejamos: "(...) Caso em que o recorrente foi pronunciado por homicídio consumado, tentativa de homicídio e omissão de socorro na condução de veículo automotor, acusado de, após *ingerir bebida alcóolica* e sem a devida habilitação, haver assumido a direção de seu veículo, conduzindo-o em *alta velocidade* em rodovia federal, acabando por colidir contra a traseira do automóvel das vítimas, que trafegava de forma regular, na sua mão de direção, causando a morte de quatro (quatro) pessoas, e provocado graves lesões no condutor, que só não veio a óbito por circunstâncias alheias à vontade do réu, que evadiu-se do local dos fatos em seguida, sem prestar socorro ao ofendido sobrevivente, peculiaridades que demonstram a reprovabilidade excessiva da conduta que lhe é imputada, autorizando a preventiva. (...)".[446]

Sem embargo dessa orientação jurisprudencial dominante, parte relevante da doutrina sustenta que não se pode partir do princípio de que todos aqueles que dirigem embriagados, com velocidade excessiva e/ou participando de rachas, não se importavam em causar a morte ou mesmo lesões em outras pessoas. A propósito, basta tomar o exemplo citado por Rogério Greco[447] do agente que, após beber excessivamente durante a comemoração de suas bodas de prata, resolve voltar, juntamente com sua esposa e três filhos, para a sua residência dirigindo um veículo automotor em alta velocidade, ocasião em que dá causa a um acidente de trânsito, causando a morte de toda a sua família. Aos olhos do referido autor, é de todo evidente que o agente importava-se com a ocorrência dos resultados e jamais aderiu a sua ocorrência, daí por que não se poderia lhe imputar o crime de homicídio a título de dolo eventual.

Também é nesse sentido a lição de Bitencourt. De acordo com o referido autor, "o posicionamento dos nossos tribunais superiores tem sido equívoco a esse respeito, deixando, não raro, à mercê de julgamento pelo Tribunal do Júri, que, como se sabe, constituído por leigos, não tem a menor condição de avaliar tecnicamente a distinção de algo tão complexo como é a distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Significa que, em outros termos, ainda que nossos tribunais não admitam expressamente, têm consentido na existência de *presunção de dolo eventual* em relação ao resultado morte, que é um dos mais graves pecados capitais em termos de dogmática penal. Esse erro crasso tem sido ainda mais frequente quando a conduta precedente do agente constitua uma das mais graves infrações de trânsito, como são as hipóteses de embriaguez ao volante ou de excesso de velocidade".[448]

15.4.2.7.1. (Im) possibilidade de desclassificação pelo juiz sumariante da imputação de homicídio doloso, praticado a título de dolo eventual, para homicídio culposo na direção de veículo automotor (culpa consciente).

De acordo com o art. 419 do CPP, quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da inexistência de crimes dolosos contra a vida, e não for competente para seu julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

Ao juiz sumariante é franqueada a possibilidade de dar ao fato capitulação legal diversa daquela constante da inicial, porquanto vigora no processo

445. STF, 1ª Turma, HC 71.800/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/06/1995, DJ 03/05/1996.

446. STJ, 5ª Turma, RHC 83.687/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17/08/2017, DJe 30/08/2017.

447. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 311.

448. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Econômico. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 339. Nessa linha, como já se pronunciou a 6ª Turma do STJ, "(...) Em delitos de trânsito, não é possível a conclusão automática de ocorrência de dolo eventual apenas com base em embriaguez do agente. Sendo os crimes de trânsito em regra culposos, impõe-se a indicação de elementos concretos dos autos que indiquem o oposto, demonstrando que o agente tenha assumido o risco do advento do dano, em flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado, manter a decisão do magistrado de origem, que desclassificou o delito para homicídio culposo e determinou a remessa dos autos para o juízo comum". (STJ, 6ª Turma, HC 58.826/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 29/06/2009, DJe 08/09/2009). No sentido de que o homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (CTB, art. 302) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual: STF, 1ª Turma, HC 107.801/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/09/2011, DJe 196 11/10/2011.

penal o princípio da livre dicção do direito (*jura novit curia*), em atendimento ao velho brocardo *narra mihi factum dabo tibi jus* ("narra-me o fato e te darei o direito"), conforme se verifica dos arts. 383 e 418 do CPP. Logo, se o juiz sumariante concluir que o fato narrado na peça acusatória não diz respeito a crime doloso contra a vida, deverá proceder à desclassificação da imputação.

Firmada a premissa de que o juiz sumariante não fica vinculado à classificação formulada pela acusação, discute-se acerca da possibilidade de haver a desclassificação para homicídio culposo na direção de veículo automotor (CTB, art. 302) em um processo criminal cuja denúncia tivesse imputado ao acusado o crime de homicídio a título de dolo eventual, ou se tal prática viria de encontro à competência do Tribunal do Júri para a apreciação dos crimes dolosos contra a vida. Vejamos as duas correntes acerca da controvérsia, com seus respectivos argumentos:

a) Impossibilidade de desclassificação pelo juiz sumariante: é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, por força do princípio do juiz natural, essa análise deve ficar a cargo do tribunal do júri, constitucionalmente competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Assim, na hipótese de homicídio praticado na direção de veículo automotor, havendo elementos nos autos indicativos de que o condutor agiu, possivelmente, com dolo eventual, o julgamento acerca da ocorrência deste ou da culpa consciente compete ao Tribunal do Júri, na qualidade de juiz natural da causal.[449] Por isso, em caso concreto envolvendo acidente de trânsito fatal com duas vítimas e quatro lesões corporais, no qual restou comprovado que o acusado trafegava em alta velocidade e sob a influência de álcool – por isso, foi pronunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 121, *caput*, por duas vezes, e 129, por quatro vezes, ambos do CP –, concluiu aquela Corte que recai sobre o Júri a competência para eventual desclassificação do delito de homicídio doloso para o crime previsto no art. 302 do CTB.[450] Enfim, uma vez verificada, na fase de pronúncia, a presença de elemento indiciário, por menor que seja, da existência de dolo eventual, deve o acusado ser submetido ao julgamento pelo Tribunal de Júri. É dizer, se o dolo eventual restar comprovado ao final da primeira fase do júri, o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, onde a defesa poderá desenvolver amplamente a tese contrária à imputação penal;[451]

b) Possibilidade de desclassificação pelo juiz sumariante (nossa posição): na primeira fase do Tribunal do Júri, ao juiz togado cabe apreciar a existência de dolo eventual ou culpa consciente do condutor do veículo que, após a ingestão de bebida alcoólica, ou depois de participação em competição não autorizada, ocasiona acidente de trânsito com resultado morte. Ora, se o conceito jurídico-penal acerca do que é dolo eventual já produz enormes dificuldades ao julgador togado, que emite juízos técnicos, apoiados em séculos de estudos das ciências penais, o que se pode esperar de um julgamento realizado por pessoas que não possuem esse saber e que julgam a partir de suas íntimas convicções, sem explicitação dos fundamentos e razões que definem seus julgamentos? O legislador criou um procedimento bifásico para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em que a primeira fase se encerra com uma avaliação técnica, empreendida por um juiz togado, o qual se socorre da dogmática penal e da prova dos autos, e mediante devida fundamentação, portanto, não se pode desprezar esse *filtro de proteção para o acusado* e submetê-lo ao julgamento popular sem que se façam presentes as condições necessárias e suficientes para tanto. Note-se que a primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri tem

449. STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.013.330/TO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/09/2018, DJe 03/10/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.142.134/CE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 04/09/2018, DJe 14/09/2018; STJ, 5ª Turma, HC 454.375/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 02/08/2018, DJe 10/08/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.688.027/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 21/06/2018, DJe 01/08/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no ARESsp 1.226.580/DF, REl. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 05/06/2018, DJE 12/06/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.006.681/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/03/2018, DJe 23/03/2018.

450. STJ, 5ª Turma, REsp 1.224.263/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 12/04/2011. No sentido de que as dúvidas, por ocasião da pronúncia, resolvem-se contra o acusado e a favor da sociedade, a teor do art. 413 do CPP, impedindo que órgão jurisdicional diverso que o Tribunal do Júri proceda à análise do elemento subjetivo da conduta do agente para fins de se afirmar a presença de dolo eventual ou culpa consciente: STJ, 5ª Turma, HC 199.100/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 4/8/2011. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, RHC 116.950/ES, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 31 13/02/2014. No sentido da inadmissibilidade de utilização do *habeas corpus* para fins de se obter a desclassificação de homicídio com dolo eventual para homicídio culposo (culpa consciente) na direção de veículo automotor: STF, 1ª Turma, HC 131.029/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, j. 17/05/2016/ STF, 2ª Turma, HC 132.036/SE, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29/03/2016.

451. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 693.045/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17/09/2015, DJe 22/09/2015; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.215.136/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 04/09/2018, DJe 14/09/2018. Em sentido semelhante: "(...) havendo elementos nos autos que, a princípio, podem configurar o dolo eventual, como *in casu* (presença de embriaguez ao volante, excesso de velocidade e tráfego na contramão, em rodovia federal de intenso movimento), o julgamento acerca da sua ocorrência ou da culpa consciente compete ao Tribunal do Júri, na qualidade de juiz natural da causa: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.013.330/TO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/09/2018, DJe 03/10/2018. No mesmo sentido: STJ, 5ª Turma, AgInt no AREsp 1.144.049/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 12/12/2017, DJe 19/12/2017; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.142.134/CE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 04/09/2018, DJe 14/09/2018.

o objetivo principal de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*iudicium accusationis*) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*iudicium causae*). Deste modo, não é consentâneo, aos objetivos a que representa na dinâmica do procedimento bifásico do Tribunal do Júri, a decisão de pronúncia relegar a juízes leigos, com a cômoda invocação da questionável regra do *in dubio pro societate*, a tarefa de decidir sobre a ocorrência de um estado anímico cuja verificação demanda complexo e técnico exame de conceitos jurídico-penais.[452]

15.5. Objeto material.

É o ser humano que suporta a conduta criminosa.

15.6. Consumação e Tentativa.

A consumação ocorre com a morte (crime material), a qual se verifica com a cessação da atividade encefálica, como determina o art. 3º, *caput*, da Lei n. 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Trata-se, pois, de crime instantâneo de efeitos permanentes, pois, embora a consumação ocorra em um único momento, seus efeitos são imutáveis.

Como é cediço, crimes culposos (salvo em relação à culpa imprópria) não admitem a tentativa. Com efeito, é impossível conceber a não produção de um resultado naturalístico indesejado por circunstâncias alheias à vontade do agente. O dolo da tentativa, como se sabe, é idêntico ao dolo da consumação. E no crime culposo não há dolo. Logo, não se admite a tentativa do crime do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

15.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 302 do CTB pode ser classificado da seguinte forma: a) **crime comum**: pode ser praticado por qualquer pessoa; b) **crime culposo:** o conceito de culpa já foi objeto de análise; c) **crime material**: o resultado morte é indispensável para a consumação do delito; d) **de forma parcialmente vinculada**: o tipo penal demanda que o homicídio culposo seja praticado na direção de veículo automotor; e) **comissivo**: pelo menos em regra, exige-se uma ação, porém, excepcionalmente, o delito poderá ser comissivo por omissão, se acaso presente uma das hipóteses do art. 13, §2º, do CP; f) **instantâneo de efeitos permanentes**: embora a consumação ocorra em um único momento, qual seja, a cessação da atividade encefálica, seus efeitos são imutáveis; g) **de dano**: há necessidade de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado; h) **unissubjetivo**: pode ser praticado por uma única pessoa; i) **plurissubsistente**: demanda vários atos, não admitindo, todavia, a tentativa, por se tratar de crime culposo; j) **não transeunte:** pelo menos em regra, costuma deixar vestígios, demandando, portanto, a realização de exame de corpo de delito direto (CPP, art. 158).

15.8. Causas de aumento de pena.

O art. 302, §1º, do CTB, incluído pela Lei n. 12.971/14, prevê, atualmente, quatro causas de aumento de pena para o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Como é sabido, as majorantes deverão incidir na terceira e última fase do cálculo da pena, estabelecendo-se, assim, a denominada *pena definitiva*. Diversamente do que ocorre com as agravantes, que não podem acarretar o aumento da pena a patamar superior aos limites cominados em abstrato pelo tipo penal, a aplicação de uma majorante pode acarretar a fixação da pena acima do máximo abstratamente cominado ao delito.

Na eventualidade da presença de mais de uma causa de aumento de pena, como na hipótese, por exemplo, de um crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor ser praticado em faixa de pedestres por alguém que não possuía permissão para dirigir ou carteira de habilitação, revela-se possível a aplicação, por analogia *in bonam partem*, da regra do art. 68, parágrafo único, do Código Penal ("No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua").

Para os Tribunais Superiores, a mera indicação do número de majorantes não pode conduzir ao aumento da pena acima do patamar mínimo. Nesse sentido, conquanto elaborada para o crime de roubo circunstanciado, parece-nos perfeitamente possível a aplicação dos ensinamentos constantes da súmula n. 443 do STJ ("O aumento na terceira

452. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, REsp 1.689.173/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 21/11/2017, DJe 26/03/2018. Admitindo que o juiz sumariante proceda à desclassificação da imputação de homicídio doloso, praticado a título de dolo eventual, para homicídio culposo na direção de veículo automotor (culpa consciente): STF, 2ª Turma, HC 113.598/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/12/2015.

fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes"). Destarte, incumbe ao julgador justificar a majoração com base em elementos concretos.

Enfim, no homicídio culposo na direção de veículo automotor, a pena será aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

I – não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação: com a ressalva de que se trata de causa de aumento de pena, e não de agravante, a majorante do art. 302, §1º, I, do CTB, assemelha-se à circunstância do art. 298, III, também do CTB. Logo, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos referidos comentários. Outrossim, é importante ressaltar que, por força do princípio da especialidade, a incidência da majorante do art. 302, §1º, I, do CTB, afasta a aplicação da agravante genérica prevista no art. 298, III, revelando-se indevida a aplicação simultânea de ambas, sob pena de evidente violação ao princípio do *ne bis in idem*. Por outro lado, por se tratar, o art. 309 do CTB ("Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano"), de crime de perigo concreto, não há falar em concurso formal de crimes entre tal delito e o art. 302 se o perigo criado pelo agente na direção de veículo automotor sem a devida permissão ou habilitação se concretizar na morte de alguém. Nesse caso, como o perigo concreto previsto no crime subsidiário do art. 309 do CTB realizou-se no resultado morte não desejado, o agente deverá responder, à luz do princípio da consunção, exclusivamente pelo crime do art. 302, §1º, I, do CTB;

II – praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada: consultar comentários ao art. 298, inciso VII, do CTB. A aplicação da majorante do art. 302, §1º, II, do CTB, é prioritária em relação à referida circunstância agravante;

III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente: não se pode confundir a presente causa de aumento de pena com o crime autônomo do art. 304 do CTB ("Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública"). Enquanto a majorante é aplicável àquele que deu causa ao homicídio culposo, o crime do art. 304 do CTB deve ser aplicado apenas ao condutor de veículo que, agindo sem culpa em relação a eventual homicídio ou lesão corporal, se envolver em acidente e não socorrer imediatamente a vítima. Exemplificando, se o agente "A", culposamente, atropelar e matar "B", deixando de prestar socorro quando possível fazê-lo sem risco pessoal, deverá responder pelo crime do art. 302, §1º, III, do CTB. Se o indivíduo "C", que também teve seu carro abalroado no local do acidente, deixar de socorrer "B", deverá responder pelo delito do art. 304 do CTB.[453] Portanto, em virtude da especificidade da majorante do art. 302, §1º, III, do CTB, afasta-se a adequação típica do art. 304.[454] Afora essa questão, a majorante assemelha-se ao referido delito. Logo, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, em relação a temas como, por exemplo, a morte instantânea da vítima, o socorro prestado por terceiros ou o risco de linchamento como causa de afastamento da elementar *sem risco pessoal*, remetemos o leitor aos comentários ao art. 304 do CTB. Noutro giro, se o motorista constatar, após a ocorrência do acidente por ele provocado, que a vítima corre risco de morte, necessitando de socorro imediato, e deliberadamente se negar a prestá-lo, abandonando-a de maneira consciente e deliberada com o objetivo de causar sua morte, deverá ser responsabilizado pelo resultado morte a título doloso a título de omissão imprópria, aplicando-se, *in casu*, a regra do art. 13, §2º, alínea "c", do Código Penal;[455]

IV – no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros: remetemos o leitor aos comentários à agravante do art. 298, inciso V, do CTB, com a ressalva de que, no caso da majorante em análise, a Lei n. 9.503/97 deixa claro que o agente deve estar no exercício de profissão ou atividade ligada,

453. No sentido de que a omissão de socorro praticada no contexto do art. 302 do CTB enquadra-se, em tese, como majorante do tipo, e não como o tipo autônomo previsto no art. 304 do CTB: STF, 2ª Turma, Ext. 1.514/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2018, DJe 58 23/03/2018.

454. No sentido de que a omissão de socorro praticada no contexto do art. 302 do CTB enquadra-se, em tese, como majorante do tipo, e não como o tipo autônomo previsto no art. 304 do CTB: STF, 2ª Turma, Ext. 1.514/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2018, DJe 58 23/03/2018.

455. É nesse sentido a lição de Bitencourt (op. cit. Vol. 2. p. 345). Para o referido autor, como a conduta anterior, mesmo que imprudente, "foi a causadora da situação de perigo, transformou-se no *garantidor*, tendo a obrigação de impedir que o resultado morte ocorra, e, não o fazendo, responde pela morte, dolosamente. Com isso, evidenciamos que se o evento morte não é consequência direta e imediata do sinistro provocado culposamente pelo motorista, mas da posterior falta de socorro dolosa, isto é, havendo condições de sobrevivência da vítima e vindo esta a falecer porque o motorista decide, com a representação consciente do resultado morte, deixar a vítima morrer, então aquele deverá ser responsabilizado pela prática de homicídio doloso, tipificado no art. 121, *caput*, CP. Nesse caso, o homicídio praticado em comissão por omissão o dolo projeta-se sobre o segundo momento do comportamento do motorista, que é omissivo (o primeiro foi comissivo), por isso, assume o papel de garantidor, nos termos do art. 13, §2º, *c*, CP".

naturalmente, à condução de veículo de transporte de passageiros, e não de carga.[456] Inviável, pois, a aplicação da majorante ao motorista que se encontrar em transporte *eventual* de passageiros, bem como àquele motorista profissional na direção de veículo de transporte *de cargas*. Nesse último caso, aplicar-se-á tão somente a agravante do art. 298, inciso V, do CTB.

15.9. Figuras qualificadas do homicídio culposo na direção de veículo automotor.

O §2º do art. 302 do CTB foi incluído pela Lei n. 12.971/14, prevendo, à época, duas qualificadoras para o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor: a primeira, se o crime fosse cometido por agente com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência; a segunda, na eventualidade de o crime ser cometido por agente que estivesse participando, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente. Em ambas as hipóteses, o agente estaria sujeito à pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor". Posteriormente, todavia, pelos motivos que serão expostos na sequência, esse §2º acabou sendo revogado pela Lei n. 13.281/16. Sem embargo de sua revogação, sua análise ainda se revela importante, sobretudo por força do Direito Intertemporal.

15.9.1. Homicídio culposo na direção de veículo automotor qualificado em virtude da participação em racha.

Com o objetivo de evitar que toda e qualquer morte culposa no trânsito praticada em um contexto de racha fosse considerada, aprioristicamente, como homicídio doloso praticado a título de dolo eventual, a Lei n. 12.971/14 introduziu a seguinte qualificadora na segunda parte do §2º do art. 302 do CTB, hoje revogado pela Lei n. 13.281/16: "Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência *ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente*: Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor."

À primeira vista, parece não haver nenhuma incongruência na referida qualificadora. Enfim, de modo a dar uma satisfação à sociedade a respeito de fatos que, efetivamente, mereciam uma maior resposta penal por parte do Estado, o legislador houve por bem introduzir uma qualificadora para o crime de homicídio culposo praticado no contexto de uma competição automobilística não autorizada, ou, ainda, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor. Até aí, de fato, nenhum problema.

Ocorre que a mesma Lei n. 12.971/14 também introduziu no art. 308 do CTB ("Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada") a qualificadora do §2º, nos seguintes termos: "Se da prática do crime previsto no *caput* resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo".

Como se pode notar, um crime idêntico foi introduzido no Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n. 12.971/14 em dois dispositivos legais diversos e – o que é pior – com penas diferentes. Com efeito, por mais que a doutrina tenha feito um esforço hercúleo para diferenciar as figuras delituosas do revogado §2º do art. 302 e do art. 308, §2º, ambos do CTB, fato é que estamos diante de uma mesma conduta, qual seja, a participação dolosa em racha (ou em exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor) seguida da morte culposa de alguém. Trata-se, portanto, não de um conflito *aparente*, mas sim de um conflito *real* de normas dentro de um mesmo diploma normativo – Lei n. 12.971/14 –, insolúvel, portanto, à luz dos clássicos princípios da consunção, alternatividade, especialidade ou subsidiariedade.

À época da vigência da Lei n. 12.971/14, houve quem dissesse que, a despeito das circunstâncias parecidas, as condutas delituosas seriam diversas.

456. No sentido de que o disposto no inciso IV do §1º do art. 302 do CTB impõe a majoração da pena quando o crime é cometido por agente no exercício de sua profissão de motorista, uma vez que, nesse caso, é maior o cuidado objetivo necessário, mostrando-se, pois, mais grave o seu descumprimento: STJ, 5ª Turma, HC 115.301/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/12/2011, DJe 02/02/2012.

Enquanto o art. 302, §2º, 2ª parte, seria espécie de crime culposo, o delito do art. 308, §2º, seria crime preterdoloso. Ou seja, enquanto o resultado morte previsto no art. 302 seria decorrente de culpa do agente, o mesmo resultado morte previsto no §2º do art. 308 decorreria de preterdolo. Para além disso, enquanto o revogado §2º do art. 302 fazia menção ao motorista que participava, *em via*, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente, o §2º do art. 308 tipifica a conduta do motorista que participa das mesmas condutas, porém em *via pública, e gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada.* Assim, caso o racha fosse praticado em via pública, gerando, previamente à ocorrência do resultado morte, situação de risco à incolumidade pública ou privada, aplicar-se-ia o tipo penal qualificado do art. 308, §2º, do CTB. Lado outro, se o racha não fosse realizado em via pública, ou fosse praticado sem a criação de risco à incolumidade pública ou privada, configurar-se-ia o crime do art. 302, §2º (hoje revogado), 2ª parte, do CTB.[457]

Com a devida vênia àqueles que tentaram estabelecer uma distinção entre tais figuras delituosas, não temos a menor dúvida em afirmar que estávamos diante de crimes semelhantes, punidos, porém, com penas diametralmente opostas. Em ambas as figuras delituosas, o que havia era uma conduta dolosa em relação à participação em racha, seguida de uma conduta culposa, qual seja a morte de alguém. Assim, como se revela inviável buscar qualquer tipo de coerência diante da insanidade introduzida pela Lei n. 12.971/14, outra solução não se apresentava senão aplicar o princípio do *in dubio pro reo* e o do *favor rei*,[458] de modo a se aplicar a norma penal mais branda, *in casu*, o art. 302, §2º, 2ª parte, e seu respectivo preceito secundário – reclusão, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.[459]

Tanto é verdade que os crimes eram idênticos que, de modo a pôr fim a tal controvérsia, a Lei n. 13.281, com vigência em 1º de novembro de 2016, revogou o §2º do art. 302 do CTB, subsistindo, desde então, para os crimes cometidos a partir de tal data, exclusivamente a figura do §2º do art. 308 para aquele indivíduo que dolosamente participar de racha (ou de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor), provocando, culposamente, a morte de outrem.

15.9.2. Homicídio culposo na direção de veículo automotor qualificado em virtude de o agente conduzir o veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Quando o Código de Trânsito Brasileiro entrou em vigor, não constava do art. 302 qualquer causa de aumento de pena ou figura qualificada para o fato de o condutor do veículo estar sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos. Foi somente com o advento da Lei n. 11.275, com vigência em data de 08 de fevereiro de 2006, que referida circunstância passou a funcionar como causa de aumento de pena (um terço à metade), nos termos do inciso V do parágrafo único do art. 302 do CTB. Ocorre que, na sequência, a Lei n. 11.705, vigente a partir do dia 20 de junho de 2008, revogou o referido inciso. Retornou-se, assim, à sistemática originária do CTB. Pouco tempo depois, todavia, com a Lei n. 12.971/14 (vigência em 1º/11/2014) essa circunstância foi reintroduzida no art. 302 do CTB, porém na condição de qualificadora, prevista na primeira parte do §2º do art. 302. A *vida útil* dessa qualificadora, porém, não foi tão longa, visto que foi revogada por ocasião da entrada em vigor da Lei 13.281 (1º de novembro de 2016). Enfim, incluído pela Lei n. 13.546/17 (vigência em 19 de abril de 2018), o §3º do art. 302 do CTB passou a dispor: "Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor".

Dessa quantidade praticamente *infinita* de leis que se sucederam no tempo, é possível chegar às seguintes conclusões, quanto ao direito intertemporal:

a) se a embriaguez (ou uso de drogas) ao volante seguida de homicídio culposo na direção de veículo automotor tiver sido cometida entre

457. É nesse sentido a lição de Bitencourt (op. cit. Vol. 2. p. 350).

458. Como observa Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 266), "não basta ser duvidoso o sentido do texto, para se resolver a favor do indiciado. Incumbe ao juiz lançar mão dos recursos da Hermenêutica, a fim de esclarecer o dispositivo, atingir a verdade, revelar o escopo alvejado pela prescrição legal. Só mesmo quando todo esse trabalho resulte inútil e a dúvida persista, será aconselhável pronunciar-se no sentido mais benigno, em prol do acusado. Aí, sim, terá cabimento o – *In dubio mitius interpretandum est;* ou – *Interpretationes legum poenoe molliendoe sunt potius quam asperandoe;* ou, ainda – *In poenalibus causis benignus interpretandum est* (1): 'Opte-se, na dúvida, pelo sentido mais brando, suave, humano'; 'Prefira-se, ao interpretar as leis, a inteligência favorável ao abrandamento das penas ao invés da que lhes aumente a dureza ou exagere a severidade'; 'Adote-se nas causas penais a exegese mais benigna'.".

459. Com entendimento semelhante: MARCÃO. Op. cit. p. 214.

os dias 8 de fevereiro de 2006 e 20 de junho de 2008, data de vigência das Leis 11.275 e 11.705, respectivamente, tratava-se de mera causa de aumento de pena (CTB, art. 302, parágrafo único, V). Todavia, a partir do momento em que a referida majorante foi revogada pela Lei n. 11.705/08, é evidente que se trata de *novatio legis in mellius*, que deve retroagir em benefício de todos aqueles condutores cuja pena foi majorada sob a égide da Lei n. 11.275/06;

b) se a embriaguez (ou uso de drogas) seguida de homicídio culposo na direção de veículo automotor tiver sido cometida entre os dias 1º de novembro de 2014 e 1º de novembro de 2016, data de vigência das Leis 12.971 e 13.281, respectivamente, funcionará como qualificadora (CTB, art. 302, §2º), sujeitando o agente à pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Ocorre que a qualificadora em questão foi revogada pela Lei n. 13.281/16, o que significa dizer que estamos novamente diante de uma *novatio legis in mellius*, que deve retroagir, portanto, em benefício de todos aqueles que foram condenados pela referida figura qualificada;

c) se a embriaguez (ou uso de drogas) seguida de homicídio culposo na direção de veículo automotor for cometida a partir do dia 19 de abril de 2018, data da vigência da Lei n. 13.546/17, o agente deverá responder pelo crime do art. 302, §3º, do CTB, sujeitando-se, pois, à pena de reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Importante notar que, diversamente da revogada qualificadora do §2º do art. 302 do CTB, que fazia menção explícita à condução de veículo automotor com *capacidade psicomotora alterada* em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, a nova qualificadora do §3º do art. 302 do mesmo *Codex* refere-se à condução de veículo automotor *sob a influência* de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. É dizer, para fins de incidência da novel qualificadora, não há necessidade que o agente esteja conduzindo o veículo automotor com a sua capacidade psicomotora alterada.[460] Basta que o faça sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Superada essa controvérsia quanto ao direito intertemporal, é possível dizer que o objetivo da Lei n. 13.546/17 ao reintroduzir a embriaguez ao volante como qualificadora do crime do art. 302 do CTB foi o de consagrar o entendimento de parte da doutrina pátria no sentido de que alguém conduzindo um veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência pode vir a provocar *culposamente* a morte de alguém, e não necessariamente a título de dolo eventual. Pretende o legislador, à evidência, pôr fim ao entendimento jurisprudencial dominante no sentido de que a embriaguez (ou uso de drogas) ao volante seguida da morte de alguém implica, necessariamente, na *presunção de dolo eventual*, sob o argumento de que "quem bebe ou faz uso de drogas e dirige assume o risco de produzir a morte de alguém".

Sem embargo da péssima técnica legislativa utilizada pela Lei n. 13.546/17 ao reintroduzir a embriaguez ao volante em um dos parágrafos do art. 302 do CTB – dessa vez no §3º, e não mais na primeira parte do revogado §2º do art. 302 –, sem, porém, fazer qualquer referência ao comportamento típico criminalizado pelo *caput*, daí não se pode concluir que estamos diante de um crime autônomo.

Não há qualquer dúvida no sentido de que estamos diante de uma figura qualificada do homicídio culposo na direção de veículo automotor. Primeiro porque a pena cominada pelo art. 302, §3º, do CTB – reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor – é sensivelmente mais gravosa do que aquela cominada à figura simples do homicídio culposo na direção de veículo automotor do *caput* do art. 302 do CTB (detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor). Segundo porque não faria sentido algum a previsão de um crime autônomo de embriaguez ao volante no §3º do art. 302 se já consta do próprio Código de Trânsito Brasileiro uma figura típica específica para aquele que conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência (art. 306). Por fim, fosse a intenção do legislador de criar um crime autônomo de conduzir veículo automotor sob a influência de álcool, jamais o teria feito inserindo-o topograficamente no mesmo artigo do homicídio culposo na direção de veículo automotor. Afinal, sob a lógica da hermenêutica, parágrafos e incisos não são dotados de autonomia tipológica, ficando diretamente vinculados ao *caput* do artigo e a

460. Para mais detalhes acerca do conceito de *capacidade psicomotora*, remetemos o leitor aos comentários ao art. 306 do CTB.

ele se encontram subordinados técnica, jurídica e dogmaticamente, não constituindo crimes autônomos completamente divorciados do crime descrito na base.

Enfim, cuida-se de verdadeira figura qualificada preterdolosa. De maneira dolosa, o agente conduz o veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Culposamente, leia-se, devido à diminuição dos reflexos e acentuada liberação de freios inibitórios inerentes ao consumo de álcool, o condutor do veículo dá ensejo à morte culposa de alguém. Por consequência, na eventualidade de um motorista ser flagrado conduzindo veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, em circunstâncias não vinculadas a um homicídio culposo de trânsito, aplicar-se-á a figura típica constante do art. 306 do CTB, que é figura autônoma e específica em relação à do art. 302, §3º, do mesmo *Codex*.

Reiterando o quanto exposto no tópico *culpa consciente e dolo eventual na direção de veículo automotor*, comungamos do entendimento segundo o qual a embriaguez do agente condutor do automóvel, por si só, não pode servir de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual em acidente de trânsito com resultado morte. De início, pontua-se que considerar que a embriaguez ao volante, de per si, já configuraria a existência de dolo eventual equivale admitir que todo e qualquer indivíduo que venha a conduzir veículo automotor em via pública com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool responderá por homicídio doloso, ao causar, por violação a regra de trânsito, a morte de alguém. Não se descura que a embriaguez ao volante é circunstância negativa que deve contribuir para a análise do elemento anímico que move o agente. Todavia, não é a melhor solução estabelecer-se, como premissa aplicável a qualquer caso relativo a delito viário, no qual o condutor esteja sob efeito de bebida alcóolica, que a presença do dolo eventual é o elemento subjetivo ínsito ao comportamento, a ponto de determinar que o agente seja submetido a Júri Popular mesmo que não se indiquem quaisquer outras circunstâncias que confiram lastro à ilação de que o acusado anuiu ao resultado lesivo. Diferente seria a conclusão se, por exemplo, estivesse o condutor do automóvel dirigindo em velocidade muito acima do permitido, ou fazendo, propositalmente, zigue-zague na pista, ou fazendo sucessivas ultrapassagens perigosas, ou desrespeitando semáforos com sinal vermelho, postando seu veículo em rota de colisão com os demais apenas para assustá-los, ou passando por outros automóveis "tirando fino" e freando logo em seguida etc. Enfim, situações que permitissem ao menos suscitar a possível presença de um estado anímico compatível com o de quem anui com o resultado morte. Assim, não se afigura razoável atribuir a mesma reprovação a quem ingere uma dose de bebida alcoólica e em seguida dirige um veículo automotor, comparativamente àquele que, após embriagar-se completamente, conduz automóvel na via.[461]

15.10. Questões diversas.

15.10.1. Conflito aparente de normas.

Ocorre o denominado conflito aparente de normas quando uma mesma conduta se encontra prevista em mais de uma norma penal incriminadora, devendo os operadores do direito valer-se de princípios lógicos e de processos de valoração jurídica do fato, a fim de atribuir ao agente infrator a tipificação exata em que se encontra incurso.

Especificamente quanto à hipótese em que o agente, sob a influência de álcool, causa a morte de alguém (ou lesão corporal) de maneira culposa, há controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto ao correto enquadramento típico. Vejamos as duas posições e seus respectivos argumentos:

a) **concurso de crimes entre o homicídio culposo (ou lesão corporal culposa) na direção de veículo automotor qualificado pela embriaguez ao volante e o crime de embriaguez ao volante**: a aplicação do princípio da consunção pressupõe que, havendo o agente incorrido em duas condutas típicas, uma possa ser entendida como necessária ou meio para a execução da outra. Na prática de dois crimes, para que um deles seja absorvido pelo outro, condenando-se o agente somente pela pena cominada ao delito principal, faz-se necessária a existência de uma conexão entre ambos, ou seja, que um deles haja sido praticado apenas como meio necessário para a prática de outro, mais grave. Os crimes de homicídio culposo (ou de lesão corporal

461. Com entendimento semelhante: STJ, 6ª Turma, REsp 1.689.173/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 21/11/2017, DJe 26/03/2018. Nessa linha, em caso concreto envolvendo a morte de uma pessoa por agente que conduzia seu veículo automotor *na contramão e sob a influência de álcool*, a 1ª Turma do STF (HC 124.687/MS, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 29/05/2018) considerou acertado o reconhecimento de homicídio doloso a título de dolo eventual, da competência do Tribunal do Júri, afastando o pedido da defesa no sentido do reconhecimento da culpa consciente. Na visão do referido Colegiado, o condutor teria assumido o risco ou, no mínimo, não se preocupado com o risco de, eventualmente, causar lesões ou mesmo a morte de outrem.

culposa) na direção de veículo automotor e os de embriaguez ao volante tutelam bens jurídicos distintos, de forma que, além de configurarem delitos autônomos, por tutelarem bens jurídicos diversos, também possuem momentos consumativos diferentes, não havendo que se falar, portanto, em absorção. Por conseguinte, na eventualidade de o agente dirigir um veículo automotor, em via pública, com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, envolvendo-se, posteriormente, em acidente de trânsito que vier a causar a morte (ou lesão corporal) de alguém, não se pode admitir a aplicação do princípio da consunção, pois a prática do primeiro crime é desnecessária para a consumação do segundo, e vice-versa. Deverá responder, portanto, pelo crime de embriaguez ao volante (CTB, art. 306, *caput*) em concurso material com o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor qualificado pela embriaguez ao volante (CTB, art. 302, §3º, incluído pela Lei n. 13.546/17) – ou, no caso da lesão corporal, pela figura qualificada do art. 303, §2º, primeira parte, sem que se possa objetar violação ao princípio do *ne bis in idem*, porquanto os ilícitos são praticados em contextos diversos;[462]

b) **homicídio culposo (ou lesão corporal culposa) na direção de veículo automotor qualificada pela embriaguez ao volante (nossa posição)**: de acordo com o princípio da subsidiariedade, haverá relação de primariedade e de subsidiariedade entre duas normas penais incriminadoras quando ambas descreverem graus diversos de violação a um mesmo bem jurídico, sendo a norma subsidiária, por possuir reprimenda menos grave, absorvida pela norma mais grave. O delito de embriaguez ao volante, por ser crime de perigo concreto, é subsidiário tácito do homicídio culposo na direção de veículo automotor qualificado pela embriaguez ao volante (CTB, art. 302, §3º), ou da lesão corporal culposa na direção de veículo automotor qualificada pela embriaguez ao volante (CTB, art. 303, §2º, primeira parte), estes sim, verdadeiros crimes de dano. Tutelando as figuras penais em questão a incolumidade pública, ainda que em graus diversos de proteção, tem-se que a ocorrência da norma mais grave, dotada de primariedade, acaba por absorver a incidência da norma menos grave, por ter natureza subsidiária. Enfim, firmada a premissa de que estamos diante de uma figura qualificada do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, se acaso praticado por alguém que esteja sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, impõe-se o reconhecimento do caráter subsidiário do crime de embriaguez ao volante previsto no art. 306 do CTB, sobretudo por se tratar de crime de perigo. É dizer, quando o agente, no mesmo contexto fático, conduzir o veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, dando causa ao resultado morte, de forma previsível, mas cujo risco não fora por ele assumido, deverá responder exclusivamente pelo delito do art. 302, §3º, do CTB, que terá o condão de absorver o delito do art. 306.

15.10.2. Excludentes da ilicitude.

É perfeitamente possível que uma conduta seja *tipicamente culposa*, porém não seja antijurídica, porquanto o agente estaria acobertado por uma causa excludente da ilicitude. Ora, se o motorista de uma ambulância, chamado com urgência para atender um acidente qualquer, atinge um pedestre durante o trajeto, causando sua morte, parece não haver dúvida de que eventual excesso de velocidade estaria justificado pelo estado de necessidade de terceiros, observados, logicamente, os demais requisitos do art. 24 do Código Penal.[463]

15.10.3. Descrição da modalidade da culpa e inépcia da peça acusatória.

Por força do art. 41 do CPP, dentre outros requisitos, a peça acusatória deve narrar o fato delituoso detalhadamente, fazendo menção às circunstâncias que o envolvem e que possam influir na sua caracterização, como, por exemplo, aquelas que digam respeito a qualificadoras, causas de aumento ou diminuição de pena, agravantes, etc. Essa descrição deve ser feita com dados fáticos da realidade, não bastando a simples repetição da descrição típica. Não basta, assim, limitar-se a parte acusadora a dizer que o acusado "subtraiu, para si ou para outrem, coisa alheia móvel", ou

462. Em sentido semelhante, referindo-se, todavia, à figura do *caput* do art. 303 do CTB: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 457.838/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/09/2018, DJe 01/10/2018. No sentido de que os crimes de embriaguez ao volante e o de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor são autônomos e o primeiro não é meio normal, nem fase de preparação ou execução para o cometimento do segundo, não havendo falar em aplicação do princípio da consunção: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.239.057/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 04/10/2018, DJe 11/10/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 442.850/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25/09/2018, DJe 11/10/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 457.838/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/09/2018, DJe 01/10/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.688.517/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/12/2017, DJe 15/12/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 442.850/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25/09/2018, DJe 11/10/2018.

463. Nesse sentido: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2. p. 333.

que teria "praticado homicídio culposo na direção de veículo automotor".

Especificamente quanto à imputação do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, deve constar da peça acusatória a descrição detalhada da modalidade da culpa, sob pena de violação à ampla defesa e consequente inépcia da peça acusatória. Como já se pronunciou o STJ, "(...) É ilegítima a persecução criminal quando, comparando-se o tipo penal apontado na denúncia com a conduta atribuída ao denunciado, verifica-se ausente o preenchimento dos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, necessário ao exercício do contraditório e da ampla defesa. O simples fato de o paciente estar na direção de veículo automotor no momento do acidente não autoriza a instauração de processo criminal pelo delito de homicídio culposo, porquanto o órgão ministerial não narrou a inobservância do dever objetivo de cuidado e a sua relação com a morte da vítima, de forma bastante para a deflagração da ação penal. A imputação, da forma como foi feita, representa a imposição de indevido ônus do processo ao paciente, ante a ausência da descrição de todos os elementos necessários à responsabilização penal decorrente da morte do operário. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para declarar a inépcia denúncia e anular, ab initio, o Processo n. 0015699-60.2014.815.2002, da 7ª Vara Criminal da Comarca da Capital/PB, sem prejuízo de que seja oferecida nova denúncia em desfavor do paciente, com estrita observância dos ditames previstos no art. 41 do Código de Processo Penal".[464]

15.11. Perdão judicial.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao art. 300 do CTB.

15.12. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Ao crime do art. 302, *caput*, do CTB é cominada uma pena de detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Em se tratando de crime capaz de produzir danos materiais, admite-se a aplicação da *multa reparatória* prevista no art. 297 do CTB. Nesse contexto, como já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: "(...) HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. APLICAÇÃO DA MULTA REPARATÓRIA PREVISTA NO ART. 297 DA LEI Nº 9.503/97. I - Havendo prejuízo material resultante da prática de crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro se mostra cabível a aplicação da multa reparatória prevista no art. 297 da Lei nº 9.503/97. II - Não há qualquer incompatibilidade na aplicação cumulativa da multa reparatória e da prestação pecuniária como substitutiva da pena privativa de liberdade".[465]

Tendo em conta que a pena máxima é superior a dois anos, não se trata de infração de menor potencial ofensivo. A competência será do juízo comum, aplicando-se o procedimento comum ordinário, nos termos do art. 394, §1º, I, do Código de Processo Penal. Não se admite a transação penal (Lei n. 9.099/95, art. 76), nem tampouco a suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/95, art. 89). No mais, ante o silêncio do CTB, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 100, *caput*).

> **Art. 303.** Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:
>
> Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> **§1º** Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1º do art. 302. (Renumerado do parágrafo único pela Lei n. 13.546, de 2017)
>
> **§2º** A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima. (Incluído pela Lei n. 13.546, de 2017)

16. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.

O crime do art. 303 do CTB nada mais é do que o crime de lesão corporal descrito pelo *caput* do art. 129 do Código Penal ("Ofender a integridade

464. STJ, 6ª Turma, HC 305.194/PB, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 11/11/2014, DJe 01/12/2014.

465. STJ, 5ª Turma, REsp 736.784/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/11/2005, DJ 13/03/2006 p. 362.

corporal ou a saúde de outrem"), porém praticado com *culpa* e *na direção de veículo automotor*. Cuida-se, portanto, de *tipo penal aberto*, já que não há uma descrição minuciosa da conduta criminosa. Incumbe ao intérprete, assim, fazer uso de um juízo de valor para constatar se, por ocasião da prática delituosa, o agente teria agido com inobservância do dever objetivo de cuidado na direção de veículo automotor, causando um resultado não desejado, porém objetivamente previsível.

16.1. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se a incolumidade física em sentido amplo: a integridade corporal e a saúde da pessoa humana.

16.1.1. Consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Como é sabido, o consentimento do ofendido, compreendido como a anuência do titular do bem jurídico ao fato típico praticado por alguém, é visto hodiernamente pela doutrina como uma causa supralegal de exclusão da ilicitude. Para tanto, o consentimento deve ser: a) expresso; b) livre, ou seja, não pode ter sido concedido em razão de coação ou ameaça; c) prévio: eventual anuência posterior à prática delituosa não afasta a ilicitude; d) capacidade para consentir: o ofendido deve ser plenamente capaz para consentir, ou seja, deve ter completado 18 anos de idade e não padecer de nenhuma anomalia suficiente para retirar sua capacidade de entendimento e autodeterminação; e) bem disponível: se o bem jurídico for indisponível, haverá interesse privativo do Estado, afastando-se a possibilidade de o ofendido renunciar à tutela em questão.

Levando-se em consideração que a integridade corporal é um bem disponível, desde que a lesão corporal não seja grave, nem tampouco gravíssima – prova disso é o fato de que os crimes de lesão corporal leve e culposa dependem de representação para a deflagração da persecução penal (Lei n. 9.099/95, art. 88) –, discute-se na doutrina se o fato de a vítima da lesão corporal ter voluntariamente consentido em participar de uma atividade perigosa realizada por um terceiro, concordando, por exemplo, em ir de carona em um veículo dirigido por motorista em alta velocidade, daí lhe resultando lesões corporais, poderia afastar a ilicitude da conduta do agente quanto ao crime de trânsito em questão. De um lado, há quem entenda que não haveria obstáculo à exclusão da ilicitude nesses casos. Assim, no exemplo acima citado, afastar-se-ia a ilicitude quando a vítima tivesse aquiescido ao excesso de velocidade do motorista, daí resultando um acidente e a produção dos ferimentos.[466] Com a devida vênia, partilhamos do entendimento no sentido de que o consentimento na exposição ao perigo realizado por outrem não implica necessariamente no consentimento quanto à produção do resultado de lesão corporal.[467]

16.2. Sujeitos do crime.

Estamos diante de um crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, habilitada ou não. O sujeito passivo, por sua vez, também pode ser qualquer pessoa.

16.3. Tipo objetivo.

A falta de técnica legislativa por ocasião da formulação do tipo penal do art. 303 do CTB pode levar o intérprete à conclusão no sentido de que o verbo núcleo do tipo seria *praticar* e que o objeto material do delito seria *lesão corporal culposa na direção de veículo automotor*. Todavia, partindo da premissa de que estamos diante de um **crime remetido**,[468] a correta leitura do art. 303 do CTB deve ser feita nos seguintes termos: "Ofender, culposamente, a integridade corporal ou a saúde de outrem, na direção de veículo automotor".

De acordo com o item 42 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, "o crime de lesão corporal é definido como ofensa à integridade corporal ou saúde, isto é, como todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental". Há necessidade, portanto, de algum dano ao corpo da vítima, interno ou externo, estando aí abrangida qualquer alteração prejudicial à saúde, inclusive problemas de natureza psíquica. A produção de dor e a irradiação de sangue do organismo do ofendido não são condições *sine qua non* para a configuração da lesão corporal. Como exemplos de ofensa à integridade física, assim compreendida a modificação anatômica prejudicial do corpo humano, podemos citar as fraturas, fissuras, escoriações, luxações, etc. Por outro lado, a ofensa à saúde compreende as perturbações fisiológicas ou mentais. Aquela deve ser compreendida como

466. É nesse sentido a lição de Cleber Masson (Op. cit. Vol. 1. p. 433).

467. Nessa linha: BITENCOURT. Op. cit. p. 365.

468. **Crime remetido** é aquele cuja definição remete a outros crimes, a exemplo do uso de documento falso, previsto no art. 304 do CP ("Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302").

o desarranjo no funcionamento de algum órgão do corpo humano, como, por exemplo, vômitos, paralisia momentânea, etc. Esta, como a alteração prejudicial da atividade cerebral (v.g., convulsão, depressão, etc.).[469]

16.4. Objeto material.

É a pessoa humana que suporta a conduta criminosa.

16.5. Tipo subjetivo.

A redação do tipo penal deixa evidente que o crime é punido exclusivamente a título culposo. Para mais detalhes acerca da estrutura típica dos crimes culposos, remetemos o leitor aos comentários ao art. 302 do CTB.

16.6. Consumação e tentativa.

Por se tratar de crime material, o art. 303 do CTB consuma-se com a efetiva lesão à integridade corporal ou à saúde da vítima. A pluralidade de lesões causadas à mesma vítima num único contexto fático não altera a unidade do crime, devendo ser sopesadas pelo juiz por ocasião da dosimetria da pena. Crimes diversos de lesão corporal estarão presentes quando houver pluralidade de vítimas, geralmente cometidos por meio de concurso formal de delitos (CP, art. 70).

Como estamos diante de um crime culposo, não se admite a tentativa. Afinal, é impossível conceber a não produção de um resultado naturalístico indesejado por circunstâncias alheias à vontade do agente. O dolo da tentativa, como se sabe, é idêntico ao dolo da consumação. E no crime culposo não há dolo.

16.7. Classificação doutrinária.[470].

O crime do art. 303 do CTB pode ser classificado da seguinte forma: a) **comum**; b) **material**; c) **culposo**; d) **de forma parcialmente vinculada**, pois exige que o agente esteja na direção de veículo automotor; e) **comissivo**; f) **instantâneo**; g) **de dano**; h) **unissubjetivo**; i) **plurissubsistente**.

16.8. Conflito aparente de normas.

São válidos aqui os comentários constantes do item 15.10.1.

16.9. Causas de aumento de pena.

De acordo com o art. 303, §1º, do CTB, renumerado pela Lei n. 13.546/17, aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do §1º do art. 302. Essas hipóteses já foram objeto de análise nos comentários ao art. 302, para onde remetemos o leitor.

16.10. Figuras qualificadas.

Em virtude do art. 303, §2º, do CTB, incluído pela Lei n. 13.546/17, a pena privativa de liberdade aplicável ao crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor será de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas no referido artigo (suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor) se ocorrer uma das seguintes hipóteses alternativas:

a) se o agente conduzir o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: essa primeira qualificadora do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor assemelha-se integralmente ao crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do CTB. Logo, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao referido dispositivo legal;

b) se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima: na lesão corporal culposa prevista no Código Penal (art. 129, §6º), não há distinção com base na gravidade dos ferimentos. Nesse caso, a lesão culposa é única e exclusivamente lesão culposa, ou seja, não se fala em lesão culposa leve, grave ou gravíssima. É dizer, ainda que a vítima tenha restado incapacitada para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, ou, então, que tenha resultado um aborto, a lesão será apenas *culposa*, sujeita, pois, à pena de detenção, de dois meses a um ano. Por se tratar de circunstância judicial desfavorável (*consequências do crime*), a gravidade da lesão, todavia, deverá ser sopesada pelo juiz por ocasião da dosimetria da pena (CP, art. 59, *caput*). Em sentido diverso, por força do acréscimo do §2º ao art. 303 do CTB pela Lei n. 13.546/17, a lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor passa a diferenciar a espécie de lesão a depender da gravidade dos ferimentos. Assim, se do crime do art. 303 resultar lesão corporal de natureza *grave* – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou

469. Nesse sentido, referindo-se, todavia, ao crime de lesão corporal do art. 129 do Código Penal: MASSON, Cleber. Op. cit. Vol. 2. p. 108.

470. Deixamos de conceituar novamente as espécies de crimes porque já o fizemos nos comentários ao art. 302 do CTB.

função ou aceleração de parto (CP, art. 129, §1º, I, II, III e IV) – ou *gravíssima* – incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização do membro, sentido ou função, deformidade permanente ou aborto (CP, art. 129, §2º, I, II, III, IV e V) –, o agente deverá ser responsabilizado pela figura qualificada do art. 303, §2º, *in fine*, do CTB. *A contrario sensu*, se do crime resultar lesão corporal de natureza *leve*, o correto enquadramento típico deverá ser feito à luz do *caput* do art. 303 do CTB.

16.11. Perdão judicial.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao art. 300 do CTB.

16.12. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Para melhor compreensão do assunto, o ideal é analisarmos, separadamente, cada uma das figuras delituosas da lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

a) lesão corporal culposa na direção de veículo automotor do art. 303, *caput*, do CTB: à figura do *caput* do art. 303 do CTB é cominada uma pena de detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Por se tratar de crime capaz de causar prejuízo material a uma pessoa determinada, admite-se a fixação da multa reparatória do art. 297 do CTB. Tendo em conta que a pena máxima não é superior a dois anos, trata-se, pelo menos em regra, de infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, logo, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitando-se, pois, ao procedimento comum sumaríssimo (CPP, art. 394, §1º, III). Atente-se, todavia, como exposto anteriormente, para o disposto no art. 291, §1º, do CTB, segundo o qual se aplica ao crime de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74 (composição civil dos danos), 76 (transação penal) e 88 (ação penal pública condicionada à representação), salvo se o agente estiver: I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). Outrossim, como a pena mínima cominada ao delito não é superior a 1 (um) ano, admite-se a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95;

b) lesão corporal culposa majorada (CTB, art. 303, §1º): a pena de detenção, de seis meses a dois anos, será aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do §1º do art. 302. Portanto, a pena cominada a esse delito será de detenção, de oito meses a três anos. Nesse caso, como a pena máxima é superior a dois anos, não se trata de infração de menor potencial ofensivo. A competência, portanto, não é dos Juizados Especiais Criminais, e sim do juízo comum, aplicando-se, *in casu*, o procedimento comum sumário (CPP, art. 394, §1º, II). Sem embargo, continua sendo cabível a suspensão condicional do processo, já que a pena mínima cominada ao delito não é superior a 1 (um) ano. A ação penal, por sua vez, será pública condicionada à representação, salvo se presente uma das hipóteses previstas no §1º do art. 291 do CTB;

c) lesão corporal culposa qualificada (CTB, art. 303, §2º): a pena privativa de liberdade cominada a esse delito é de reclusão de dois a cinco anos. A competência, portanto, é do juízo comum, aplicando-se o procedimento comum ordinário (CPP, art. 394, §1º, I). Não há falar em composição civil dos danos, transação penal, nem tampouco suspensão condicional do processo, porquanto referido delito não preenche os requisitos dos arts. 74, 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, respectivamente. Contra esse entendimento, poder-se-ia objetar que o art. 291, §1º, do CTB, faz referência expressa à aplicação, pelo menos em regra, aos crimes de trânsito de *lesão corporal culposa* do disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95, sem fazer qualquer ressalva quanto à modalidade delituosa em questão. Ocorre que, à época em que esse §1º do art. 291 do CTB foi concebido, sequer existia a lesão corporal culposa qualificada do art. 303, §2º, a qual foi incluída tão somente com a entrada em vigor da Lei n. 13.546/17. Portanto, sua aplicação deve ficar restrita às figuras do *caput* e do §1º do art. 303 do CTB, e não às modalidades de lesão corporal culposa qualificada do §2º do art. 303. Em conclusão, a ação penal também será pública condicionada à representação, salvo se presente uma das hipóteses previstas no §1º do art. 291 do CTB.

Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

17. OMISSÃO DE SOCORRO OU SOLICITAÇÃO DE AUXÍLIO EM CASO DE ACIDENTE DE TRÂNSITO.

Como o art. 304 do CTB faz referência à omissão de socorro *pelo condutor do veículo, na ocasião do acidente*, fica a impressão, pelo menos à primeira vista, que tal delito deve ser imputado ao condutor de veículo automotor que tenha provocado, culposamente, a morte ou lesões corporais em alguém. Ocorre que o próprio CTB prevê que o condutor, nesse caso, deverá responder pelo crime de homicídio culposo ou de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, com a pena majorada de 1/3 (um terço) à metade pela omissão de socorro (Lei n. 9.5034/97, art. 302,§1º, III, e art. 303, §1º, respectivamente).

Portanto, interpretando-se sistematicamente o Código de Trânsito Brasileiro, como o art. 304 do CTB faz referência ao condutor do veículo que, por ocasião do sinistro, deixa de prestar imediato socorro à vítima, o ideal é concluir que esse dispositivo deve ser aplicado apenas ao condutor de veículo que, agindo sem culpa em relação a eventual homicídio ou lesão corporal, se envolver em acidente e não socorrer imediatamente a vítima. Exemplificando, se o agente "A", culposamente, atropelar e matar "B", deixando de prestar socorro quando possível fazê-lo sem risco pessoal, deverá responder pelo crime do art. 302, §1º, III, do CTB. Se o indivíduo "C", que também teve seu carro abalroado no local do acidente, igualmente deixar de socorrer "B", deverá responder pelo delito do art. 304 do CTB.

Noutro giro, os demais participantes do tráfico viário, a exemplo de pedestres ou motoristas de outros veículos não envolvidos no acidente, que deixarem de prestar auxílio à pessoa ferida ou em iminente perigo de vida, deverão ser responsabilizados pelo crime de omissão de socorro do art. 135 do Código Penal.

17.1. Bem jurídico tutelado.

Imediatamente, o art. 304 do CTB visa à proteção da vida, da integridade corporal e da saúde da pessoa humana. Além disso, tutela mediatamente a solidariedade humana, pois todos os indivíduos devem auxiliar-se para a regular convivência em sociedade.

17.2. Sujeitos do crime.

Estamos diante de um **crime próprio**, pois o delito só pode ser praticado pelo agente que está na *condução do veículo envolvido com o acidente de trânsito.*[471] Outras pessoas que eventualmente estejam passando pelo local no momento do sinistro, como pedestres ou condutores de veículos não envolvidos no acidente, enfim, estranhos ao evento, também estão obrigadas a prestar socorro, mas por força do art. 135 do Código Penal, e não em virtude do art. 304 do CTB.

Noutro giro, o sujeito passivo é a vítima do acidente de trânsito que necessitar de socorro imediato. Subsiste o crime do art. 304 do CTB mesmo quando a vítima recusa a assistência de terceiros. Deveras, os bens jurídicos tutelados pelo crime em comento, destacando-se a vida, a integridade física e a saúde, são indisponíveis e irrenunciáveis. Desaparecerá o delito, todavia, quando a resistência da vítima impossibilitar a prestação de socorro, pois, nesse caso, estaria presente a elementar típica *justa causa*, a qual, pelo em tese, afasta a tipicidade da primeira conduta ali prevista, porém obriga, ainda assim, o seu causador a pedir auxílio da autoridade pública.

17.3. Tipo objetivo.

São duas as condutas incriminadas pelo art. 304 do CTB:

a) deixar de prestar imediato socorro à vítima (socorro direto): significa não socorrer quem se encontra em perigo. Esta é a obrigação precípua do condutor do veículo envolvido no acidente de trânsito. A ele incumbe prestar imediato socorro à vítima. Afasta-se a tipicidade *exclusivamente dessa primeira conduta*, todavia, se houver *justa causa*, assim compreendido o impedimento grave e sério que impeça o socorro, como, por exemplo, lesões sofridas pelo motorista, risco de morte, destruição

471. Nessa linha: MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 147.

total ou parcial dos veículos, confusão mental momentânea, etc.;

b) deixar de solicitar auxílio da autoridade pública, quando não for possível fazê-lo diretamente por justa causa (socorro indireto): a segunda conduta consiste em deixar de solicitar auxílio da autoridade pública (v.g., bombeiros, policiais, agentes de trânsito, etc.) para socorrer quem está em perigo. O legislador ordenou as formas de conduta propositadamente. Inicialmente, o agente, se puder fazê-lo sem risco pessoal, deve prestar socorro à vítima. Se não puder fazê-lo por algum motivo razoável – atente-se para a elementar típica *justa causa* –deverá solicitar o auxílio da autoridade pública. Não o fazendo, também poderá responder pelo crime do art. 304 do CTB. Como se percebe, são dois momentos distintos, e qualquer uma das formas de omissão caracteriza o crime definido pelo Código de Trânsito. De todo modo, é importante perceber que o tipo penal não impõe o dever de atuar de forma alternativa. Na verdade, a segunda modalidade é incriminada tão somente se o agente, *por justa causa*, não puder prestar socorro diretamente.

Trata-se de típica hipótese de crime omissivo próprio ou puro, pois a omissão é descrita pelo próprio tipo penal.

17.3.1. Omissão suprida por terceiros, vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

Consoante disposto no parágrafo único do art. 304 do CTB, "incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves".

À exceção da ressalva quanto aos *ferimentos leves*, essa regra recebe duras críticas por parte da doutrina. De fato, parece evidente que não se pode falar em omissão de socorro quando a vítima for socorrida por terceiros, quiçá inclusive melhor aparelhados a tanto, visto que, nessa hipótese, o ofendido estará protegido do perigo que justifica a punição do omitente.

Noutro giro, também se revela absurda a possibilidade de imputação do crime do art. 304 do CTB quando ocorrer a morte instantânea da vítima, de maneira nítida e clara, vez que não haverá razão para legitimar a exigência da prestação de socorro. Ora, em tal hipótese, nada poderia o sujeito fazer se constatasse que a vítima já estaria morta (v.g., cabeça separada do corpo), de tal sorte que, se houvesse socorro, este seria prestado a um cadáver e não a alguém que estivesse ferido. Cuida-se, pois, de verdadeiro crime impossível em virtude da absoluta impropriedade do objeto (CP, art. 17).[472]

Logicamente, quando não houver certeza absoluta da morte instantânea da vítima, admite-se a punição do omitente pelo crime do art. 304 do CTB. Afinal, por ocasião do acidente de trânsito, não cabe ao condutor do veículo fazer um prognóstico no sentido de que a vítima viria a falecer ainda que o socorro fosse por ela prestado. A propósito, em caso concreto em que o paciente pretendia a desconsideração da causa de aumento de pena prevista no art. 121, §4º, do CP, sob a alegação de que, diante da morte imediata da vítima, não seria cabível a incidência da causa de aumento de pena em razão de o agente não ter prestado socorro, a 2ª Turma do STF concluiu que tal alegação seria improcedente, pois ao autor do delito não caberia proceder à avaliação quanto à eventual ausência de utilidade de socorro.[473]

Por fim, à semelhança do quanto previsto na causa de aumento de pena do homicídio culposo na direção de veículo automotor – art. 302, §1º, III, do CTB ("Deixar de prestar socorro, *quando possível fazê-lo sem risco pessoal*, à vítima do acidente") –, em que a ausência de *risco pessoal* foi alçada à categoria de verdadeira elementar, é de rigor a conclusão no sentido de que a presença dessa ameaça iminente à pessoa do condutor do veículo, impedindo-o de prestar imediato socorro à vítima e de solicitar auxílio da autoridade pública, afasta a tipificação do crime do art. 304. Destarte, na eventualidade de o agente deixar o local do acidente por temer algum tipo de represália (v.g., linchamento) por parte dos parentes da vítima ou até mesmo de terceiros, não há que se falar em adequação típica do crime do art. 304 do CTB, nem tampouco da majorante acima citada.

17.4. Objeto material.

É a vítima do acidente a quem o agente deixa injustificadamente de prestar socorro, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixa de solicitar auxílio da autoridade pública.

17.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título doloso (direto ou eventual). O tipo penal não contém

472. Nessa linha: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 207.

473. STF, 2ª Turma, HC 84.380/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/04/2005, DJ 03/06/2005. Como já se pronunciou o STJ, "(...) irrelevante o fato de a vítima ter falecido imediatamente, tendo em vista que não cabe ao condutor do veículo, no instante do acidente, supor que a gravidade das lesões resultou na morte para deixar de prestar o devido socorro". (STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag n. 1.140.929/MG, Rel. Min. Laurita Vaz).

nenhum elemento subjetivo específico, e não se admite a modalidade culposa. O agente deve ter conhecimento da situação de perigo para a vida ou para a saúde da vítima. Caso não tenha essa consciência, haverá erro de tipo: se invencível, afasta-se o dolo e a culpa; se vencível, exclui-se apenas o dolo, restando a culpa, se prevista em lei, o que não é o caso do art. 304 do CTB.

17.6. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito no exato instante em que o agente deixa de afastar o perigo, quando possível fazê-lo. Quanto à segunda modalidade, no momento em que o agente deixa de solicitar o auxílio da autoridade pública.

Por se tratar de crime omissivo próprio, a tentativa é inadmissível. É dizer, se ainda há tempo hábil para o agente atuar, não há que se falar em *conatus*, pois sequer teve início a execução do delito. Porém, a partir do momento em que não mais lhe for possível prestar socorro ou solicitar auxílio da autoridade pública, o delito já estará consumado.

17.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 304 do CTB pode ser classificado da seguinte forma: a) **próprio:** o tipo penal exige uma qualidade especial do sujeito ativo; b) **formal;** c) **omissivo próprio ou puro,** pois a omissão está descrita pelo tipo penal; d) **de perigo abstrato;** e) **de forma livre;** f) **unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual;** g) **unissubsistente;** h) **instantâneo**.

17.8. Princípio da subsidiariedade expressa.

O preceito secundário do art. 304 do CTB é claro ao ressalvar "detenção, de seis meses a um ano, ou multa, *se o fato não constituir elemento de crime mais grave*". Portanto, na eventualidade de a omissão de socorro funcionar como elemento de crime mais grave, o agente responderá apenas por este.

Aplica-se, *in casu*, o princípio da subsidiariedade, segundo o qual a configuração do tipo penal que descreve a forma mais grave de agressão exclui a aplicação daquele que descreve a forma de agressão menos grave. Pelo menos em regra, essa relação de subsidiariedade ocorre entre crimes de perigo e de dano. Nesse caso, configurado o dano ao objeto da tutela penal, não se aplica a norma penal que incrimina o perigo. Por consequência, se ocorrer um homicídio culposo ou uma lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, crimes de dano à vida e à integridade corporal ou saúde de outrem, respectivamente, deverá ser excluída a aplicação da omissão de socorro (art. 304), já que esta descreve crimes de perigo contra os mesmos bens jurídicos. Nessa hipótese, aliás, a majorante do art. 302, §1º, III, do CTB ("deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente") deverá ser aplicada aos crimes dos arts. 302 e 303.

17.9. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Ao crime do art. 304 do CTB é cominada uma pena de detenção, de seis meses a um ano, ou multa. Por se tratar de crime que pode causar prejuízo material a uma pessoa determinada, admite-se a fixação da multa reparatória do art. 297 do CTB. Tendo em conta que a pena máxima não é superior a dois anos, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, logo, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitando-se, pois, ao procedimento comum sumaríssimo (CPP, art. 394, §1º, III). Pelo menos em tese, é cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo. No mais, ante o silêncio do CTB, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 100, *caput*).

> **Art. 305.** Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:
>
> **Penas** - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

18. FUGA DE LOCAL DE ACIDENTE.

Diversamente do disposto no art. 121, §4º, do Código Penal, em que se prevê uma mera *causa de aumento de pena* para o crime de homicídio culposo se o agente foge para evitar prisão em flagrante, o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro incrimina, autonomamente, o fato de o condutor do veículo se afastar do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída.

18.1. Bem jurídico tutelado.

O tipo penal do art. 305 do CTB tem como bem jurídico tutelado a *administração da Justiça*, pois essa atitude pode vir a causar certos prejuízos

à correta identificação do condutor do veículo, assim como à apuração de sua responsabilidade penal ou civil. De mais a mais, em casos de acidentes com vítimas, a permanência do condutor do veículo no local também funciona como um importante fator de solidariedade a incrementar, ainda que indiretamente, a proteção à vida e à integridade física da vítima.

18.2. (In) constitucionalidade da criminalização da evasão do local do acidente.

Duas são as correntes acerca da constitucionalidade do tipo penal do art. 305 do CTB:

a) **inconstitucionalidade por violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, proporcionalidade e vedação à prisão civil por dívida (nossa posição)**: pelo simples fato de alguém estar na condução de um veículo, não se pode conceber a premissa de que o motorista que se envolver em um acidente de trânsito tenha que aguardar a chegada da autoridade competente para averiguação de eventual responsabilidade civil ou penal, sob pena de se impor ao condutor a obrigação de produzir prova contra si mesmo, violando-se, assim, o princípio do *nemo tenetur se detegere* (CF, art. 5º, LXIII; CADH, art. 8º, §2º, "g"). Afinal, a permanência do agente no local do acidente representa, *de per si*, inequívoca fonte de prova pelo menos no tocante à autoria de eventual crime de trânsito. Há, ademais, evidente violação ao princípio da proporcionalidade, pois àquele que foge para não ser preso em flagrante pela prática de qualquer outro crime, quiçá inclusive mais graves (v.g., hediondos), não se imputa nenhum crime. Afigura-se inviável, portanto, vislumbrar outra responsabilidade penal a ser imputada ao motorista que se evade do local em que estivera envolvido em acidente de trânsito com vítima que não a omissão de socorro, prevista no art. 304 do CTB. Ademais, se o condutor que se encontra nessas circunstâncias, que resultaram apenas em danos materiais, pode ter sua liberdade cerceada, estar-se-ia criando uma nova modalidade de prisão por responsabilidade civil, matéria que encontra limites constitucionais que não podem ser ultrapassados pelo legislador ordinário, haja vista o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que impede a prisão civil por dívida, afora as hipóteses ali excetuadas. Enfim, a evasão do local do acidente pode até ser imoral, mas jamais pode ser tratada como criminosa. Logicamente, se houver vítima de lesão corporal que demande a prestação de socorro, haverá a tipificação do delito do art. 304 do CTB;[474]

b) constitucionalidade da criminalização da fuga do local do acidente: no julgamento de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida,[475] o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 305 do CTB. Aprovou, ademais, a seguinte tese: "A regra que prevê o crime do art. 305 do CTB é constitucional posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e as hipóteses de exclusão de tipicidade e de antijuridicidade". À semelhança do que já fora decidido pelo Supremo no julgamento do RE 640.139, quando se afirmou que o princípio constitucional da autoincriminação não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de ocultar maus antecedentes, prevaleceu o entendimento de que não há direitos absolutos e que, no sistema de ponderação de valores, há de ser admitida certa mitigação, até mesmo do princípio da não autoincriminação. Na visão da Corte, a exigência de permanência no local do acidente e de identificação perante a autoridade de trânsito não obriga o condutor a assumir expressamente sua responsabilidade civil ou penal e tampouco enseja que seja aplicada contra ele qualquer penalidade caso assim não o proceda. Na verdade, a depender do caso concreto, a sua permanência no local pode até constituir um meio de autodefesa, na medida em que terá a oportunidade de esclarecer, de imediato, eventuais circunstâncias do acidente que lhe sejam favoráveis. Citou-se, ademais, a Convenção de Viena sobre Trânsito Viário, internalizada no Brasil pelo Decreto n. 86.714/81, cujo art. 31, item n. 1, alínea "d", prevê que o condutor ou qualquer outro usuário da via implicado em acidente de trânsito deverá, se houver mortos ou feridos, advertir a polícia e permanecer ou voltar ao local até a chegada da autoridade, a menos que tenha sido autorizado para abandonar o local ou que deva prestar auxílio às vítimas ou ser ele próprio socorrido.

18.3. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime do art. 305 do CTB é apenas o condutor do veículo que se afasta do

474. Com entendimento semelhante: DELMANTO. Op. cit. p. 470; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 219; BIRRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. Op. cit. p. 210; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Econômico*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 385. Na mesma linha, porém no âmbito dos Tribunais de Justiça: TJSC, Órgão Especial, Arguição de Inconstitucionalidade n. 2009.026222-9/0001.00, Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 01/06/2011.

475. STF, Pleno, RE 971.959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14/11/2018.

local do sinistro. Pela dicção do texto legal, não é necessário que o acidente seja consequência da prática de um crime de trânsito, nem que o motorista tenha provocado o acidente a título de dolo ou culpa. Na verdade, não consta do tipo penal qualquer exigência quanto à demonstração de culpa do condutor do veículo na causação do acidente como requisito para aferir a relevância do seu afastamento do local do acidente.[476]

Para além de exigir uma qualidade especial do agente – condutor do veículo envolvido no acidente –, o art. 305 do CTB também demanda que a conduta de se afastar do local do sinistro seja por ele praticada. É dizer, a execução dessa conduta é intransferível, indelegável, devendo ser levada a efeito pelo próprio agente, isto é, com as próprias mãos, sendo inviável a delegação da execução à terceira pessoa. Trata-se, portanto, de verdadeiro **crime de mão própria, de atuação pessoal ou de conduta infungível**, assim compreendido como aqueles que só podem ser praticados pela pessoa expressamente indicada no tipo penal (v.g., falso testemunho).

O sujeito passivo primário é a Administração da Justiça. Secundariamente, a vítima do crime ou aquele que sofreu prejuízo de natureza patrimonial.

18.3.1. Concurso de agentes.

Por se tratar de **crime de mão própria**, o concurso de agentes é admitido apenas na modalidade de participação. Como já se pronunciou o STJ, "(...) conquanto não seja possível a coautoria no delito de afastamento do local do acidente (CTB, art. 305), posto tratar-se de crime *próprio* do condutor do veículo, é perfeitamente admissível a participação, nos termos do Código Penal, art. 29. (...)".[477]

18.4. Tipo objetivo.

Afastar-se consiste em distanciar-se, apartar-se, enfim, colocar-se à certa distância de um lugar, *in casu*, do local do acidente.

Diversamente do que ocorre em outros tipos penais constantes do CTB, em que o legislador faz referência expressa ao veículo automotor (v.g., art. 306), o legislador não especificou no art. 305 o tipo de veículo. Por isso, há quem entenda que se pode cogitar de acidentes envolvendo não apenas veículos automotores, mas também veículos de tração animal ou humana, como charretes e bicicletas, respectivamente.[478] Com a devida vênia, não nos parece ser essa a melhor conclusão. Primeiro por força de uma interpretação sistemática dos crimes previstos entre os arts. 302 e 312 do CTB. Segundo porque o próprio art. 291 faz referência explícita aos crimes cometidos na direção de *veículos automotores* previstos neste Código.[479]

A tipificação do delito não está condicionada à constatação de nenhum resultado como consequência do afastamento do condutor do veículo do local do sinistro. Cuida-se, pois, de crime de mera conduta.

18.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo, direto ou eventual, consubstanciado na vontade e consciência do condutor do veículo de se afastar do local do acidente. Para além do denominado *dolo genérico*, o tipo penal também exige a presença de um *especial fim de agir (dolo específico)*, qual seja, *para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída*. Por consequência, se restar evidenciado que o condutor do veículo se evadiu do local do acidente, porém sem que tivesse conhecimento da ocorrência de danos materiais ou de ter havido vítima com lesões corporais ou morte, não será possível lhe imputar o crime do art. 305 do CTB.

Noutro giro, eventual risco de agressões que o condutor possa sofrer por parte dos envolvidos ou uma lesão corporal por ele sofrida que exija o abandono do local do acidente pode vir a justificar a conduta do agente, funcionando como causa excludente de ilicitude, seja como legítima defesa, seja como estado de necessidade.

18.6. Consumação e tentativa.

A consumação do delito ocorre com o afastamento do condutor do veículo do local do acidente. Por mais que o agente assim o faça para *fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída*, é de todo irrelevante o aperfeiçoamento desse resultado para fins de consumação do delito.

Conquanto estejamos diante de um crime de mera conduta, admite-se a tentativa. Ora, pelo menos em tese, é perfeitamente possível que o condutor do veículo não tenha êxito em se afastar do local

476. Para Bitencourt (op. cit. p. 386), cuida-se de crime comum, pois o simples fato de ser, necessariamente, condutor de veículo que se envolveu em acidente de trânsito, não cria uma condição ou qualidade especial do autor. Afinal, qualquer pessoa pode estar dirigindo o veículo, inclusive alguém não habilitado.

477. STJ, 5ª Turma, HC 14.021/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 28/11/2000, DJ 18/12/2000. Com a devida vênia, o art. 305 do CTB é espécie de crime de mão própria, e não próprio, como consta da ementa transcrita.

478. Nessa linha: BITENCOURT. Op. cit. p. 386.

479. Com esse entendimento: POLASTRI. Op. cit. p. 128.

do acidente em virtude de circunstâncias alheias a sua vontade, como, por exemplo, a interferência de outros motoristas e/ou pedestres. Nesse caso, deverá responder pelo crime do art. 305 do CTB, na forma do art. 14, inciso II, do Código Penal.

18.7. Classificação doutrinária.

Podemos classificar o delito do art. 305 do CTB da seguinte forma: a) **de mão própria;** b) **de mera conduta;** c) **de forma livre;** d) **de perigo abstrato;** e) **comissivo;** f) **instantâneo;** g) **unissubjetivo**; h) **plurissubsistente.**

18.8. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Ao crime do art. 305 do CTB é cominada uma pena de detenção, de seis meses a um ano, ou multa. A pena de multa prevista no preceito secundário do crime sob comento não é a reparatória constante do art. 294 do CTB, já que estamos diante de um crime de mera conduta, daí por que não se pode cogitar de prejuízo material dele resultante. Como a pena máxima não é superior a dois anos, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, logo, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitando-se, pois, ao procedimento comum sumaríssimo (CPP, art. 394, §1º, III). Pelo menos em tese, é cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo. No mais, ante o silêncio do CTB, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 100, *caput).*

> **Art. 306.** Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei n. 12.760, de 2012)
>
> **Penas** - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> §1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei n. 12.760/12)
>
> I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Redação dada pela Lei n. 12.760, de 2012)
>
> II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Redação dada pela Lei n. 12.760, de 2012)
>
> §2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei n. 12.971, de 2014)
>
> §3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei n. 12.971, de 2014)

19. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.

Segundo a Polícia Rodoviária Federal (PRF), a ingestão de álcool foi a terceira maior causa de mortes por acidente de trânsito no ano de 2016, perdendo apenas para a falta de atenção e excesso de velocidade. E os jovens de 20 a 24 anos são a faixa etária mais atingida.[480]

Essa verdadeira carnificina instalada no trânsito brasileiro pode ser constatada através de alguns dados: a) 43,95% dos mortos em razão de acidentes de trânsito no ano de 2005 na cidade de São Paulo tiveram a alcoolemia atestada em autópsia; b) segundo o IPEA, o custo da violência no trânsito no Brasil alcança a incrível marca de 30 bilhões por ano; c) são 120 mil internações por ano, o que subtrai leitos do tratamento de outras patologias e acidentes pessoais e trabalhistas. A título de exemplo, em determinado ano, o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP teve 70% de seus leitos ocupados por vítimas da violência no trânsito; d) são hoje 30 mil brasileiros cadeirantes em razão de acidentes de trânsito; e) varia entre 40 e 50 mil o número de mortes por ano, sendo 500 mil feridos, dos quais cerca de 180 mil terminam suas vidas com lesões irreversíveis.

Esse alto índice de sinistralidade envolvendo pessoas que fizeram uso de bebida alcóolica ou drogas, mas que, mesmo assim, se põem a dirigir um veículo automotor, demonstra a necessidade da intervenção do Direito Penal, porque esse tipo de conduta ao volante expõe os demais participantes no tráfico viário a uma situação potencial de perigo

480. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/05/1888678-acidentes-de-transito-custaram-23-do-pib-do-brasil-em-2016-diz-pesquisa.shtml. Acesso em: 14/11/2018.

que, ano após ano, vem provocando uma série de resultados lesivos à vida, à integridade física, à saúde e ao patrimônio das pessoas. Ainda que se queira objetar que a tipificação da embriaguez ao volante funcione como uma antecipação da tutela penal, fato é que essa atuação preventiva do legislador visa coibir um comportamento extremamente perigoso, evitando-se, assim, a ocorrência de lesão aos bens jurídicos acima referidos.

Sem embargo da importância da elaboração de uma resposta penal adequada e eficaz para a prevenção desse tipo de comportamento, o legislador pátrio tem enfrentado sérias dificuldades no tocante à tipificação do delito de embriaguez ao volante. Com efeito, desde a entrada em vigor da Lei n. 9.503/97 no dia 23 de janeiro de 1998, a redação do *caput* do art. 306 do CTB já foi alterada duas vezes, primeiro pela Lei n. 11.705/08 e, na sequência, pela Lei n. 12.760/12. Isso sem contar as mudanças produzidas nos §§2º e 3º pelas Leis 12.760/12 e 12.971/14. Daí sobressai a importância de se fazer uma análise do art. 306 do CTB não apenas em sua redação atual, mas também comparando-a com os textos anteriores, porquanto estamos diante da sucessão de leis penais no tempo, cujo conflito deve ser resolvido à luz do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL).

19.1. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se a segurança viária, interesse de natureza transindividual, vez que pertence a todos aqueles que participam do tráfico por meio de vias terrestres. Como dispõe o próprio CTB em seu art. 1º, §2º, "o trânsito, em condições seguras, *é um direito de todos* e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito".[481]

19.2. Crime de perigo abstrato.

Por ocasião da entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, o art. 306 possuía a seguinte redação: "Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, *expondo a dano potencial a incolumidade de outrem*". Como se percebe, tinha-se aí um crime de *perigo concreto*. Assim, ainda que o agente conduzisse o veículo automotor completamente embriagado, se acaso não restasse demonstrado risco concreto de dano (v.g., excesso de velocidade, zigue-zague, contramão da direção, etc.), sua conduta seria atípica.

Ocorre que essa referência expressa ao perigo de dano no tipo penal foi suprimida com a nova redação conferida ao art. 306 pela Lei n. 11.705/08 ("Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência"). Desde então – a nova redação dada ao art. 306 do CTB pela Lei n. 12.760/12 não produziu qualquer alteração em relação à matéria –, a embriaguez ao volante segue como espécie de crime de perigo abstrato. É dispensável, portanto, a identificação de pessoas ou coisas que tenham sido efetivamente submetidas ao risco de serem atingidas, sofrendo lesão, em virtude do comportamento do agente.[482]

Nesse sentido, como já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, "(...) os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico. O simples fato de conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool caracteriza a conduta descrita no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, por se tratar de crime de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva, razão pela qual é impossível a aplicação do princípio da insignificância na espécie".[483]

481. No sentido de que o bem jurídico tutelado pelo art. 306 do CTB é a segurança viária e, de forma indireta, a incolumidade pública: STJ, 5ª Turma, HC 166.117/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 03/05/2011, DJe 01/08/2011.

482. No sentido de que a alteração da capacidade motora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, consoante o § 2º do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, é regra de cunho relativo à prova, que poderá ser constatada por teste de alcoolemia, ou outros meios de prova em direito admitidos, *sendo despicienda a demonstração de efetiva potencialidade lesiva da conduta*: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.638.451/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/05/2017, DJe 11/05/2017.

483. STJ, 5ª Turma, HC 343.050/SE, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 26/09/2017, DJe 06/10/2017. No sentido de que o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, dispensando-se, pois, a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta do agente: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.241.914/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/06/2018, DJe 28/06/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.241.318/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 10/04/2018, DJe 25/04/2018.

A tipificação da embriaguez ao volante como crime de perigo abstrato não pode ser taxada de inconstitucional em virtude de suposta violação ao princípio da ofensividade. A objetividade jurídica desse delito transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. Assim, é de todo irrelevante indagar se o comportamento do agente atinge, ou não, algum bem jurídico tutelado, sendo legítima a opção legislativa por objetivar a proteção da segurança da própria coletividade. Não há necessidade de se comprovar risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. Basta que seja comprovado que o agente conduzia veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.[484]

19.3. Sujeitos do crime.

Estamos diante de um crime comum, passível de ser praticado por qualquer pessoa, habilitada ou não, já que o tipo penal não faz qualquer exigência em relação ao sujeito ativo.

Noutro giro, por se tratar de crime que atenta contra a segurança viária, o sujeito passivo é a coletividade (crime vago).

19.4. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo penal é *conduzir*, que tem o significado de guiar, dirigir, *in casu*, um veículo, colocando-o em movimento mediante o acionamento dos mecanismos do automotor.

Antes da entrada em vigor da Lei n. 12.760/12, o crime de embriaguez ao volante só restaria caracterizado se a condução do veículo automotor ocorresse em *via pública*. Com a nova redação conferida ao art. 306, *caput*, do CTB, pelo referido diploma normativo, essa elementar espacial *via pública* foi suprimida do tipo penal. Por consequência, a tipificação do delito não mais está condicionada ao fato de a embriaguez ao volante ser praticada em *via pública*. O delito, portanto, pode restar caracterizado em qualquer local público (não necessariamente via pública), mas também no interior de uma propriedade privada (v.g., sítio, fazenda, etc.), o que representa considerável ampliação no alcance da regra punitiva. Esse ajuste guarda coerência com a tipificação dos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposas na direção de veículo automotor (CTB, arts. 302 e 303, respectivamente), em que também não há referência à *via pública*.[485] Trata-se, à evidência, de *novatio legis in pejus*, daí por que essa nova redação típica só pode ser aplicada para os crimes praticados a partir da vigência da Lei n. 12.760/12 (21/12/2012).

Quando o Código de Trânsito Brasileiro entrou em vigor, o crime de embriaguez ao volante caracterizava-se pela condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (perigo concreto).

Na sequência, com a redação dada pela Lei n. 11.705/08, que entrou em vigor no dia 20 de junho de 2008, a embriaguez ao volante passou a funcionar como crime de perigo abstrato. Porém, o legislador condicionou a tipificação do delito à comprovação de que a concentração de álcool por litro de sangue do condutor seria igual ou superior a 6 (seis) decigramas, o que, à época, praticamente inviabilizou a apuração e punição dessa conduta, porquanto a comprovação do delito passou a depender da realização de exame pericial, ao qual, todavia, o agente não estava obrigado a se sujeitar em virtude do princípio que veda a autoincriminação.[486] À época, é dizer, após as alterações da Lei n. 11.705/08 e antes do advento da Lei n. 12.760/12, a simples conduta de dirigir veículo automotor em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas já tinha o condão de configurar o crime previsto no art. 306 do CTB, sendo irrelevante qualquer discussão acerca da alteração das funções psicomotoras do agente.[487]

Enfim, com a vigência da Lei n. 12.760/12 no dia 21 de dezembro de 2012, o legislador manteve a embriaguez ao volante como crime de perigo abstrato, afastou a necessidade de o delito ser praticado em *via pública*, e voltou a tipificar o delito com base na influência de álcool, sem qualquer nível pré-definido, condicionando-a, porém, à alteração da capacidade psicomotora do condutor do veículo automotor.

484. Nesse contexto: STF, 2ª Turma, HC 109.269/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/09/2011, DJe 195 10/10/2011. Com o mesmo entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 175.385/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/03/2011.

485. Nesse contexto: MARCÃO, Renato. *Crimes de trânsito*. Op. cit. p. 174.

486. Vide adiante tópico atinente à *prova da materialidade*.

487. Com esse entendimento: STJ, 6ª Turma, AgInt no AREsp 1.161.063/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/10/2017, DJe 27/10/2017; STJ, 6ª Turma, REsp 1.577.903/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 10/05/2016, DJe 19/05/2016; STJ, 6ª Turma, HC 299.886/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 18/09/2014, DJe 03/10/2014.

Como se pode notar, diversamente da redação original do art. 306, *caput*, do CTB, que exigia que o agente conduzisse veículo automotor tão somente *sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos*, a nova redação típica conferida pela Lei n. 12.760/12 exige que o consumo de bebida alcóolica ou o uso de outra substância psicoativa tenha produzido algum tipo de alteração na *capacidade psicomotora*, ou seja, "que o agente tenha afetado o equilíbrio que deve existir entre a capacidade cognitiva, sensorial, psíquica e motora necessárias para o desempenho seguro da direção de um veículo automotor".[488]

Para fins de tipificação da novel figura delituosa do art. 306, *caput*, do CTB, são duas as elementares normativas vinculadas, a primeira como causa, a segunda como consequência:

a) que tenha havido a ingestão de substância alcoólica ou psicoativa (causa): de acordo com o art. 6º da Lei n. 11.705/08, "consideram-se bebidas alcoólicas, para os efeitos desta Lei, as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac. Noutro giro, quanto à substância psicoativa a que se refere o tipo penal, esta pode ser lícita ou ilícita, não havendo necessidade de ser droga proscrita, ensejadora de imputação com base na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06);

b) que a ingestão dessas substâncias tenha produzido a alteração da capacidade psicomotora do condutor do veículo automotor (consequência): não há necessidade de *supressão* da capacidade psicomotora. Basta que esteja simplesmente alterada, ou seja, fora da normalidade. Por outro lado, se a capacidade psicomotora do condutor do veículo tiver sido alterada em virtude de outra causa, como, por exemplo, diabetes, queda da pressão arterial, etc., impõe-se o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Não por outro motivo, o art. 306, §1º, do CTB, também incluído pela Lei n. 12.760/12, passou a dispor que a conduta prevista no *caput* poderá ser constatada por: I – concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; *ou* II – sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, *alteração da capacidade psicomotora*. Sem embargo do uso da conjunção alternativa "*ou*" para estabelecer uma relação entre os incisos I e II do §1º do art. 306 do CTB, é de todo evidente que o consumo de determinada quantidade de álcool (ou outra substância psicoativa) não é suficiente, por si só, para tipificar a conduta delituosa, porquanto as mudanças produzidas pela Lei n. 12.760/12 passaram a exigir efetiva alteração da capacidade psicomotora do agente em virtude da ingestão de tais substâncias, sem o que não haverá um perfeito juízo de adequação típica. De mais a mais, os incisos I e II do §1º do art. 306 do CTB não contemplam uma nova modalidade do crime de embriaguez ao volante, mas tão somente fontes de prova que podem ser usadas para se constatar o delito que está descrito no *caput* do mesmo art. 306. Prova disso é que o próprio §1º do art. 306 diz expressamente que *as condutas previstas no caput* serão constatadas por meio das fontes de prova ali enumeradas.

Enfim, não se pode presumir que o consumo de determinada quantidade de álcool, *in casu*, de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, implique, necessariamente e para qualquer pessoa, na alteração da capacidade psicomotora do condutor do veículo automotor, sob pena de retrocedermos à antiga redação do *caput* do art. 306 do CTB (Lei n. 11.705/08), que fazia referência à gradação alcoólica como elementar do tipo penal.[489] Portanto, os incisos I e II do §1º do art. 306 do CTB devem ser interpretados cumulativamente, de modo a se concluir que, uma vez atestada por algum exame ou teste a ingestão de álcool ou outra substância psicoativa, impõe-se a comprovação de que tais substâncias teriam produzido alterações da capacidade psicomotora do agente. É nesse sentido, aliás, a Resolução n. 432/2013 do Contran, que aponta diversos sinais típicos de alteração da capacidade psicomotora: a) quanto à aparência, se o condutor apresenta: sonolência; olhos vermelhos; vômito;

488. BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2. p. 391. Segundo MARCÃO (op. cit. p. 176), "capacidade psicomotora é a que se refere à integração das funções motoras e psíquicas. São psicomotoras as partes do cérebro que presidem as relações com os movimentos dos músculos". A área psicomotora compreende: "a) a coordenação motora (utilização eficiente das partes do corpo), a tonicidade (adequação de tensão para cada gesto ou atitude), a organização especial e percepção visual (acuidade, atenção, percepção de imagens, figura fundo e coordenação visomotora), a organização temporal e percepção auditiva (atenção, discriminação, memória de sons e coordenação auditiva-motora), a atenção (capacidade de apreender o estímulo), concentração (capacidade de se ater a apenas um estímulo por um período de tempo), memória (capacidade de reter os estímulos e suas características), desenvolvimento do esquema corporal (referência de si mesmo) e a linguagem". Disponível em: https://www.bhonline.com.br/marta/psicomot.htm Acesso em: 21/11/2018.

489. Nesse sentido: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2. p. 392. Em sentido diverso, referindo-se ao inciso I do §1º do art. 306 do CTB, Renato Marcão (op. cit. p. 183) sustenta que se for constatada em exame de dosagem concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, a alteração da capacidade psicomotora será presumida e restará provada para fins penais, independentemente de qualquer condução anormal ou aparência do agente. Portanto, ainda que o indivíduo não demonstre sinais visíveis de embriaguez, possivelmente em razão de sua particular condição física e capacidade de resistência aos efeitos do álcool, deverá responder pelo crime do art. 306 do CTB, à semelhança do que ocorria no período em que vigente a redação típica determinada pela Lei n. 11.705/08.

soluços; desordem nas vestes; odor de álcool no hálito; b) quanto à atitude, se o condutor apresenta: agressividade; arrogância; exaltação; ironia; falante ou dispersão; c) quanto à orientação, se o condutor: sabe onde está; se sabe a data e a hora; d) quanto à memória, se o condutor: sabe seu endereço; lembra dos atos cometidos; e) quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta: dificuldade no equilíbrio; fala alterada.

Perceba-se que a *alteração da capacidade psicomotora* do condutor do veículo automotor, elementar típica da nova redação do art. 306, *caput*, do CTB, não guarda qualquer relação com o fato de estarmos diante de um crime de perigo abstrato. É dizer, uma coisa é a elementar da *alteração da capacidade psicomotora* do condutor do veículo. Outra é a desnecessidade de demonstração da efetiva potencialidade lesiva da direção do veículo automotor. Para melhor compreensão, imagine-se o seguinte exemplo: determinado veículo automotor é parado aleatoriamente numa blitz de trânsito. Na ocasião, o veículo era conduzido de maneira absolutamente adequada à via pública (velocidade compatível, mão de direção correta, etc.). Ao descer do veículo, todavia, os agentes de trânsito percebem evidentes sinais do consumo de álcool (v.g., hálito etílico, fala *pastosa*, andar cambaleante, falta de equilíbrio, etc.). Como se pode notar, conquanto a conduta do agente não tenha efetivamente causado a exposição a perigo de dano à incolumidade pública ou privada, parece não haver qualquer dúvida quanto à perfeita adequação típica ao art. 306, *caput*, do CTB. Primeiro porque o crime é de perigo abstrato. Segundo porque restou comprovado que o agente conduzia o veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha nesse sentido, *in verbis:* "(...) o delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, sendo suficiente para a sua caracterização que o condutor do veículo esteja com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância entorpecente, dispensada a demonstração da potencialidade lesiva da conduta. Após a vigência da Lei n. 12.760/12, a comprovação do delito do artigo 306 da Lei n. 9.503/97 pode ocorrer por qualquer meio de prova em Direito admitido, sendo prescindível a realização dos testes alveolar ou sanguíneo. No caso, o crime ocorrera em 10/8/2014, restando a comprovação quanto a estar o agravante dirigindo veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, atestada pelo Termo de Constatação de Sinais de alteração da capacidade psicomotora, o qual indicou que o réu não estava sóbrio, encontrando-se com os olhos avermelhados, possuindo desordem nas vestes, odor de álcool no hálito, atitude arrogante, exaltado, irônico, dispersivo e falante, características, igualmente, constatadas pelos depoimentos dos policiais encarregados de sua prisão. (...)".[490]

19.5. Prova da materialidade do crime de embriaguez ao volante.

Para fins de comprovação da embriaguez ao volante, o meio de prova mais eficaz para aferição da dosagem etílica é o exame de sangue. Considerando-se que a extração de sangue é um método muito invasivo, foi criado o *bafômetro*, aparelho de ar alveolar destinado a estabelecer o teor alcoólico no organismo do condutor do veículo automotor através do sopro do motorista no referido equipamento.[491]

Mas será que o condutor do veículo está obrigado a soprar o bafômetro ou se sujeitar ao exame de sangue? Não estaria ele, assim o fazendo, produzindo prova contra si mesmo? A respeito do assunto, é dominante o entendimento de que a recusa do condutor em submeter-se ao bafômetro ou a um exame de sangue não configura crime de desobediência nem pode ser interpretada em seu desfavor, pelo menos no âmbito criminal. Nessa linha, há precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se pode presumir a embriaguez de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica. Afinal, a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*).[492]

Como o motorista suspeito de conduzir veículo automotor não é obrigado a soprar o bafômetro,

490. STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no HC 354.810/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17/10/2017, DJe 23/10/2017. Em sentido diverso, concluindo que o art. 306 do CTB passou a ser crime de perigo abstrato após a entrada em vigor das Leis 11.705/08 e 12.760/12, daí por que não mais se exige, para a sua tipificação, a prova da alteração da capacidade motora do agente: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.258.692/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 07/06/2018, DJe 15/06/2018. Ainda no sentido de que, para fins de tipificação do delito previsto no art. 306 do CTB, com redação dada pela Lei n. 12.760/12, é desnecessária a demonstração de alteração da capacidade psicomotora do agente, visto que o delito de perigo abstrato dispensa a demonstração de direção anormal do veículo: STJ, 6ª Turma, AgInt no REsp 1.675.592/RO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 24/10/2017, DJe 06/11/2017.

491. A prova da materialidade do delito de embriaguez ao volante pode ser feita pelo bafômetro, capaz de constatar, tal qual o exame toxicológico de sangue, a concentração alcoólica de ar nos pulmões correspondente à concentração sanguínea acima do limite legal: STJ, 6ª Turma, HC 177.942/RS, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP, julgado em 22/02/2011. Na mesma linha: STF, 2ª Turma, HC 110.905/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05/06/2012.

492. STF, 1ª Turma, HC 93.916/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 117 27/06/2008.

protegido que está pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*,[493] os laboratórios desenvolveram uma nova espécie de bafômetro, que não exige o uso de bocal nem a participação ativa do usuário. Cuida-se do **bafômetro (ou etilômetro) passivo**, que é capaz de "absorver" do ar ambiente a presença de álcool, a uma distância de 20 a 30 centímetros. Conquanto não tenha a mesma precisão que o etilômetro *ativo*, a utilização dessa espécie de bafômetro não pressupõe a prática de nenhum comportamento ativo por parte do suspeito de embriaguez ao volante. Na verdade, à semelhança do que ocorre num reconhecimento pessoal, o suspeito é mero objeto de verificação, pois dele não se exige nenhum *facere*. Logo, não há falar em violação ao direito à não produção de prova contra si mesmo. Na medida em que o suspeito é obrigado apenas a tolerar a realização do referido exame, exigindo-se cooperação meramente passiva, admite-se sua execução coercitiva caso o suspeito não queira participar de maneira voluntária.

De todo modo, como nem sempre os agentes responsáveis pela fiscalização do trânsito dispõem do etilômetro passivo, é de rigor a análise dos meios de prova passíveis de utilização na eventualidade de o condutor do veículo se recusar a produzir prova contra si mesmo. A resposta a essa assertiva está diretamente relacionada à redação do tipo penal do art. *caput*, do CTB, senão vejamos:

a) redação original do crime de embriaguez ao volante: quando o Código de Trânsito Brasileiro entrou em vigor, o exercício do direito à não autoincriminação não era empecilho à comprovação do crime de embriaguez ao volante. Isso porque, à época, o art. 306 do CTB tinha a seguinte redação: "Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem". Nesse caso, mesmo que o agente se recusasse a soprar o bafômetro, era possível que a elementar do tipo "sob a influência de álcool" fosse comprovada através de exame clínico com a participação passiva do agente. Com efeito, um médico perito poderia facilmente constatar que tal pessoa estava sob a influência de álcool, sem que se exigisse qualquer comportamento ativo do agente, bastando analisar, por exemplo, a sua aparência, sua atitude, orientação, elocução, andar, coordenação motora, hálito, etc;

b) embriaguez ao volante (CTB, art. 306, *caput*) com redação dada pela Lei n. 11.705/08 (antiga "Lei Seca"): como exposto anteriormente, a Lei n. 11.705/08 introduziu, como verdadeira elementar do crime de embriaguez ao volante, a concentração de álcool por litro de sangue do condutor igual ou superior a 6 (seis) decigramas, dificultando sobremaneira a comprovação do delito. Isso porque o crime só estaria aperfeiçoado com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue (dosagem etílica), o que não se podia presumir. Tal comprovação, segundo o Decreto nº 6.488, de 19/06/08, só podia ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro),[494] este último também conhecido como bafômetro.[495] Logo, tendo em conta que, por força do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o condutor não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, caso o agente se recusasse a soprar o bafômetro ou a fornecer uma amostra de sangue, não seria possível se presumir a prática do delito do art. 306 do CTB. Com base nesse raciocínio, apesar de entender que teria havido um equívoco na edição da Lei nº 11.705/08, o que, todavia, não poderia ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade, sob pena de violação ao princípio da legalidade e da tipicidade, concluiu o STJ pelo trancamento de processo penal relativo a acusado da prática do crime de embriaguez ao volante, já que não teria sido feito exame de sangue ou teste de bafômetro, provas técnicas que, à época, eram indispensáveis para a comprovação do grau de embriaguez, que funcionava como verdadeira elementar objetiva do referido tipo penal.[496] Como se percebe, apesar de o objetivo da "antiga Lei Seca" ter sido o de aumentar a repressão ao crime de embriaguez ao volante, é certo dizer que, a partir do momento em que a tipificação do crime do art. 306 do CTB passou a exigir a taxa de 6 decigramas de álcool por litro

493. Nessa linha: STJ, 2ª Turma, REsp 1.677.380/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 10/10/2017, DJe 16/10/2017; STJ, 5ª Turma, RHC 45.173/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/05/2014, DJe 14/05/2014; STJ, 3ª Seção, REsp 1.111.566/DF, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 28/03/2012, DJe 04/09/2012.

494. Nos precisos termos do Anexo I da Lei n. 9.503/97, considera-se "ar alveolar" o ar expirado pela boca de um indivíduo, originário dos alvéolos pulmonares, e "etilômetro" o aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar.

495. Para fins de comprovação do crime de embriaguez ao volante praticado após a vigência da Lei n. 11.705/08 e antes do advento da Lei n. 12.760/12, a jurisprudência entende que a regularidade do etilômetro dependia apenas da verificação periódica anual feita pelo INMETRO, a qual não se confunde com a calibração do aparelho feita uma única vez pelo fabricante, quando do fornecimento dos aparelhos aos órgãos públicos. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.252.335/PI, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 17/05/2018, DJe 01/06/2018; STJ, 6ª Turma, RHC 35.258/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16/12/2014, DJe 03/02/2015.

496. STJ, 6ª Turma, HC 166.377/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 10/06/2010, DJe 01/07/2010. Na mesma linha: STJ, 3ª Seção, REsp 1.111.566, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 28/03/2012, DJe 04/09/2012.

de sangue, restou assaz mais difícil a comprovação da referida prática delituosa, visto que, em virtude do princípio que veda a autoincriminação, o motorista não podia ser obrigado a se sujeitar ao exame de sangue, nem tampouco ao bafômetro, únicos meios de prova tecnicamente capazes de aferir a concentração de álcool no sangue;[497]

c) embriaguez ao volante (CTB, art. 306, *caput*) com redação determinada pela Lei n. 12.760/12: diante da nova redação do art. 306 do CTB, o grau de dosagem etílica deixou de integrar o tipo penal do crime de embriaguez ao volante. Isso significa dizer que, em relação aos delitos cometidos a partir da data da vigência da Lei nº 12.760/12 (21/12/2012), a comprovação da condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool vem sendo feita não apenas pelo exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (bafômetro), como também por prova testemunhal ou exame de corpo de delito indireto ou supletivo.[498] Nesse contexto, o art. 306, § 1º, do CTB, com redação dada pela Lei nº 12.760/12, dispõe que o novel crime de embriaguez ao volante será constatado por: I – concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou por sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. Ademais, nos termos do art. 306, § 2º, do CTB, com redação determinada pela Lei nº 12.971/14, a verificação da embriaguez ao volante poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico,[499] perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.[500]

19.6. Prova da materialidade da *infração administrativa* de embriaguez ao volante.

De acordo com o art. 277 do CTB, com redação dada pela Lei nº 12.760/12, o condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito, ou que for alvo de fiscalização de trânsito, poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. Nesse caso, a infração administrativa de trânsito de dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência prevista no art. 165 do CTB poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas (Lei nº 9.503/97, art. 277, § 2º, com redação dada pela Lei nº 12.760/12). Por força do art. 277, § 3º, do CTB, as penalidades e medidas administrativas previstas para essa infração administrativa do art. 165 do CTB – multa (dez vezes), aplicável em dobro em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses, e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, além da medida administrativa de recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado – também serão aplicáveis ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

O fato de o art. 277, § 3º, do CTB, prever a aplicação de penalidades e medidas administrativas

497. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, para a configuração do delito tipificado no art. 306 do CTB, antes da alteração introduzida pela Lei n. 12.760/12, é imprescindível a aferição da concentração de álcool no sangue por meio de teste de etilômetro ou de exame de sangue, conforme parâmetros normativos. A propósito, confira-se: STJ, 5ª Turma, HC 188.526/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 01/09/2016, DJe 20/09/2016; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 786.092/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 04/08/2016, DJe 15/08/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.498.656/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/05/2016, DJe 25/05/2016; STJ, 6ª Turma, RHC 66.942/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/05/2016, DJe 12/05/2016; STJ, 5ª Turma, HC 342.422/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 03/03/2016, DJe 09/03/2016.

498. No sentido de que a Lei n. 12.760/12 modificou o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a fim de dispor ser despicienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora: STJ, 6ª Turma, RHC 49.296/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 04/12/2014, DJe 17/12/2014. Afastando a arguição de falta de justa causa para a deflagração de processo penal referente ao crime do art. 306 do CTB em caso concreto no qual, para além do teste do etilômetro, onde foi constatado 1.16 mg/l, havia outros elementos de prova, como o depoimento de testemunhas e até mesmo a confissão extrajudicial do motorista, que admitiu que havia ingerido bebida alcoólica antes de dirigir: STJ, 5ª Turma, RHC 95.316/AL, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26/06/2018, DJe 01/08/2018. No sentido de que o depoimento dos policiais militares que flagraram o acusado conduzindo veículo automotor com sinais claros de embriaguez constitui meio idôneo a amparar a condenação pela prática do crime do art. 306, *caput*, do CTB: STJ, 5ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 1.204.893/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 10/04/2018, DJe 20/04/2018.

499. Admitindo a realização de exame clínico realizado por oficial médico perito, ainda que horas depois do fato delituoso, para fins de atestar que o condutor apresentava hálito de odor etílico, com resultado positivo para a ingestão de bebida alcoólica, embora negativo para a embriaguez: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.638.451/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/05/2017, DJe 11/05/2017.

500. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, com o advento da Lei n. 12.760/12, que modificou o art. 306 do CTB, foi reconhecido ser dispensável a submissão do acusado a exames de alcoolemia, admitindo-se a comprovação da embriaguez do condutor de veículo automotor por vídeo, testemunhos ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.331.345/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18/10/2018, DJe 24/10/2018; STJ, 5ª Turma, EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1.204.893/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/08/2018, DJe 31/08/2018; STJ, 5ª Turma, RHC 95.316/AL, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26/06/2018, DJe 01/08/2018; STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.274.148/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/05/2018, DJe 24/05/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.695.882/CE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14/11/2017, DJe 24/11/2017; STJ, 6ª Turma, AgInt no REsp 1.675.592/RO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 24/10/2017, DJe 06/11/2017.

ao condutor que não se sujeitar a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* do referido artigo é perfeitamente constitucional. Ao contrário do que ocorre no âmbito criminal, em que, por força do princípio da presunção de inocência, não se admite eventual inversão do ônus da prova em virtude de recusa do acusado em se submeter a uma prova invasiva, no âmbito administrativo, o agente também não é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), porém, como não se aplica a regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, a controvérsia pode ser resolvida com base na regra do ônus da prova, sendo que a recusa do agente em se submeter ao exame pode ser interpretada em seu prejuízo, no contexto do conjunto probatório, com a consequente imposição das penalidades e das medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB.[501]

É nesse sentido a orientação do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos: "(...) O art. 165 do CTB prevê sanções e medidas administrativas para quem dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Já o art. 277, §3º, na redação dada pela Lei 11.705/2008, determina a aplicação das mesmas penalidades e restrições administrativas do art. 165 ao condutor que se recusar a se submeter a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. Interpretação sistemática dos referidos dispositivos permite concluir que o CTB instituiu duas infrações autônomas, embora com mesmo apenamento: (i) dirigir embriagado; (ii) recusar-se o condutor a se submeter a procedimentos que permitam aos agentes de trânsito apurar seu estado. A recusa em se submeter ao teste do bafômetro não presume a embriaguez do art. 165 do CTB, tampouco se confunde com a infração ali estabelecida. Apenas enseja a aplicação de idêntica penalidade pelo descumprimento do dever positivo previsto no art. 277, *caput*. O indivíduo racional pauta sua conduta pelos incentivos ou desincentivos decorrentes do seu comportamento. Se a política legislativa de segurança no trânsito é no sentido de prevenir os riscos da embriaguez ao volante mediante fiscalização que permita identificar condutores que estejam dirigindo sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa, deve a lei prever consequências que persuadam o indivíduo ao comportamento desejado pela norma. Caso o CTB não punisse o condutor que descumpre a obrigação de fazer prevista na legislação na mesma proporção do desrespeito ao tipo legal que a fiscalização viária tem o dever de reprimir, o indivíduo desviante sempre optaria pela consequência menos gravosa. O dever estabelecido no caput do art. 277 constituiria mera faculdade estabelecida em favor do motorista, em detrimento da real finalidade dos procedimentos técnicos e científicos colocados à disposição dos agentes de trânsito na prevenção de acidentes. A identidade de penas, mercê da diversidade de tipos infracionais, nada mais é do que resultado lógico da previsão legislativa de mecanismo para assegurar efetividade à determinação de regras de conduta compatíveis com a política pública estabelecida pela norma. Ao contrário do sustentado pelo acórdão recorrido, a sanção do art. 277, §3º, do CTB dispensa demonstração da embriaguez por outros meios de prova. A infração aqui reprimida não é a de embriaguez ao volante, prevista no art. 165, mas a de recusa em se submeter aos procedimentos do caput do art. 277, de natureza instrumental e formal, consumada com o mero comportamento contrário ao comando legal. A prova da infração do art. 277, § 3º é a de descumprimento do dever de agir. Tão só. Sem necessidade de termo testemunhal ou outro meio idôneo admitido no § 2º do mesmo dispositivo legal. O princípio *nemo teneteur se detegere* tem origem na garantia constitucional contra a autoincriminação e no direito do acusado de permanecer calado, sem ser coagido a produzir provas contra si mesmo. Aplica-se de forma irrestrita aos processos penais, sendo essa a sua esfera nuclear de proteção. É possível admitir a incidência ampliada do princípio *nemo teneteur se detegere* quando determinada infração administrativa também constituir ilícito penal. Nesses casos, a unicidade de tratamento confere coerência interna ao sistema jurídico. Nas situações em que a independência das instâncias é absoluta e os tipos infracionais distintos, a garantia do *nemo teneteur se detegere* não tem aplicação sobre a função administrativa exercida no âmbito da sua competência ordenadora, por falta de amparo no ordenamento pátrio. Entender o contrário levaria ao absurdo de se admitir que o condutor pudesse recusar-se, sem as penalidades cabíveis, a submeter seu veículo a inspeção veicular ou a apresentar às autoridades de trânsito e seus agentes os documentos de habilitação, de registro, de licenciamento de veículo e outros exigidos por lei, para

501. Vale ressaltar que, consoante o art. 276 do CTB, com redação dada pela Lei nº 12.760/12, qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar também sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.

averiguação da regularidade documental prescrita pela legislação. A interpretação de uma norma há de ser feita para garantir a sua máxima eficácia e plena vigência, por militar em favor das leis a presunção de sua legitimidade e constitucionalidade enquanto não afastada do mundo jurídico pelo órgão judiciário competente. Negar efeito ao §3º do art. 277 do CTB, antes do pronunciamento do STF na ADI 4.103-7/DF, usurpa competência do órgão constitucionalmente imbuído dessa função. (...) Tudo isso serve para demonstrar que a segurança viária, da mesma forma que a dignidade da pessoa humana, deve ser levada a sério e encarada como direito fundamental coletivo, e o dever do Estado em prestá-la não permite retrocesso. A Lei 11.705/2008 alterou dispositivos do CTB na tentativa de dar resposta aos elevados desafios de proteger a população dos riscos reais e crescentes à sua incolumidade física em razão do desrespeito à legislação de trânsito. O princípio *nemo tenetur se detegere* merece prestígio no sistema de referência próprio, servindo para neutralizar os arbítrios contra a dignidade da pessoa humana eventualmente perpetrados pela atividade estatal de persecução penal. Protege os acusados ou suspeitos de possíveis violências físicas e morais empregadas pelo agente estatal na coação em cooperar com a investigação criminal. Daí a aplicá-lo, de forma geral e irrestrita, a todas as hipóteses de sanção estatal destituídas do mesmo sistema de referência vai uma larga distância. Não há incompatibilidade entre o princípio nemo tenetur se detegere e o §3º do art. 277 do CTB, pois este se dirige a deveres instrumentais de natureza estritamente administrativa, sem conteúdo criminal, em que as sanções estabelecidas têm caráter meramente persuasório da observância da legislação de trânsito. A dignidade da pessoa humana em nada se mostra afrontada pela obrigação de fazer prevista no caput do art. 277 do CTB, com a consequente penalidade estabelecida no §3º do mesmo dispositivo legal. Primeiro, porque inexiste coação física ou moral para que o condutor do veículo se submeta ao teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Só consequência patrimonial e administrativa pelo descumprimento de dever positivo instituído pela legislação em favor da fiscalização viária. Pode o condutor livremente optar por não realizar o teste, assumindo os ônus legais correspondentes. Segundo, porque a sanção administrativa pela recusa em proceder na forma do art. 277, caput, não presume culpa de embriaguez, nem implica autoincriminação. Tampouco serve de indício da prática do crime do art. 306 do CTB. Restringe-se aos efeitos nela previstos, sem repercussão na esfera penal ou na liberdade pessoal do indivíduo. A exigência legal de submissão a exame técnico ou científico, com os consectários jurídicos da recusa, não é exclusividade do CTB. Consta, v.g., dos art. 231 e 232 do Código Civil. O STJ editou a Súmula 301 com o seguinte teor: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade." A previsão de efeitos legais contrários a quem se recusa a se submeter a prova técnica não é tema heterodoxo na legislação ou repelido pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que não envolvida matéria criminal".[502]

19.7. Direito intertemporal.

Por se tratar de norma penal mais benéfica, a nova redação conferida ao art. 306, *caput*, do CTB, pela Lei 11.705/08, teve efeito retroativo, de modo a alcançar condutas praticadas antes da sua vigência (20/06/2008).[503] Ainda que se queira objetar que a transformação da embriaguez ao volante em crime de perigo abstrato tenha natureza mais gravosa, não se pode negar que a inserção da gradação alcoólica como elementar do tipo penal – concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas – é por demais benéfica para o agente, porquanto a comprovação da materialidade do delito passa a ser possível tão somente quando voluntariamente optar por não exercer o direito à não autoincriminação, permitindo, assim, a realização de um exame de sangue e/ou bafômetro ativo.

Noutro giro, parece não haver dúvida no sentido de que a nova redação conferida ao art. 306, *caput*, do CTB, pela Lei n. 12.760/12 funciona como evidente exemplo de *novatio legis in pejus*. Afinal, se antes do referido diploma normativo a comprovação da embriaguez ao volante podia ser feita apenas por meio de exame de sangue e bafômetro, doravante outros meios de prova também poderão ser utilizados. Em outras palavras, o abandono do sistema da prova tarifada, quando se tinha o exame pericial como meio de prova indispensável para demonstrar a concentração de álcool por litro de sangue, representa evidente ampliação da possibilidade de punição pela prática do crime de embriaguez ao volante. Destarte, essa nova redação típica do art. 306 do CTB só deve alcançar os ilícitos cometidos a partir da vigência

502. STJ, 2ª Turma, REsp 1.677.380/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 10/10/2017, DJe 16/10/2017.

503. Nessa linha: MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 182.

da Lei nº 12.760/12, que se deu em data de 21 de dezembro de 2012, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL).

19.8. Tipo subjetivo.

O crime do art. 306 do CTB é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual). Isso significa dizer que o agente deve ter consciência e vontade de praticar todos os elementos objetivos descritos no tipo penal, ou seja, deve saber que consumiu bebida alcoólica ou substância psicoativa alterando sua capacidade psicomotora e, ainda assim, voluntariamente assumir a direção de veículo automotor.

19.9. Consumação e tentativa.

Por se tratar de crime de mera conduta, consuma-se no exato momento em que o agente assumir a direção de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Como estamos diante de um crime de perigo abstrato, a consumação do delito independe da produção de qualquer resultado. Ou seja, a consumação do delito não exige a prática efetiva de qualquer conduta ou manobra que represente um conduzir *anormal* expondo a perigo concreto de dano a incolumidade pública ou privada.

Pelo menos em tese, e a despeito de se tratar de crime de mera conduta, admite-se a tentativa. A título de exemplo, suponha-se que um motorista completamente embriagado seja impedido de sair de um estacionamento de um bar pelos seguranças do estabelecimento quando já estava à direção do veículo com a ignição ligada.

19.10. Classificação doutrinária.

O crime do art. 306 do CTB pode ser classificado da seguinte forma: a) **comum**; b) **doloso**; c) **de mera conduta**;[504] d) **de perigo abstrato,** pelo menos a partir da nova redação que lhe foi conferida pela Lei n. 11.705/08; e) **instantâneo**; f) **unissubjetivo**; g) **plurissubsistente**.

19.11. Conflito aparente de normas.

Para os Tribunais Superiores, não se revela possível o reconhecimento da consunção do crime de embriaguez ao volante (CTB, art. 306) pelo delito de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (CTB, art. 303), quando um não constitui meio para a execução do outro, mas evidentes infrações penais autônomas, que tutelam bens jurídicos diversos.[505]

Também se revela inviável, aos olhos da jurisprudência, o reconhecimento da consunção do delito de direção sem habilitação previsto no art. 309 do CTB pelo crime de embriaguez ao volante (art. 306), quando um não constituir meio para a execução do outro, e sim infração penal autônoma. Nesse sentido, como já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, "(...) a condenação do paciente, em concurso material, pelos tipos dos arts. 306 e 309 do CTB alinha-se ao entendimento assente nesta Corte Superior sobre o assunto, no sentido de que os crimes em questão são autônomos, com objetividades jurídicas distintas, motivo pelo qual não incide o postulado da consunção, pois um delito não constituiu meio para a execução do outro (...)".[506]

Noutro giro, não se pode confundir o crime de embriaguez ao volante com o delito previsto no art. 39 da Lei de Drogas ("Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem"). Diversamente do crime do art. 306, *caput,* do CTB, este abrange apenas a direção de embarcação ou aeronave, fazendo referência somente ao consumo de drogas, e não de álcool. No mais, cuida-se de crime de perigo concreto.

19.12. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Ao crime do art. 306 do CTB é cominada uma pena de detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. A pena de multa aí prevista não é a reparatória constante do art. 294 do CTB, já que estamos diante de um crime de mera conduta, daí por que não se pode cogitar de prejuízo material dele resultante. Como a pena máxima é superior a dois anos, não se trata de infração de menor

504. Em sentido diverso, entendendo que se trata de crime formal: MARCÃO, Renato. *Crimes de trânsito.* Op. cit. p. 172.

505. STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.239.057/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 04/10/2018, DJe 11/10/2018.

506. STJ, 5ª Turma, HC 380.695/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/04/2017, DJe 27/04/2017. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.619.243/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 23/05/2017, DJe 07/06/2017; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.661.679/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 19/04/2018, DJe 02/05/2018.

potencial ofensivo da competência dos Juizados Especiais Criminais. Na verdade, estamos diante de um crime da competência do juízo comum, ao qual deve ser aplicado o procedimento comum sumário, nos termos do art. 394, §1º, II, do CPP. A despeito de não ser cabível a transação penal, admite-se a suspensão condicional do processo, já que a pena mínima cominada não é superior a 1 (um) ano. No mais, ante o silêncio do CTB, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 100, *caput*).[507]

> **Art. 307.** Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código:
>
> **Penas** - detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.
>
> **Parágrafo único.** (...)

20. VIOLAÇÃO DE SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE OBTER PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR.

O crime do art. 307, *caput*, do CTB consiste, grosso modo, numa modalidade especial de desobediência à determinação judicial tipificada no art. 359 do Código Penal, com aplicação restrita, todavia, à violação da suspensão ou da proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento no Código de Trânsito Brasileiro.

20.1. Bem jurídico tutelado.

É a Administração da Justiça.

20.2. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime do art. 307, *caput*, do CTB só pode ser o condenado pela prática dos crimes de homicídio culposo na direção de veículo automotor (CTB, art. 302), lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (CTB, art. 303), embriaguez ao volante (CTB, art. 306) e participação em competição automobilística não autorizada (CTB, art. 308). Isso porque é somente em relação a esses delitos que se admite a imposição da pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor prevista nos arts. 292 e 293 do CTB.

Para além de exigir uma qualidade especial do agente, o art. 307 do CTB também demanda que a conduta de se violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação seja por ele praticada. É dizer, a execução dessa conduta é intransferível, devendo ser levada a efeito pelo próprio agente, isto é, com as próprias mãos, sendo inviável a delegação à terceira pessoa. Trata-se, portanto, de verdadeiro **crime de mão própria, de atuação pessoal ou de conduta infungível**, assim compreendido como aqueles que só podem ser praticados pela pessoa expressamente indicada no tipo penal (v.g., falso testemunho).

O sujeito passivo é o Estado, mais especificamente a Administração da Justiça.

20.3. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo é *violar*, que consiste em infringir, transgredir. Essa violação recai sobre *a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código*. Como exposto anteriormente, mais precisamente nos comentários ao art. 292 do CTB, a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor é uma espécie de pena criminal autônoma e específica, restritiva de direito, aplicável tão somente aos crimes dos arts. 302, 303, 306, 307 e 308.

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, revela-se indevida uma interpretação extensiva do tipo penal em apreço para se concluir que a conduta aqui incriminada também abrangeria a violação da suspensão do direito de dirigir como espécie de sanção administrativa (CTB, art. 256, III).[508] O crime do art. 307, *caput*, do CTB, também não abrange a conduta do motorista que conduz seu veículo automotor sem estar para ele autorizado, em virtude da perda do direito de dirigir decorrente da condenação por crime de trânsito, visto que, nesse caso, o crime seria o do art. 309.

É nesse sentido a orientação jurisprudencial, senão vejamos: "(...) Com o desenvolvimento da legislação de trânsito, buscando resguardar a

507. No sentido de que o crime de embriaguez ao volante é de ação penal pública incondicionada, em face do caráter coletivo do bem jurídico tutelado (segurança viária), razão pela qual não depende de representação para a instauração do inquérito policial e início do processo penal: STJ, 5ª Turma, HC 99.468/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03/02/2009, DJe 09/03/2009. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, RHC 13.485/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 09/12/2005, DJ 20/03/2006.

508. Para Marcão (op. cit. p. 199), "na modalidade regulada no *caput* do art. 307 o agente pratica ação consistente em conduzir veículo automotor, quando estava proibido de assim proceder em razão de decisão administrativa ou judicial precedente, na qual tenha sido determinada, com fundamento em regra do CTB, a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor".

segurança viária, conter o crescimento no número de acidentes e retirar de circulação motoristas que punham e risco a vida integridade física das demais pessoais, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, antes restrita a mera penalidade de cunho administrativo, passou a ser disciplinada como sanção criminal autônoma, tanto pelo Código Penal - CP, ao defini-la como modalidade de pena restritiva de direitos, como pelo Código de Trânsito Brasileiro - CTB, ao definir penas para o denominados "crimes de trânsito". Assim, nos termos do art. 292 do CTB, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imputada como espécie de sanção penal, aplicada isolada ou cumulativamente com outras penas. Dada a natureza penal da sanção, somente a decisão lavrada por juízo penal pode ser objeto do descumprimento previsto no tipo do art. 307, caput, do CTB, não estando ali abrangida a hipótese de descumprimento de decisão administrativa, que, por natureza, não tem o efeito de coisa julgada e, por isso, está sujeita à revisão da via judicial. *In casu*, a conduta de violar decisão administrativa que suspendeu a habilitação para dirigir veículo automotor não configura o crime do artigo 307, caput, do CTB, embora possa constituir outra espécie de infração administrativa, segundo as normas correlatas. Ordem concedida para anular a condenação do paciente e determinar o trancamento do procedimento penal que já se encontra em fase de execução".[509]

Por fim, como o dispositivo é claro ao se referir à violação da suspensão ou da proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta *com fundamento neste Código*, leia-se, *no Código de Trânsito Brasileiro*, o comportamento incriminado pelo art. 307, *caput*, também não terá o condão de abarcar a conduta do agente que infringir a pena restritiva de direito prevista no art. 47, inciso III, ("suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo automotor"), do CP, aplicada como substitutiva da pena privativa de liberdade, nem tampouco eventual violação do efeito da condenação previsto no art. 92, III ("Inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso"), do CP.

20.4. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual). A consciência e a vontade deve recair sobre todos os elementos objetivos descritos no tipo penal. Por consequência, se o agente não tiver consciência de que estaria transgredindo a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, haverá erro de tipo, com a consequente exclusão do dolo e da culpa, se invencível, ou, se vencível, apenas do dolo, restando a culpa se prevista em lei (CP, art. 20, *caput*), o que não ocorre no caso do art. 307 do CTB.

20.5. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito com a conduta de dirigir veículo na situação jurídica mencionada, ou seja, descumprindo a medida imposta. Por se tratar de crime de mera conduta, não se admite a tentativa.

20.6. Classificação doutrinária.

O crime do art. 307, *caput*, do CTB pode ser classificado da seguinte forma: a) **de mão própria;** b) **de mera conduta;** c) **de forma livre**; d) **comissivo**; e) **instantâneo**; f) **de perigo abstrato**; g) **unissubjetivo**; h) **unissubsistente**.

20.7. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Ao crime do art. 307 do CTB é cominada uma pena de detenção, de seis meses a um ano, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição. Não se revela cabível a aplicação da multa reparatória constante do art. 294 do CTB, já que estamos diante de um crime de perigo abstrato, daí por que não se pode cogitar de prejuízo material dele resultante. Como a pena máxima não é superior a dois anos, trata-se de infração de menor potencial ofensivo da competência dos Juizados Especiais Criminais, aplicando-se, por consequência, o procedimento comum sumaríssimo (CPP, art. 394, §1º, III). Admite-se não apenas a transação penal como também a suspensão condicional do processo, nos termos dos arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, respectivamente. Por fim, ante o silêncio do CTB, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 100, *caput*).

Art. 307. (...)

Penas - detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

509. STJ, 6ª Turma, HC 427.472/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23/08/2018, DJe 12/12/2018.

21. OMISSÃO NA ENTREGA DE PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO NO PRAZO LEGAL.

Como exposto nos comentários ao art. 293 do CTB, transitando em julgado a sentença condenatória, o acusado será intimado a entregar a permissão para dirigir ou a carteira de habilitação em 48 (quarenta e oito) horas. Caso não o faça, deverá responder pelo crime do art. 307, parágrafo único.

21.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança da figura prevista no *caput*, o bem jurídico tutelado pelo art. 307, parágrafo único, do CTB, também é a Administração da Justiça.

21.2. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime do art. 307, parágrafo único, do CTB, só pode ser o condenado à sanção penal de perda do direito de dirigir (CTB, art. 263, III). Cuida-se, pois, de **crime próprio**. O sujeito passivo é o Estado, mais especificamente a Administração da Justiça.

21.3. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo é *deixar de entregar*. Em outras palavras, a despeito da ciência do trânsito em julgado da sentença condenatória e da obrigação de entregar à autoridade judiciária sua permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor em quarenta e oito horas, o agente permanece inerte, deixando de fazê-lo. Trata-se, pois, de **crime omissivo próprio**.

Trata-se, ademais, de **crime a prazo**, assim compreendido aquele em que o tipo penal exige, para sua configuração, o decurso de certo espaço de tempo, *in casu*, de 48 (quarenta e oito) horas, contadas a partir da intimação do acusado para entregar a permissão ou carteira de habilitação. Esse prazo só poderá ser contado em horas se constar do mandado de intimação o horário exato em que o acusado tomou ciência da condenação irrecorrível e da obrigação de proceder à entrega de seus documentos. Na eventualidade de não constar da certidão lavrada pelo oficial de justiça a hora exata em que a intimação foi feita, o prazo será de 2 (dois) dias.

21.4. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual). Não se admite a modalidade culposa.

21.5. Consumação e tentativa.

Consuma-se o delito no momento em que se expira o prazo de quarenta e oito horas, a contar da intimação, e não da juntada do mandado de intimação aos autos, sem que o agente tenha procedido à entrega da permissão para dirigir ou da carteira de habilitação à autoridade competente. Por se tratar de crime omissivo próprio, não se admite a tentativa.

21.6. Classificação doutrinária.

O crime do art. 307, *caput*, do CTB pode ser classificado da seguinte forma: a) **próprio;** b) **omissivo próprio**; c) **crime a prazo**, assim compreendido aquele em que o tipo penal exige, para sua configuração, o decurso de certo espaço de tempo, *in casu*, de 48 (quarenta e oito) horas; d) **de mera conduta**; e) **de perigo abstrato**;

21.7. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

São válidos aqui os mesmos comentários feitos ao art. 307, *caput*, do CTB.

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada: (Redação dada pela Lei n. 13.546, de 2017)

Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Redação dada pela Lei n. 12.971, de 2014)

§1º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. (Incluído pela Lei n. 12.971, de 2014)

§2º Se da prática do crime previsto no *caput* resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. (Incluído pela Lei n. 12.971, de 2014)

22. PARTICIPAÇÃO EM COMPETIÇÃO OU EXIBIÇÃO OU DEMONSTRAÇÃO DE PERÍCIA EM MANOBRA DE VEÍCULO AUTOMOTOR NÃO AUTORIZADA.

A melhoria das condições viárias no Brasil, com rodovias e avenidas cada vez mais largas – em São Paulo, por exemplo, a Rodovia dos Bandeirantes chega a ter 5 pistas em determinados trechos –, aliada ao desenvolvimento da indústria automobilística, que tem produzido carros e motos cada vez mais potentes e rápidos, têm contribuído sensivelmente, dentre outros fatores, para um número crescente de *rachas,* gerando inequívoco risco à incolumidade pública ou privada. Destarte, com o objetivo de se evitar que a vida, a integridade física, a segurança e o patrimônio das pessoas que participam do trânsito viário, sejam expostos a uma situação de perigo concreto em virtude da participação em competições não autorizadas, o Código de Trânsito Brasileiro deliberou por criminalizar essa conduta no art. 308.

22.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança de outros delitos previstos no CTB, como, por exemplo, os arts. 306, 309, 310 e 311, o crime previsto no art. 308 tutela *diretamente* a segurança viária, interesse de natureza transindividual, vez que pertence a todos aqueles que participam do tráfico por meio de vias terrestres. Como dispõe o próprio CTB em seu art. 1º, §2º, "o trânsito, em condições seguras, *é um direito de todos* e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito".

Indireta ou mediatamente, também não se pode negar que o crime visa à proteção da *incolumidade pública ou privada.* Ora, como será exposto no próximo tópico, estamos diante de um crime de perigo concreto, em que a *geração de situação de risco à incolumidade pública ou privada* figura como verdadeira elementar do delito (CTB, art. 308, *caput, in fine).*

De acordo com a doutrina,[510] *incolumidade* é o estado de preservação ou segurança em face de possíveis eventos lesivos, referindo-se tanto a pessoas quanto a coisas. No âmbito do Código Penal, estão inseridos no Título VIII ("Dos crimes contra a incolumidade pública") diversos delitos, dentre eles os de perigo comum (arts. 250 a 259), aqueles cometidos contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos (arts. 260 a 266) e os crimes contra a saúde pública (arts. 267 a 285). Logo, é possível deduzir que o bem jurídico *incolumidade pública* funciona como o interesse na preservação da vida, da integridade física, da segurança e do patrimônio de um número indeterminado de pessoas. Seguindo essa linha, podemos conceituar o bem jurídico *incolumidade privada* como o interesse na preservação da vida, da integridade física, da segurança e do patrimônio de pessoas certas, individualmente consideradas.[511]

22.2. Crime de perigo concreto.

Quando o Código de Trânsito Brasileiro entrou em vigor, o art. 308, *caput,* tinha a seguinte redação: "Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, *desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada*". Na sequência, a Lei n. 12.971/14 conferiu nova redação ao referido dispositivo legal: "Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, *gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada*". Por fim, com as mudanças produzidas pela Lei n. 13.546/17, o crime de *racha* passou a ser criminalizado nos seguintes termos: "Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente, *gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada*".

Como se pode notar, a despeito da diversidade de termos usados pelo legislador ao longo dos anos – *desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada* e *gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada* –, parece não haver qualquer dúvida no sentido de que sempre se tratou – e se trata – de crime de perigo concreto, como é o caso, por exemplo, da constatação do perigo de vida, do perigo de afetação da integridade física, ou o perigo ao patrimônio de um número indeterminado de pessoas. Afinal, a situação de perigo criada pela participação em racha estava (e está) inserida no tipo penal, daí por que deve

510. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. IX. p. 7.

511. Nessa linha: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2. p. 404-405.

ser comprovada no caso concreto, sob pena de atipicidade da conduta.[512]

Portanto, na eventualidade de a participação em racha (ou exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor) não expor, nem mesmo remotamente, a incolumidade pública ou privada a uma situação de perigo concreto, ter-se-á mera infração administrativa, nos termos dos arts. 173,[513] 174[514] e 175[515] do CTB.

22.3. Sujeitos do crime.

O sujeito ativo do crime do art. 308 do CTB pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime comum, já que o tipo penal não exige qualquer condição especial em relação ao agente. O condutor do veículo pode ser habilitado ou não, valendo lembrar que, nessa última hipótese, aplica-se a agravante do art. 298, inciso III.

De um modo geral, a doutrina escrita em momento anterior à Lei n. 13.546/17 apontava o crime do art. 308 do CTB como espécie de **crime plurissubjetivo** (ou de concurso necessário). Isso porque, à época, o art. 308 criminalizava tão somente a participação, na direção de veículo automotor, em via pública, de *corrida, disputa* ou *competição automobilística não autorizada*. Nesses casos, parece não haver dúvidas no sentido de que a configuração do crime demanda, implicitamente, a presença de duas ou mais pessoas. Afinal, não se pode conceber uma corrida, disputa ou competição envolvendo um único agente. De mais a mais, o verbo núcleo do tipo *participar*, que significa intervir junto com outro, ou com outras pessoas, indica que o agente realiza uma atividade que necessariamente conta com a participação de outra pessoa.[516]

No entanto, com a vigência da Lei n. 13.546, o tema está a merecer nova reflexão. Isso porque, com a entrada em vigor do referido diploma normativo no dia 19 de abril de 2018, o art. 308, *caput*, do CTB passou a incriminar não somente a participação, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, mas também a participação não autorizada em *exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor*. Ora, é perfeitamente possível que essa *exibição* ou *demonstração de perícia em manobra de veículo automotor* seja praticada por um único agente. Cuida-se, pois, a segunda parte do art. 308, *caput*, do CTB, com redação dada pela Lei n. 13.546/17, de evidente **crime de concurso eventual (ou unissubjetivo)**.

Em ambas as hipóteses – participação em corrida, disputa ou competição automobilística, ou em exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor –, admite-se o concurso de agentes. Assim, preenchidos os pressupostos do art. 29 do Código Penal, não apenas o motorista deverá ser responsabilizado pelo crime do art. 308, *caput*, do CTB, mas também todos aqueles que concorreram para a prática delituosa, a exemplo do copiloto, carona, passageiro, organizador da corrida, etc.

Noutro giro, como estamos diante de um crime pluriofensivo, que atenta contra a segurança viária e contra a incolumidade pública ou privada, pode-se concluir que o sujeito passivo é a coletividade viária (crime vago).

22.4. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo é *participar*, que traduz a ideia de tomar parte, intervir junto com outro, ou outros, em atividade, assunto, ou negócio. A conduta em questão deve ser praticada na *direção de veículo automotor*, cujo conceito foi objeto de análise nos comentários ao art. 302 do CTB. Deve, ademais, ser praticada em *via pública*. Consoante disposto no Anexo I do CTB, a expressão *via* consiste em uma "superfície por onde transitam veículos, pessoas e animais, compreendendo a pista, a calçada, o acostamento, ilha e canteiro central". As vias públicas constituem-se, portanto, em ruas, avenidas, travessas, caminhos, alamedas, praças etc., e caracterizam-se por estarem abertas

512. No sentido de que, por ser de perigo concreto, o delito de racha previsto no art. 308 da Lei n. 9.503/97 necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva: STJ, 5ª Turma, REsp 585.345/PB, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/12/2003, DJ 16/02/2004 p. 342.

513. "CTB. Art. 173. Disputar corrida: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (dez) vezes), suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo; Medida administrativa – recolhimento do documento de habilitação e remoção do veículo. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no *caput* em caso de reincidência no período de 12 (doze) meses da infração anterior".

514. "CTB. Art. 174. Promover, na via, competição, eventos organizados, exibição e demonstração de perícia em manobra de veículo, ou deles participar, como condutor, sem permissão da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (dez vezes), suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo; Medida administrativa – recolhimento do documento de habilitação e remoção do veículo. §1º As penalidades são aplicáveis aos promotores e aos condutores participantes. §2º Aplica-se em dobro a multa prevista no *caput* em caso de reincidência no período de 12 (doze) meses da infração anterior".

515. "CTB. Art. 175. Utilizar-se de veículo para demonstrar ou exibir manobra perigosa, mediante arrancada brusca, derrapagem ou frenagem ou deslizamento ou arrastamento de pneus: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (dez vezes), suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo; Medida administrativa – recolhimento do documento de habilitação e remoção do veículo. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no *caput* em caso de reincidência no período de 12 (doze) meses da infração anterior".

516. Nesse sentido: PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 233.

ao público ou acessíveis ao trânsito de um número indeterminado de pessoas. De acordo com a doutrina,[517] "as vias de acesso a condomínios particulares e as suas vias interiores também podem ser consideradas vias públicas. Todavia, não são assim consideradas o interior de propriedade particular, seja terreno urbano ou rural, garagem ou pátio de estacionamento que não estejam abertas à circulação pública".

Essa *participação, na direção de veículo automotor, em via pública*, deve ser praticada em um dos seguintes contextos:

a) corrida: tipo de competição em que se percorre um determinado trajeto. Nesse caso, é feita uma proposição expressa por parte de um condutor, seguida da aceitação por outro. Assim, se o condutor de uma motocicleta for desafiado por outro, de modo a saber qual dos dois será o primeiro a chegar a determinado ponto, ter-se-á uma *corrida;*

b) disputa: de modo a diferenciar a *corrida* da *disputa,* a doutrina[518] observa que, nesse último caso, há um desafio tácito entre os agentes, mediante expressa ou tácita provocação. A título de exemplo, se o condutor de um veículo, após ser ultrapassado por outro, passa a acelerar seu automóvel simplesmente por não ter gostado de ter ficado para trás, suscitando a reação do outro motorista que já estava à frente, sendo que daí para adiante cada um acelera gradativamente para andar à frente do concorrente, sem qualquer parâmetro espacial ou temporal, ter-se-á uma *disputa automobilística;*

c) competição automobilística: traduz a ideia de uma corrida, geralmente entre mais de duas pessoas, porém com locais de saída e chegada previamente estabelecidos. Ou seja, apesar de se tratar de uma corrida, há um prévio acordo entre os participantes quanto à realização, acordo este que pode ter sido celebrado com antecedência ou no exato momento do evento. Há um local de largada e chegada pré-determinados, e geralmente a competição conta com mais de dois competidores;

d) exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor: tem sido relativamente comum a realização de eventos com carros e motos em que não há uma corrida ou competição propriamente dita entre os participantes, mas sim a prática de condutas que visam demonstrar perícia e habilidade envolvendo veículos automotores. É o que ocorre nos seguintes exemplos: acrobacias, arrancadas, cavalos de pau, freadas bruscas, deslizamento ou arrastamento de pneus, em manobras conhecidas como "zerinho", empinar o guidão da motocicleta, etc. Nesses casos, *independentemente da existência de qualquer tipo de corrida, disputa ou competição* entre os envolvidos, ter-se-á como tipificado o crime do art. 308, *caput, in fine,* desde que a conduta seja praticada a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.546/07 (19 de abril de 2018), sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Em todas as hipóteses acima mencionadas, é indispensável que o veículo automotor esteja em movimento, ou seja, que o agente se encontre na efetiva direção de um veículo automotor. Essa observação pode parecer despicienda num primeiro momento. Mas não se pode perder de vista que são cada vez mais comuns encontros de carros e motos em que há uma competição e disputa entre os proprietários, porém não relacionada àquele que chega primeiro em determinado lugar, ou àquele que realiza a manobra mais perigosa, mas sim quanto ao veículo mais antigo, o som com a maior potência, o mais *tunado* (customizado), etc. Nesse caso, ainda que o evento seja organizado sem autorização das autoridades competentes, há de se reconhecer a atipicidade da conduta.

Para fins de tipificação do crime do art. 308, *caput,* essa participação em corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda em exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor deve ser realizada *sem a autorização da autoridade competente.* Com efeito, pela própria redação do tipo penal, se a autoridade competente autorizar a realização do evento, a conduta será atípica, ainda que, durante a realização do evento, possivelmente por falha de um dos condutores envolvidos, sobrevenha perigo concreto para a incolumidade pública ou privada. Para fins de compreensão desse elemento normativo, devemos nos socorrer do próprio CTB, senão vejamos: "Art. 67. As provas ou competições desportivas, inclusive seus ensaios, em via aberta à circulação, só poderão ser realizadas mediante prévia permissão da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via e dependerão de: I - autorização expressa da respectiva confederação desportiva ou de entidades estaduais a ela filiadas; II - caução ou fiança para cobrir possíveis danos materiais à via; III - contrato de seguro contra riscos e acidentes em favor de terceiros; IV - prévio recolhimento do valor correspondente aos custos operacionais em

517. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Econômico.* Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 414.

518. MITIDIERO. Op. cit. p. 1.330.

que o órgão ou entidade permissionária incorrerá. Parágrafo único. A autoridade com circunscrição sobre a via arbitrará os valores mínimos da caução ou fiança e do contrato de seguro".

Por fim, como exposto no tópico *crime de perigo concreto,* essa conduta deve gerar uma situação de risco à incolumidade pública ou privada. Caso contrário, ter-se-á mera infração administrativa.

22.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo. Como não há qualquer restrição inserida no tipo penal, o ideal é concluir que comporta o dolo direto e o eventual. Assim, tanto responde pelo delito do art. 308 do CTB aquele que participa de corrida, disputa ou competição automobilística, ou, ainda, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, que sabe não autorizada, com a consciência e a vontade de gerar uma situação de risco à incolumidade pública ou privada (dolo direto), como também aquele que pratica essa mesma conduta, porém com indiferença em relação à proteção do bem jurídico tutelado, assumindo o risco de produzir o resultado de perigo concreto constante do tipo penal (dolo eventual).

A despeito de respeitado entendimento em sentido contrário, não nos parece possível equiparar o dolo (direto ou eventual) em relação à geração de uma situação de risco à incolumidade pública ou privada, indispensável para a tipificação do crime do art. 308 do CTB, com o dolo voltado à produção de um eventual resultado de dano, se acaso algum indivíduo vier a se lesionar ou até mesmo morrer em virtude da realização de uma corrida, disputa ou competição automobilística, ou, ainda, por conta de uma exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, para fins de se concluir que, em tais hipóteses, a conduta do agente deveria ser tipificada automaticamente como homicídio doloso (CP, art. 121) ou lesão corporal dolosa (CP, art. 129).

Sem embargo da linha tênue que separa esse dolo de perigo concreto do dolo de dano à vida ou à integridade corporal ou saúde de outrem, é de rigor verificarmos, à luz das circunstâncias de cada caso concreto, e não de maneira automática, como vem sendo feita pelos Tribunais Superiores, se o agente efetivamente consentiu ou assumiu o risco da ocorrência do resultado morte ou lesão à integridade física de alguém, hipótese em que deverá responder pelos crimes de dano dos arts. 121 e 129 do Código Penal, a título de dolo eventual, ou se, na verdade, a despeito de ter assumido o risco de produzir uma situação de perigo para a incolumidade pública ou privada, teria confiado, mesmo que levianamente, na exclusão desse resultado lesivo, quando, então, deverá responder pelo crime do art. 308 do CTB, porém qualificado em virtude da superveniência de lesão corporal grave ou morte (CTB, art. 308, §§1º e 2º, respectivamente). Enfim, como observa Bitencourt, "é insustentável, dogmaticamente, a transmudação do dolo de perigo à incolumidade pública, pela simples ocorrência do resultado, em dolo de dano à vida ou à integridade física de alguém".[519]

As diversas mudanças legislativas que o Código de Trânsito Brasileiro vem sofrendo nos últimos anos reforçam essa linha de raciocínio. Ora, a partir do momento em que o próprio CTB, com redação dada pela Lei n. 12.971/14, passou a prever figuras qualificadas nos §§1º e 2º do art. 308 para o crime de participação em racha, se da prática resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, respectivamente, *e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-los,* cominando lhes penas relativamente mais severas – reclusão, de 3 a 6 anos, para o racha seguido de lesão grave, e reclusão, de 5 a 10 anos, no caso de morte –, soa evidente que o *dolo de perigo à incolumidade pública ou privada* não pode ser automaticamente equiparado ao *dolo de dano* à vida ou à integridade física de alguém em virtude da simples ocorrência do resultado.[520]

Não tem sido essa, todavia, a orientação dos Tribunais Superiores. De fato, conforme amplamente analisado nos comentários ao art. 302 do CTB – mais precisamente no tópico *culpa consciente e dolo eventual na direção de veículo automotor* –, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm trabalhado com uma verdadeira presunção de dolo eventual nos casos de racha, notadamente diante da superveniência do resultado morte.

Como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, "(...) A diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente encontra-se no elemento volitivo que, ante a impossibilidade de penetrar-se na psique do agente, exige a observação de todas as circunstâncias objetivas do caso concreto, sendo certo que, em ambas as situações, ocorre a

519. Op. cit. Vol. 2. p. 409.

520. No mesmo sentido: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2, p. 409. Segundo o autor, "as inovações introduzidas no art. 308, com a criação dos tipos qualificados previstos nos §§1º e 2º pela Lei n. 12.971/14, teve, ao menos, o mérito de esclarecer, ante a expressa previsão legal, que o resultado de lesões corporais e o resultado morte podem ser produzidos de forma culposa pelo motorista que participa de racha".

representação do resultado pelo agente. Deveras, tratando-se de culpa consciente, o agente pratica o fato ciente de que o resultado lesivo, embora previsto por ele, não ocorrerá. Doutrina de Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1., p. 116-117); Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal – parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2006, 17. ed., p. 173 – grifo adicionado) e Zaffaroni e Pierangelli (Manual de Direito Penal, Parte Geral, v. 1, 9. ed – São Paulo: RT, 2011, pp. 434-435 – grifos adicionados). A cognição empreendida nas instâncias originárias demonstrou que o paciente, ao lançar-se em práticas de expressiva periculosidade, em via pública, mediante alta velocidade, consentiu em que o resultado se produzisse, incidindo no dolo eventual previsto no art. 18, inciso I, segunda parte, verbis: ("Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo" - grifei). A notória periculosidade dessas práticas de competições automobilísticas em vias públicas gerou a edição de legislação especial prevendo-as como crime autônomo, no art. 308 do CTB, in verbis: "Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada:". O art. 308 do CTB é crime doloso de perigo concreto que, se concretizado em lesão corporal ou homicídio, progride para os crimes dos artigos 129 ou 121, em sua forma dolosa, porquanto seria um contrassenso transmudar um delito doloso em culposo, em razão do advento de um resultado mais grave. Doutrina de José Marcos Marrone (Delitos de Trânsito Brasileiro: Lei n. 9.503/97. São Paulo: Atlas, 1998, p. 76). É cediço na Corte que, em se tratando de homicídio praticado na direção de veículo automotor em decorrência do chamado "racha", a conduta configura homicídio doloso. Precedentes: HC 91159/MG, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/10/2008; HC 71800/RS, rel. Min. Celso de Mello, 1ªTurma, DJ de 3/5/1996. A conclusão externada nas instâncias originárias no sentido de que o paciente participava de "pega" ou "racha", empregando alta velocidade, momento em que veio a colher a vítima em motocicleta, impõe reconhecer a presença do elemento volitivo, vale dizer, do dolo eventual no caso concreto. (...) Ordem denegada".[521]

521. STF, 1ª Turma, HC 101.698/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/10/2011, DJe 227 29/11/2011.

22.6. Consumação e tentativa.

Se o art. 14, inciso I, do Código Penal, considera *consumado* o delito quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, a consumação do crime do art. 308 do CTB está condicionada não apenas à participação do condutor do veículo em um dos eventos ali relacionados, mas também à geração de uma situação de risco à incolumidade pública ou privada.

Por se tratar de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa. A despeito de ser de difícil caracterização, basta supor uma hipótese em que os agentes já tenham dado início a uma disputa automobilística, porém sejam interrompidos na execução da conduta, por circunstâncias alheias à sua vontade (v.g., intervenção da polícia), em momento imediatamente anterior à produção de efetivo perigo de dano ao bem jurídico tutelado.

22.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 308, *caput*, do CTB, pode ser classificado da seguinte forma: a) **comum**; b) **doloso**, em relação à figura do *caput* do art. 308, mas **preterdoloso** quanto às figuras qualificadas pelo resultado lesão grave ou morte dos §§1º e 2º; c) **de perigo concreto**; d) **pluriofensivo**, pois tutela a segurança viária e a incolumidade pública ou privada; e) **instantâneo**; f) **plurissubjetivo (ou de concurso necessário)**, em relação à participação em corrida, disputa ou competição automobilística, porém **unissubjetivo (ou de concurso eventual)** no tocante à participação em exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor; g) **plurissubsistente**.

22.8. Figuras preterdolosas qualificadas pela lesão corporal grave e pela morte.

Com a entrada em vigor da Lei n. 12.971 no dia 1º de novembro de 2014, foram acrescentados ao art. 308 do CTB dois parágrafos.

O §1º passou a prever o crime de participação em racha (ou exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor) *qualificado pela lesão grave* nos seguintes termos: "Se da prática do crime previsto no *caput* resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo". O §2º, por sua vez, passou a prever o mesmo delito previsto no *caput*, porém qualificado pelo resultado

morte: "Se da prática do crime previsto no *caput* resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo".

As duas figuras delituosas podem ser classificadas como crimes preterdolosos, é dizer, haverá dolo quanto à participação em racha e culpa no tocante à produção dos resultados agravadores.

De modo a evitarmos repetições desnecessárias no tocante à distinção entre esses crimes e o homicídio praticado a título de dolo eventual, e também quanto à antinomia entre o art. 308, §2º, e o revogado §2º do art. 302, ambos do CTB, remetemos o leitor aos comentários ao art. 302.

22.9. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Na redação original do CTB, a pena cominada ao art. 308, *caput*, era de detenção, de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. À época, portanto, referido crime era considerado infração de menor potencial ofensivo, sujeito, pois, à competência dos Juizados Especiais Criminais e ao procedimento comum sumaríssimo, admitindo-se, ademais, não apenas a transação penal quanto a suspensão condicional do processo.

Com as mudanças produzidas pela Lei n. 12.971/14, passou a constar do preceito secundário do art. 308, *caput*, uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a *3 (três) anos*, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Tendo em conta o tratamento mais gravoso no tocante à pena máxima, a mudança só deve alcançar os fatos praticados a partir da vigência do referido diploma normativo, o que se deu no dia 1º de novembro de 2014. Para os crimes de participação em racha (ou exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor) cometidos a partir de então, a competência não é mais dos Juizados Especiais Criminais, e sim do Juízo Comum, aplicando-se o procedimento comum sumário, nos termos do art. 394, §1º, II, do CPP. Não se admite a transação penal, pois a pena máxima é superior a 2 (dois) anos. Porém, como a pena mínima cominada não é superior a 1 (um) ano, é cabível, pelo menos em tese, a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95. No mais, ante o silêncio do CTB, a ação penal é pública incondicionada. Por fim, a pena de multa prevista no art. 308, *caput*, do CTB não é a reparatória a que se refere o art. 297 do CTB. Afinal, por se tratar de crime de perigo concreto, não há falar em prejuízo material capaz de ser mensurado pelo juízo criminal.

Noutro giro, à figura preterdolosa qualificada pela lesão corporal de natureza grave constante do art. 308, §1º, do CTB é cominada uma pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. Por sua vez, o crime qualificado pela morte do §2º do art. 308 prevê uma pena de reclusão, de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, também sem prejuízo das demais penas previstas neste dispositivo legal. Em ambos os casos, a competência será do Juízo Comum, aplicando-se o procedimento comum ordinário (CPP, art. 394, §1º, I). Não há falar em transação penal, nem tampouco em suspensão condicional do processo. A ação penal também é pública incondicionada. No caso dos §§1º e 2º do art. 308, como há um resultado lesivo (lesão grave ou morte) capaz de produzir danos materiais, admite-se a fixação da multa reparatória prevista no art. 297.

> **Art. 309.** Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:
>
> **Penas** - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

23. DIREÇÃO SEM HABILITAÇÃO.

De acordo com o Código de Trânsito Brasileiro, constitui infração administrativa de trânsito *gravíssima* dirigir veículo sem possuir carteira nacional de habilitação ou permissão para dirigir (art. 162, I, primeira parte), ou com carteira nacional de habilitação ou permissão para dirigir cassada ou com suspensão do direito de dirigir (art. 162, II). As referidas infrações administrativas assemelham-se, pois, ao crime de trânsito do art. 309 do CTB, com a diferença de que este demanda, para além da direção *sem habilitação*, uma situação de *perigo concreto*, como ocorre, por exemplo, quando o motorista dirige em alta velocidade, avançando sinal vermelho, fazendo zigue-zague, etc.

23.1. Bem jurídico tutelado.

Cuida-se de crime pluriofensivo. Imediatamente, o bem jurídico tutelado é a segurança viária. Todavia, por se tratar de crime de perigo

concreto, também se tutela, ainda que de maneira secundária, a incolumidade pública.

23.2. Sujeitos do crime.

Estamos diante de um crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, já que o tipo penal não faz qualquer exigência de qualidade ou característica especial em relação ao agente que o pratica.

O sujeito passivo, por sua vez, é a coletividade (crime vago), visto que interessa a todos a preservação da segurança viária e, concretamente, das pessoas, cujas vidas, integridade física, saúde ou patrimônio forem expostas a perigo de dano.

23.3. Tipo objetivo.

A conduta incriminada pelo art. 309 do CTB é *dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano.* O verbo núcleo do tipo é *dirigir,* que deve ser compreendido como manejar os comandos de (veículo), fazendo-o tomar certo rumo, guiar ou conduzir.[522] O verbo em questão traduz uma ideia de movimento, o que significa dizer que o crime restará caracterizado tão somente com a efetiva movimentação do veículo por aquele que está ao volante. Por consequência, não há falar no crime do art. 309 se o veículo for mantido, por exemplo, estacionado no meio da via pública, mesmo que essa conduta seja capaz de gerar perigo de dano.[523]

A direção do veículo deve ocorrer em *via pública*, cujo conceito foi objeto de análise nos comentários ao art. 308.

Essa direção de veículo automotor em via pública deve ser praticada por agente que esteja sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir. Vejamos esses três conceitos, separadamente:

a) permissão para dirigir: de acordo com o art. 148 do CTB, a *permissão para dirigir* é o documento expedido ao candidato aprovado nos exames de habilitação para conduzir veículos e possui validade de um ano;

b) habilitação para dirigir: a *carteira nacional de habilitação* será conferida ao condutor ao término de um ano, desde que o mesmo não tenha cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média. A *permissão* e a *habilitação* não se confundem com a *autorização,* que é a autorização para conduzir veículos de propulsão humana e de tração animal, e cuja expedição fica a cargo dos municípios (Lei n. 9.503/97, art. 141, §1º);

c) cassação do direito de dirigir: consoante disposto no art. 263 do CTB, a cassação do documento de habilitação poderá ocorrer em três hipóteses diversas. A primeira quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator conduzir qualquer veículo. A segunda, no caso de reincidência, no prazo de doze meses, das infrações previstas no inciso III do art. 162 (dirigir veículo com carteira nacional de habilitação ou permissão para dirigir de categoria diferente da do veículo que esteja conduzindo) e nos arts. 163 ("entregar a direção do veículo a pessoa nas condições previstas no artigo anterior"), 164 ("permitir que pessoa nas condições referidas nos incisos do art. 162 tome posse do veículo automotor e passe a conduzi-lo na via"), 165 ("dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência"), 173 ("disputar corrida"), 174 ("promover, na via, competição, eventos organizados, exibição e demonstração de perícia em manobra de veículo, ou deles participar, como condutor, sem permissão da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via") e 175 ("utilizar-se de veículo para demonstrar ou exibir manobra perigosa, mediante arrancada brusca, derrapagem ou frenagem com deslizamento ou arrastamento de pneus"). A terceira quando condenado judicialmente por delito de trânsito, observado o disposto no art. 160. Constatada, em processo administrativo, a irregularidade na expedição do documento de habilitação, a autoridade expedidora promoverá o seu cancelamento. Outrossim, decorridos dois anos da cassação da carteira nacional de habilitação, o infrator poderá requerer a sua reabilitação, submetendo-se a todos os exames necessários à habilitação, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

Em conclusão, a direção do veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação, ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, deve gerar *perigo de dano.* A redação do tipo penal do art. 309 do CTB não deixa dúvida acerca de sua natureza jurídica. Cuida-se de crime de perigo concreto. Portanto, não basta demonstrar que o agente dirigia o veículo sem a devida habilitação. Para além disso, deve restar evidenciado o risco de dano à vida, à integridade corporal, à saúde e/ou ao patrimônio de terceiros. Nessa linha, como já se pronunciou a 1ª Turma

522. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009. p. 691.

523. Nesse sentido: LIMA, Marcellus Polastri. *Crimes de trânsito: aspectos penais e processuais.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155.

do STF, "(...) por meio do disposto no art. 309 do CTB, pretendeu o legislador punir não apenas o fato de dirigir sem habilitação, mas, também, a efetivação por parte do agente do perigo de dano, que, no caso, foi produzido pelo agente quando, ao conduzir veículo sem estar habilitado, causou lesão corporal culposa em terceiro (art. 303, parágrafo único, do CTB)".[524]

23.3.1. Questões controversas.

Certas situações pontuais despertam controvérsia na doutrina e na jurisprudência:

a) direção de veículo automotor sem o *porte* da habilitação: a conduta incriminada pelo art. 309 do CTB diz respeito apenas àquele agente que não está autorizado, pela autoridade de trânsito, a conduzir veículo automotor, ou que está proibido de fazê-lo, em virtude da cassação de sua habilitação. Por consequência, não se pode ter como típica a conduta daquele que dirige veículo automotor sem portar tais documentos, quer porque os esqueceu em casa, quer porque foram apreendidos pelas autoridades de trânsito. Trata-se, *in casu*, de mera infração de trânsito prevista no art. 232 do CTB ("Conduzir veículo sem os documentos de porte obrigatório referidos neste Código"), de natureza *leve*, sujeita à penalidade de multa e à medida administrativa de retenção do veículo até a apresentação do documento;

b) direção de veículo automotor com a carteira de habilitação *vencida*: se o bem jurídico tutelado pela norma é a incolumidade pública, para que exista o crime é necessário que o condutor do veículo não possua Permissão para Dirigir ou Habilitação, o que não inclui o condutor que, embora habilitado, esteja com a Carteira de Habilitação vencida. Portanto, não se pode equiparar a situação do condutor que deixou de renovar o exame médico com a daquele que sequer prestou exames para obter a habilitação;[525]

c) direção de veículo automotor por motorista penalizado com a suspensão do direito de dirigir: com redação determinada pela Lei n. 13.281/16, o art. 261 do CTB prevê a possibilidade de aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir em duas hipóteses distintas. A primeira sempre que o infrator atingir a contagem de 20 (vinte) pontos, no período de 12 (doze) meses, pontuando-se a infração gravíssima com sete pontos, a grave com cinco, a média com quatro e a leve com três. A segunda por transgressão às normas estabelecidas no CTB, cujas infrações preveem, de forma específica, a penalidade de suspensão do direito de dirigir (v.g., o art. 173 do CTB, que versa sobre a infração de trânsito de *disputar corrida* prevê como penalidade uma multa – dez vezes –, a suspensão do direito de dirigir e a apreensão do veículo). Nesses casos de suspensão do direito de dirigir, a carteira nacional de habilitação só será devolvida ao agente após o cumprimento da penalidade e a realização de um curso de reciclagem. Sem embargo de opiniões em sentido contrário, também não nos parece possível a tipificação do crime do art. 309 do CTB nessa hipótese, sob pena de se admitir verdadeira interpretação extensiva do tipo penal em prejuízo do réu, o que viola, à evidência, o princípio da legalidade. Isso porque é o próprio CTB que diferencia as hipóteses de cassação do documento de habilitação, previstas no art. 263, daqueles casos em que ocorre tão somente a suspensão do direito de dirigir, elencadas pelo art. 261. De mais a mais, não se pode equiparar o agente que não possui permissão ou habilitação àquele que foi punido com a penalidade de suspensão do direito de dirigir;

d) **direção de veículo automotor por motorista não habilitado para aquela categoria:** se o condutor está habilitado a conduzir um veículo motorizado de duas rodas (Categoria "A"), é de todo evidente que não pode conduzir veículos das categorias "B", "C", "D" e "E", pois, em relação a estes, não possui a devida permissão para dirigir, nem carteira de habilitação. Se o fizer, gerando perigo de dano, deverá ser responsabilizado pelo crime do art. 309 do CTB.[526]

23.4. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título de dolo. Não se admite a modalidade culposa do delito.

Compreendendo-se o *dolo* como a consciência e a vontade de realizar todos os elementos do tipo penal incriminador, é de rigor a conclusão no sentido de que, para fins de tipificação do art. 309 do CTB, o agente deve estar ciente de que não teria a devida permissão para dirigir ou habilitação, ou, ainda, que seu direito de dirigir fora cassado. Por conseguinte, eventual erro por parte do agente, por ocasião da direção de veículo automotor, quanto ao fato de estar ou habilitado a dirigir, ou

524. STF, 1ª Turma, HC 80.422/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 28/11/2000, DJ 02/03/2001.

525. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, REsp 1.188.333/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16/12/2010, DJe 01/02/2011.

526. No sentido de que a habilitação para categoria diversa da que se enquadra o veículo conduzido nas condições do art. 309 do CTB também tipifica o crime: MARCÃO, Renato. *Crimes de trânsito: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 228.

sobre a cassação do seu direito de dirigir, deverá configurar verdadeiro erro de tipo. Nesse caso, se invencível, afastará o dolo e a culpa; se vencível, afastará apenas o dolo, restando a culpa, se prevista em lei (CP, art. 20, *caput*). Ora, como o crime do art. 309 do CTB não é punido a título de culpa, há de se reconhecer a atipicidade da conduta do agente, subsistindo, todavia, a depender do caso concreto, eventual infração administrativa, a exemplo daquelas previstas no art. 162, incisos I, II e III, da Lei n. 9.503/97.

Como o perigo concreto é uma verdadeira elementar do art. 309, este também deverá ser abrangido pelo dolo do agente. É dizer, para fins de tipificação do crime, o agente deve agir de maneira deliberada (dolo direto) para gerar um perigo de dano à vida, à integridade física, à saúde e/ou patrimônio de terceiros, ou assim agir em virtude de total indiferença à segurança viária e à incolumidade pública e/ou privada (dolo eventual).

23.5. Consumação e tentativa.

À primeira vista, fica a impressão de que o crime estaria consumado no exato momento em que o agente dirigisse veículo automotor em via pública sem a devida habilitação. Ocorre que não podemos perder de vista que estamos diante de um crime de perigo concreto, já que o próprio tipo penal faz referência ao fato de tal conduta *gerar perigo de dano*. Destarte, o crime estará consumado tão somente quando restar evidenciada a concreta exposição a dano à vida, à integridade física, à saúde e/ou patrimônio das pessoas. É dizer, enquanto o agente está apenas dirigindo sem habilitação, ter-se-á mera infração administrativa. O crime restará aperfeiçoado tão somente quando restar caracterizada a produção de perigo de dano, quando, por exemplo, trafegar na contramão da direção, em zigue-zague, em alta velocidade nas proximidades de área escolar, etc.

Como estamos diante de um crime plurissubsistente, a tentativa é possível, pelo menos em tese. Na prática, todavia, a caracterização do *conatus* é extremamente remota, haja vista a dificuldade de se demonstrar que o agente, então na direção de veículo automotor em via pública sem habilitação, iria gerar uma situação de perigo de dano, sendo impedido, todavia, pela ação de policiais. Daí por que parte da doutrina prefere dizer que, por se tratar de crime que exige perigo concreto, não se revela possível a configuração da tentativa. É dizer, "ou o agente conduz o veículo automotor na via pública nas condições do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro e gera efetivo perigo de dano, hipótese em que o crime estará consumado, ou não gera perigo concreto, ficando sujeito, apenas e tão somente, às implicações de ordem administrativa".[527]

23.6. Classificação doutrinária.

O crime do art. 309 do CTB pode ser classificado da seguinte forma: a) **comum;** b) **de mera conduta;** c) **de perigo concreto;** d) **doloso;** e) **comissivo**, podendo, entretanto, ser praticado via **omissão imprópria**, nos termos do art. 13, §2º, do CP; f) **instantâneo;** g) **unissubjetivo;** h) **plurissubsistente.**

23.7. Concurso de crimes.

Pelo menos em tese, o crime de direção sem habilitação do art. 309 pode ser praticado em concurso com outros delitos previstos no próprio Código de Trânsito Brasileiro, daí surgindo controvérsias acerca da (im) possibilidade de aplicação do princípio da consunção. Vejamos algumas hipóteses:

a) **direção sem habilitação e embriaguez ao volante**: há precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os crimes previstos nos artigos 306 e 309 do CTB são autônomos, com objetividades jurídicas distintas, motivo pelo qual não incide o postulado da consunção. Destarte, o delito de condução de veículo automotor sem habilitação não se afigura como meio necessário nem como fase de preparação ou de execução do crime de embriaguez ao volante;[528]

b) direção sem habilitação e homicídio culposo na direção de veículo automotor: se da direção sem habilitação gerando perigo de dano resultar a morte culposa de alguém, o crime do art. 302 do CTB terá o condão de absorver o delito previsto no art. 309 do mesmo *Codex*. Isso porque, à luz do princípio da consunção (ou da absorção), o fato de maior entidade consome ou absorve o de menor graduação (*lex consumens derrogat lex consumptae*). Ora, se o delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor é espécie de *crime de dano*, é de rigor concluir que terá o condão de absorver eventual crime-meio que funcionar como fase normal de sua execução, sobremaneira quando este, *in casu*, o delito do art. 309 do CTB, funcionar como espécie de *crime de perigo concreto*. Logo, por força do princípio da consunção, o agente responderá apenas pelo crime de dano de homicídio culposo na direção de veículo automotor, com a aplicação, todavia, da majorante prevista no art. 302, §1º, I,

527. Nessa linha: MARCÃO, Renato. Op. cit. p. 231. No sentido de que não se admite a tentativa: DELMANTO. Op. cit. p. 485.

528. STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.745.604/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14/08/2018, DJe 24/08/2018.

do CTB ("Não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação");

c) direção sem habilitação e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: aplica-se o mesmo raciocínio exposto anteriormente, devendo o agente responder pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor com a pena majorada de um terço até a metade, nos termos do art. 303, §1º, c/c art. 302, §1º, I, ambos do CTB.[529] Aliás, como o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor tem o condão de absorver o delito de direção sem habilitação, eventual extinção da punibilidade do agente quanto àquele, como ocorre, por exemplo, em virtude da ausência de representação da vítima – o crime do art. 303 é de ação penal pública condicionada à representação, salvo se presente uma das hipóteses previstas nos incisos I a III do §1º do art. 291 do CTB –, terá o condão de obstar a *persecutio criminis* quanto ao crime do art. 309 da Lei n. 9.503/97. Nesse sentido, confira-se: "(...) O crime de lesão corporal culposa, cometido na direção de veículo automotor (CTB, art. 303), por motorista desprovido de permissão ou de habilitação para dirigir, absorve o delito de falta de habilitação ou permissão tipificado no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro. - Com a extinção da punibilidade do agente, quanto ao delito tipificado no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro (crime de dano), motivada pela ausência de representação da vítima, deixa de subsistir, autonomamente, a infração penal prevista no art. 309 do CTB (crime de perigo). Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal".[530]

23.8. Derrogação da contravenção penal de falta de habilitação para dirigir veículo (art. 32 da LCP) em relação à direção sem habilitação em vias terrestres.

A contravenção penal de falta de habilitação para dirigir veículo está prevista no art. 32 do Dec.-Lei n. 3.688/41 nos seguintes termos: "Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas". Com o advento do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), conduta semelhante àquela, porém não idêntica, passou a constar do art. 309. Comparando-se a redação dos dispositivos, há 2 (duas) diferenças fundamentais que podem ser observadas:

a) a contravenção penal do art. 32 seria espécie de crime de perigo abstrato, porquanto o tipo penal não faz qualquer referência à necessidade de comprovação de perigo de dano, ao passo que o crime do art. 309 do CTB funciona como crime de perigo concreto ("gerando perigo de dano");

b) diversamente do crime do art. 309 do CTB, que faz referência apenas à direção de veículo automotor em via pública, o art. 32 da Lei de Contravenções Penais também cuida da direção de embarcação a motor em águas públicas.

À época em que o Código de Trânsito Brasileiro entrou em vigor, houve certa discussão quanto à derrogação (ou não) do referido crime-anão. De um lado, havia quem dissesse que a contravenção penal do art. 32 não teria sido derrogada, funcionando como soldado de reserva nas hipóteses em que não restasse comprovado o perigo concreto constante do tipo penal do art. 309 do CTB. Acabou, no entanto, prevalecendo a tese contrária. Deveras, como se trata, o art. 309 do CTB, de lei posterior que regulou a mesma matéria de que tratava a contravenção penal do art. 32, pelo menos no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres, impõe-se o reconhecimento da derrogação do referido crime-anão, pelo menos nesse ponto, nos exatos termos do art. 2º, §1º, in fine, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Logicamente, como a direção sem habilitação de embarcação a motor em águas públicas não foi objeto de regulamentação pelo art. 309 do CTB, temos que, nesse aspecto, permanece vigente o art. 32 da Lei das Contravenções Penais ("Dirigir, sem a devida habilitação, embarcação a motor em águas públicas"). É nesse sentido, aliás, o teor da **súmula n. 720** do Supremo Tribunal Federal: "O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derrogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres".

Nesse sentido, como se pronunciou a 1ª Turma do STF, "(...) Infração de trânsito: direção de veículos automotores sem habilitação, nas vias terrestres: crime (CTB, art. 309) ou infração administrativa (CTB, art. 162, I), conforme ocorra

529. Para o Superior Tribunal de Justiça, quando não reconhecida a autonomia de desígnios, o crime de lesão corporal culposa (CTB, art. 303) absorve o delito de direção sem habilitação (CTB, art. 309), funcionando este como causa de aumento de pena (CTB, art. 303, §1º). Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, RHC 61.464/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 22/05/2018, DJe 30/05/2018; STJ, 6ª Turma, HC 299.223/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 24/05/2016, DJe 06/06/2016; STJ, 5ª Turma, HC 25.084/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 18/05/2004, DJ 01/07/2004.

530. STF, 2ª Turma, HC 80.303/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/09/2000, DJ 10/11/2000. Na mesma linha: "(...) Extinta a punibilidade em face da renúncia expressa da vítima ao direito de representar contra o paciente pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo, qualificada pela falta de habilitação, configura-se constrangimento ilegal a continuidade da persecução criminal instaurada contra ele pelo crime menos grave de direção inabilitada, absorvido que fora por aquele, de maior gravidade". (STF, 1ª Turma, HC 80.422/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 28/11/2000, DJ 02/03/2001).

ou não perigo concreto de dano: derrogação do art. 32 da Lei das Contravenções Penais (precedente: HC 80.362, Pl., 7.2.01, Inf. STF 217). 1. Em tese, constituir o fato infração administrativa não afasta, por si só, que simultaneamente configure infração penal. No Código de Trânsito Brasileiro, entretanto, conforme expressamente disposto no seu art. 161 - e, cuidando-se de um código, já decorreria do art. 2º, § 1º, in fine, LICC - o ilícito administrativo só caracterizará infração penal se nele mesmo tipificado como crime, no Capítulo XIX do diploma. Cingindo-se o CTB, art. 309, a incriminar a direção sem habilitação, quando gerar "perigo de dano", ficou derrogado, portanto, no âmbito normativo da lei nova - o trânsito nas vias terrestres - o art. 32 LCP, que tipificava a conduta como contravenção penal de perigo abstrato ou presumido. A solução que restringe à órbita da infração administrativa a direção de veículo automotor sem habilitação, quando inexistente o perigo concreto de dano - já evidente pelas razões puramente dogmáticas anteriormente expostas -, é a que melhor corresponde ao histórico do processo legislativo do novo Código de Trânsito, assim como às inspirações da melhor doutrina penal contemporânea, decididamente avessa às infrações penais de perigo presumido ou abstrato".[531]

23.9. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Ao crime do art. 309 do CTB é cominada uma pena de detenção, de seis meses a um ano, ou multa. Como a pena máxima não é superior a dois anos, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, logo, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitando-se, pois, ao procedimento comum sumaríssimo (CPP, art. 394, §1º, III). Pelo menos em tese, é cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo. No mais, ante o silêncio do CTB, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 100, *caput*).

531. STF, 1ª Turma, HC 84.377/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/06/2004, DJ 27/08/2004. Com entendimento semelhante: "(...) Se é certo que não houve revogação expressa do dispositivo em apreço e, também, que, em tese, não seria ele incompatível com o disposto no art. 309 do CTB, a sua derrogação, na parte indicada, decorreu de haver o CTB, como é próprio das codificações, tratado de todas as infrações penais comissíveis na condução de veículos automotores, o que, de resto, ficou expressamente declarado no art. 161 (...)". (STF, Pleno, RHC 80.362/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 14/02/2001, DJ 04/10/2002). Na mesma linha: STJ, 3ª Seção, EREsp 225.568/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 24/03/2004, DJ 26/04/2004.

Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

24. CONFIAR A DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR À PESSOA NÃO HABILITADA OU SEM CONDIÇÕES.

O art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro visa evitar que um veículo automotor, enquanto fonte de perigo, caia nas mãos de pessoas que não reúnem condições físicas ou mentais para conduzi-lo com segurança, de modo a manter os riscos decorrentes dessa atividade dentro daqueles limites que são tolerados pelo nosso ordenamento jurídico.

24.1. Bem jurídico tutelado.

Diretamente, tutela-se a segurança viária, interesse de natureza transindividual, vez que pertence a todos aqueles que participam do tráfico por meio de vias terrestres. Como dispõe o próprio CTB em seu art. 1º, §2º, "o trânsito, em condições seguras, *é um direito de todos* e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito".

Indiretamente, o crime do art. 310 do CTB também visa à tutela da vida e da integridade física da pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou daquela que, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzir o veículo automotor com segurança, que podem acabar se lesionando ou até mesmo falecer em virtude de um possível e provável acidente de trânsito.

24.2. Crime de perigo abstrato.

Cuida-se, o art. 310 do CTB, de crime de perigo abstrato. A tipificação do referido delito não demanda, portanto, a ocorrência de lesão, nem tampouco de perigo de dano concreto. Embora seja legítimo aspirar a um Direito Penal de mínima intervenção, não pode a dogmática penal descurar de seu objetivo de proteger bens jurídicos de reconhecido relevo, como, por exemplo, a segurança

do tráfego viário. Não se pode, assim, esperar a concretização de danos, ou exigir a demonstração de riscos concretos, a terceiros, para a punição de condutas que, *a priori*, representam potencial produção de danos a pessoas indeterminadas, que trafeguem ou caminhem no espaço público.[532]

É nesse sentido, aliás, o teor da **súmula n. 575 do Superior Tribunal de Justiça**: "Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo".[533]

24.3. Sujeitos do crime.

Estamos diante de um **crime comum**, que pode ser praticado por qualquer pessoa, desde que o agente tenha um veículo automotor a sua disposição, pouco importando se o tem na condição de proprietário (ou não). O sujeito ativo do delito do art. 310 do CTB é apenas aquele que permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor à pessoa sem condições de dirigi-lo com segurança. Portanto, a conduta daquele que assume a direção do veículo automotor sem estar habilitado, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, encontra adequação típica no art. 309, ao passo que o agente que conduzir o veículo com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool deverá ser punido pelo crime do art. 306, desde que presentes, logicamente, os respectivos elementos típicos.

O art. 310 do CTB pode ser apontado como mais uma exceção à teoria monista. Como é sabido, por força da referida teoria, também conhecida como unitária, adotada pelo nosso Código Penal, embora um crime seja praticado por diversos coautores e partícipes, o delito permanece único e indivisível. Nesse sentido, referindo-se ao crime sempre no singular, o art. 29 do CP deixa claro que aqueles que concorrem para *o crime* incidem nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Se, em regra, nosso Código Penal adota a teoria monística, não se pode negar que, em algumas situações, o próprio legislador opta por separar a conduta de cada um dos agentes, que passam a ser punidos por crimes distintos.

Ora, pelo menos em tese, aquele que entrega seu veículo automotor à pessoa que não está em condições de dirigir, seja por falta de autorização, seja por falta de condições pessoais para fazê-lo com segurança, concorre, inequivocamente, para os crimes dos arts. 306 (embriaguez ao volante) ou 309 (direção sem habilitação). A título de exemplo, se o proprietário de um veículo voluntariamente entrega seu veículo a alguém que está completamente embriagado, parece não haver dúvidas no sentido de que este último deverá responder pelo crime do art. 306 a partir do exato momento em que passar a conduzir o veículo. E também parece não restar qualquer dúvida no sentido de que o proprietário teria concorrido diretamente para a prática delituosa, daí por que, sob a ótica da teoria monista, deveria responder pelo mesmo delito. Ocorre que o legislador optou por criminalizar esse *auxílio material* em um tipo penal próprio, criando, assim, mais uma exceção à teoria monista, o que se revela extremamente salutar, porquanto sua punibilidade não fica condicionada à correlata punição daquele que assume a direção de veículo automotor nas condições descritas nos arts. 306 ou 309 do CTB.

Em conclusão, pode-se dizer que o sujeito passivo imediato é a coletividade (crime vago).

24.4. Tipo objetivo.

Mais do que tipificar uma conduta idônea a lesionar, o art. 310 do CTB estabelece um dever de garante ao possuidor do veículo automotor. É dizer, estabelece um dever de não permitir, confiar ou entregar a direção de um automóvel a determinadas pessoas, indicadas no tipo penal, com ou sem habilitação, com problemas psíquicos ou físicos, ou embriagadas, ante o perigo geral que encerra a condução de um veículo nessas condições.

São 3 (três) os verbos núcleos constantes do art. 310 do CTB: **a) permitir:** traduz a ideia de dar licença, autorizar, assentir, consentir que alguém faça alguma coisa; **b) confiar:** no contexto em análise, consiste em pôr o veículo automotor sob a guarda ou sob os cuidados de alguém; **c) entregar:** pode ser compreendido como passar a outrem o veículo que estava sob sua responsabilidade.

Como se percebe, estamos diante de um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, o que significa dizer que a prática de mais de uma conduta em um mesmo contexto fático caracteriza crime único, e não concurso de crimes.

532. Em sentido diverso, concluindo que se trata de *crime de perigo concreto*, sendo indispensável, portanto, a comprovação da potencialidade lesiva da conduta, demonstrada em cada caso concreto pela situação real de perigo criada pela conduta: RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 637. E ainda: PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na Lei n. 9.503/97*. Op. cit. p. 244-245.

533. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 253.884/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/09/2013, DJe 26/03/2013.

Essas condutas devem incidir sobre a *direção de veículo automotor*, não abrangendo, portanto, outros tipos de veículo. Referindo-se o tipo penal em apreço à *direção de veículo automotor*, denota-se uma indicação de movimento, a indicar que o responsável pelo veículo permitiu, confiou ou o entregou a alguém para que este o conduzisse. Por isso, se a cessão disser respeito a um veículo parado, a conduta será atípica.

Para a configuração do crime, a direção de veículo automotor deve ser entregue à *pessoa sem condições*, assim consideradas:

a) Pessoa não habilitada: é aquela que não está autorizada a dirigir veículo automotor, seja por não possuir a devida permissão, seja por não estar devidamente habilitada. São válidos aqui os mesmos comentários realizados quando da análise da agravante do art. 298, III, do CTB ("Sem possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação");

b) Pessoa com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso: estamos diante de sanções administrativas. De acordo com o art. 263 do CTB, a cassação do documento de habilitação dar-se-á: I – quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator conduzir qualquer veículo; II – no caso de reincidência, no prazo de doze meses, das infrações previstas no inciso III do art. 162 e nos arts. 163, 164, 165, 173, 174 e 175; III – quando condenado judicialmente por delito de trânsito, observado o disposto no art. 160. Noutro giro, a penalidade de suspensão do direito de dirigir será imposta sempre que o infrator atingir a contagem de 20 (vinte) pontos, no período de 12 (doze) meses, ou por transgressão às normas estabelecidas no CTB, cujas infrações preveem, de forma específica, a penalidade de suspensão do direito de dirigir (CTB, art. 261, I e II);

c) Pessoa cujo estado de saúde, físico ou mental, ou que, por conta da embriaguez, não esteja em condições de conduzir o veículo automotor com segurança: como amplamente exposto nos comentários ao art. 306 do CTB, para que alguém possa dirigir um veículo automotor com segurança, mantendo os riscos inerentes a essa atividade dentro daqueles limites que são tolerados pelo nosso ordenamento jurídico, é indispensável que esteja com a sua capacidade psicomotora preservada. Para tanto, "é necessário que não esteja afetado o equilíbrio que deve existir entre a capacidade cognitiva, sensorial, psíquica e motora necessárias para o desempenho seguro da direção de um veículo".[534] Destarte, para fins de caracterização do delito, não basta que a direção do veículo seja entregue, por exemplo, a pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, indivíduos penalmente inimputáveis, como doentes mentais, portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou alguém bêbado. Para além disso, é fundamental que tal indivíduo, ao receber o veículo, esteja com a sua capacidade psicomotora prejudicada em virtude de seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez. Tanto é verdade que consta do próprio tipo penal, imediatamente após se referir a tais pessoas, a elementar *que não esteja em condições de conduzi-lo com segurança;*

534. BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2, p. 421.

24.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual). Não se admite a modalidade culposa. É indispensável, portanto, que o agente tenha consciência de que a pessoa para quem está permitindo, confiando ou entregando a direção do veículo automotor esteja em uma das condições acima indicadas.

24.6. Consumação e tentativa.

Para a consumação do delito, não basta que o veículo seja entregue a pessoa que não está autorizada a dirigir, ou a pessoa que não está em condições pessoais de conduzi-lo mantendo as condições de segurança no trânsito. Referindo-se o art. 310 à direção de veículo automotor, é indispensável que o veículo seja efetivamente conduzido por um desses indivíduos. Por se tratar de crime de perigo abstrato, logo, de mera conduta, a consumação do delito não está condicionada à superveniência de qualquer dano, nem tampouco à comprovação de um perigo concreto.

Como estamos diante de um crime de mera conduta, o ideal é concluir que não se admite a tentativa.

24.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 310 do CTB pode ser classificado da seguinte forma: a) **comum**; b) **doloso**; c) **de mera conduta**; d) **comissivo**, pelo menos em regra, e, excepcionalmente, **comissivo por omissão**, se acaso presente uma das hipóteses do art. 13, §2º, do CP; e) **de perigo abstrato**; f) **instantâneo**; g) **unissubjetivo**; h) plurissubsistente, não admitindo, todavia, a tentativa, por se tratar de crime de mera conduta.

24.8. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Ao crime do art. 310 do CTB é cominada uma pena de detenção, de seis meses a um ano, ou multa. A *multa* em questão não é a reparatória do art. 297 do CTB, já que não se trata de crime capaz de produzir danos materiais. Cuida-se da multa como espécie de sanção penal, a ser fixada de acordo com os arts. 49 a 52 do Código Penal. Como a pena máxima não é superior a dois anos, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, logo, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitando-se, pois, ao procedimento comum sumaríssimo (CPP, art. 394, §1º, III). Pelo menos em tese, é cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo. No mais, ante o silêncio do CTB, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 100, *caput*).

> **Art. 311.** Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano:
>
> **Penas** - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

25. TRAFEGAR EM VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM A SEGURANÇA EM DETERMINADOS LOCAIS.

Quanto maior a concentração de pessoas, maior o risco de superveniência de algum resultado extremamente gravoso, como a morte ou a ofensa à integridade corporal de alguém, principalmente se o condutor do veículo estiver trafegando em excesso de velocidade. Por isso, de modo a se evitar a superveniência de um crime de dano, *in casu*, os arts. 302 e 303 do CTB, o art. 311 pune essa conduta como espécie de crime de perigo concreto.

25.1. Bem jurídico tutelado.

Tutela-se a segurança viária, interesse de natureza transindividual, vez que pertence a todos aqueles que participam do tráfico por meio de vias terrestres. Como dispõe o próprio CTB em seu art. 1º, §2º, "o trânsito, em condições seguras, *é um direito de todos* e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito".

25.2. Crime de perigo concreto.

Gerando perigo de dano é uma elementar do crime do art. 311 do CTB. Cuida-se, portanto, de crime de perigo concreto, sendo indispensável a demonstração de que a vida, a integridade física ou a saúde das pessoas teriam sido expostas a uma situação de perigo concreto. Normalmente, esse perigo de dano resta caracterizado quando pedestres correm o risco de serem atropeladas ou atingidas por motorista que circule em velocidade incompatível com a segurança em locais com grande aglomeração de pessoas.

A propósito, como já se pronunciou a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, "(...) o crime previsto no artigo 311 do CTB não exige para sua configuração dano efetivo a outras pessoas por ser o perigo presumido por lei, haja vista a proteção da segurança do trânsito, sendo suficiente que reste comprovado estar o condutor trafegando em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano. No caso, as instâncias ordinárias entenderam restar configurado o delito por ter o paciente, durante perseguição policial de abordagem, dirigido pela contramão, exigindo, assim, que os demais condutores que vinham em sua direção, realizassem manobras bruscas para evitar acidentes, por encontrar-se em velocidade acima de 100 km/h e por ter, ainda, percorrido um grande percurso com o pneu furado (e-STJ fls. 108/109), tudo a demonstrar que sua conduta gerou efetivo perigo de dano a outras pessoas, sendo, pois, inviável a reversão de tais conclusões por demandarem revolvimento de provas, providência não compatível com a via estreita do *mandamus* (...)".[535]

Na eventualidade de não resultar perigo concreto, a exemplo do que pode ocorrer se alguém circular em alta velocidade, de madrugada, numa rua completamente vazia na qual se situa uma escola, o agente deverá responder tão somente pela infração administrativa gravíssima prevista no art. 220, inciso XIV, do CTB.[536]

535. STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no HC 354.810/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17/10/2017, DJe 23/10/2017.

536. "CTB. Art. 220. Deixar de reduzir a velocidade do veículo de forma compatível com a segurança do trânsito: (...) XIV – nas proximidades de

25.3. Sujeitos do crime.

Qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do crime do art. 311. Funciona, pois, como crime comum, que não exige qualquer condição especial do agente que o realiza. Qualquer condutor pode ser sujeito ativo do delito, seja ele habilitado, seja ele inabilitado, quando, então, deverá incidir a agravante do art. 298, inciso III.

Por se tratar de crime de perigo contra a segurança viária, o sujeito passivo é a coletividade (crime vago).

25.4. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo é *trafegar*, aí empregado no sentido de conduzir, dirigir veículo, fazendo-o em velocidade incompatível com o lugar em que se trafega.

O art. 311 do CTB não faz qualquer referência à espécie de *veículo* utilizada pelo agente. Diferencia-se, nesse ponto, dos demais crimes previstos no CTB, nos quais a expressão *veículo automotor* sempre figura como elementar do tipo penal.

Por isso, há quem entenda que a conduta pode ser praticada por meio de veículo automotor *ou outro qualquer* (v.g., elétrico, de propulsão humana, de tração animal, etc.). É nesse sentido, entre outros, a lição de Bitencourt. Para o referido autor, "à diferença das outras figuras penais, o legislador não utilizou a terminologia veículo automotor, nem sequer referiu-se genericamente ao tráfego de veículo, seja automotor, de propulsão humana, como a bicicleta, ou animal, como charretes ou carruagens. Desse modo, é possível, em princípio, deduzir que o tipo penal aplica-se não somente ao motorista, mas, até mesmo, ao pedestre que circule, por exemplo, sobre patins ou skate, em velocidade incompatível com a segurança em locais onde exista movimentação ou aglomeração de pessoas. A relevância do comportamento do pedestre, para efeito de incriminação, dependerá do perigo concreto aferido nas circunstâncias".[537]

Com a devida vênia ao renomado autor, e sem embargo da redação diversa do art. 311, quando comparada com a dos demais crimes do CTB, daí não se pode concluir que teria havido um silêncio eloquente no sentido de autorizar a conclusão no sentido de que todo e qualquer veículo possa ser usado para o cometimento do crime em apreço. Ora, não se pode perder de vista que o delito do art. 311 está inserido na Seção II ("Dos crimes em espécie") do Capítulo XIX ("Dos crimes de trânsito") do Código de Trânsito Brasileiro, cujo art. 291 é explícito ao fazer referência aos *crimes cometidos na direção de veículos automotores*. Não bastasse essa interpretação sistemática a que o art. 311 do CTB necessariamente precisa ser submetido, não se pode perder de vista que o verbo núcleo do tipo é *trafegar*, que significa conduzir, dirigir um veículo automotor. É dizer, ninguém *trafega* de bicicleta, patins ou skate. Por consequência, somos levados a acreditar que o *veículo* do art. 311 é necessariamente o *automotor*.[538]

Consta do art. 311 do CTB um rol exemplificativo de certos locais onde a velocidade deve ser compatível com a presença de muitas pessoas: proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros e logradouros estreitos. No entanto, após a fórmula casuística, refere-se o dispositivo legal genericamente a lugares *onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas*, autorizando-se, portanto, a utilização da *interpretação analógica*.

Para fins de tipificação do crime, o agente deve trafegar *em velocidade incompatível com a segurança* nas proximidades de locais onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas. Esse conceito de *velocidade incompatível* funciona como verdadeira norma penal em branco, devendo ser preenchida pela legislação de trânsito. De acordo com o art. 61, *caput*, do CTB, a velocidade máxima permitida para a via será indicada por meio de sinalização. No entanto, segundo o §1º do referido artigo, "onde não existir sinalização regulamentadora, a velocidade máxima será de: I - nas vias urbanas: a) oitenta quilômetros por hora, nas vias de trânsito rápido; b) sessenta quilômetros por hora, nas vias arteriais; c) quarenta quilômetros por hora, nas vias coletoras; d) trinta quilômetros por hora, nas vias locais; II - nas vias rurais: a) nas rodovias de pista dupla: 1) 110 km/h (cento e dez quilômetros por hora) para automóveis, camionetas e motocicletas; 2) 90 km/h (noventa quilômetros por hora) para os demais veículos; b) nas rodovias de pista simples: 1) 100 km/h (cem quilômetros por hora) para automóveis, camionetas e motocicletas; 2) 90 km/h (noventa quilômetros por hora) para os demais veículos; c) nas estradas: 60 km/h (sessenta quilômetros por hora). De se

escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros ou onde haja intensa movimentação de pedestres.

537. Op. cit. Vol. 2. p. 424. PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na Lei n. 9.503/97*. Op. cit. p. 248.

538. Com entendimento semelhante: MITIDIERO, Nei Pires. *Crimes de trânsito e de circulação extratrânsito: comentários à parte penal do CTB*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.473.

notar que esses limites podem ser alterados pelo órgão ou entidade competente, nos termos do art. 61, §2º, do CTB. Destarte, para que se possa saber se o agente praticou ou não o crime do art. 311 há de se verificar se extrapolou o limite de velocidade previsto para a via respectiva em montante relevante de modo a expor a perigo a incolumidade pública.[539]

25.5. Tipo subjetivo.

O crime em análise é punido exclusivamente a título de dolo (direto ou eventual). Não se admite a modalidade culposa.

A consciência e a vontade devem abranger todos os elementos constitutivos do tipo penal. Por conseguinte, na eventualidade de o agente não ter consciência de que trafega em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja movimentação ou concentração de pessoas, admite-se o reconhecimento de erro de tipo. Nesse caso, se invencível, afastará o dolo e a culpa; se vencível, afastará apenas o dolo, restando a culpa, se prevista em lei (CP, art. 20, *caput*). Ora, como o crime do art. 311 do CTB não é punido a título de culpa, há de se reconhecer a atipicidade da conduta do agente, subsistindo, todavia, a depender do caso concreto, eventual infração administrativa, a exemplo daquelas previstas no art. 218, incisos I, II e III, da Lei n. 9.503/97.

O dolo também deve abranger, obrigatoriamente, a *geração de perigo de dano*, elementar do crime do art. 311 do CTB. Destarte, ou o agente, a despeito de ter ciência dos riscos iminentes decorrentes da sua conduta, age deliberadamente para que a situação de perigo se concretize (dolo direto), ou age com total menosprezo à preservação das condições de segurança viária, assumindo o risco de expor a vida, a integridade física ou a saúde das pessoas, a uma situação de perigo concreto (dolo eventual), em virtude da velocidade excessiva por ele imprimida ao veículo automotor.[540]

25.6. Consumação e tentativa.

À primeira vista, fica a impressão de que, à semelhança do art. 309, o crime do art. 311 estaria consumado no exato momento em que o agente dirigisse veículo automotor em velocidade incompatível com a segurança em locais onde houvesse grande movimentação ou concentração de pessoas. Ocorre que não podemos perder de vista que estamos diante de um crime de perigo concreto, já que o próprio tipo penal faz referência ao fato de tal conduta *gerar perigo de dano*. Destarte, o crime estará consumado tão somente quando restar evidenciada a concreta exposição a dano à vida, à integridade física, à saúde e/ou patrimônio das pessoas. É dizer, enquanto o agente estiver apenas dirigindo com excesso de velocidade, ter-se-á mera infração administrativa. O crime restará aperfeiçoado tão somente quando restar caracterizada a produção de perigo de dano, quando, por exemplo, trafegar na contramão da direção, em zigue-zague, em alta velocidade nas proximidades de área escolar, etc.

Como estamos diante de um crime plurissubsistente, a tentativa é possível, pelo menos em tese. Basta supor que alguém estivesse dirigindo em alta velocidade, tendo seu comportamento interrompido, por circunstâncias alheias à sua vontade, antes de se aproximar de um local com grande movimentação de pessoas (v.g., pronto-socorro). Na prática, todavia, a caracterização do *conatus* é extremamente remota, haja vista a dificuldade de se demonstrar que o agente, então na direção de veículo automotor em velocidade incompatível com a segurança, iria gerar uma situação de perigo de dano, sendo impedido, todavia, pela ação de terceiros. Daí por que parte da doutrina prefere dizer que, por se tratar de crime que exige perigo concreto, não se revela possível a configuração da tentativa.[541]

25.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 311 do CTB pode ser classificado da seguinte forma: a) **comum**; b) **de perigo concreto**; c) **instantâneo**; d) **plurissubsistente**; e) **unissubjetivo**.

25.8. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Ao crime do art. 309 do CTB é cominada uma pena de detenção, de seis meses a um ano,

539. Nesse contexto: DELMANTO. Op. cit. p. 489. Em sentido diverso, concluindo que não se trata de desrespeitar os limites de velocidade fixados em placas de sinalização, ou estabelecidos pelo CTB (art. 61), mas de coadunar a velocidade às circunstâncias locais, variando em função da intensidade de pessoas nas pistas e nos espaços próximos: RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 638.

540. Nesse contexto: BITENCOURT. Op. cit. Vol. 2, p. 425.

541. No sentido de que não se admite a tentativa: PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na Lei n. 9.503/97*. Op. cit. p. 249; DELMANTO. Op. cit. p. 489.

ou multa. A *multa* em questão não é a reparatória do art. 297 do CTB, já que não se trata de crime capaz de produzir danos materiais. Cuida-se da multa como espécie de sanção penal, a ser fixada de acordo com os arts. 49 a 52 do Código Penal. Como a pena máxima não é superior a dois anos, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, logo, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitando-se, pois, ao procedimento comum sumaríssimo (CPP, art. 394, §1º, III). Pelo menos em tese, é cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo. No mais, ante o silêncio do CTB, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 100, *caput*).

Art. 312. Inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo, ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere.

26. FRAUDE PROCESSUAL EM CASO DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO.

Pelo menos até a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro (23/01/98), se alguém envolvido em um acidente de trânsito inovasse artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou o juiz, poderia responder pelo crime de fraude processual previsto no art. 347 do Código Penal, ao qual é cominada uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa. Com o advento do CTB, o legislador houve por bem tipificar no art. 312 uma figura específica de fraude processual *em caso de acidente automobilístico*, sendo-lhe cominada, todavia, estranhamente, uma pena diversa (detenção, de seis meses a um ano, ou multa).

26.1. Bem jurídico tutelado.

À semelhança do art. 347 do Código Penal, o bem jurídico tutelado é a Administração da Justiça, especificamente no campo da correta aplicação da lei, atividade que não pode ser submetida a artifícios destinados ao falseamento da prova e, por corolário, aos erros de julgamento, a favor ou contra qualquer das partes envolvidas.

26.2. Sujeitos do crime.

Trata-se de crime comum ou geral, passível, portanto, de ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de possuir ou não qualquer tipo de interesse no acidente automobilístico com vítima. Dessa forma, podem figurar como autor do delito não apenas as partes, ou seus procuradores (v.g., advogado), mas também pessoas alheias à causa, tais como amigos e familiares do agente envolvido no acidente. Pelo menos em tese, um funcionário público também pode cometer o crime do art. 312 do CTB. No entanto, se ele solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida para inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a ele deverá ser imputado exclusivamente o crime de corrupção passiva (CP, art. 317), haja vista a subsidiariedade implícita do crime previsto no art. 312 do CTB.

O sujeito passivo é o Estado. Secundariamente, a pessoa prejudicada pela inovação artificiosa.

26.3. Tipo objetivo.

O núcleo do tipo é *inovar*, que deve ser compreendido como modificar ou alterar algo, introduzindo uma novidade. Consta do art. 312 do CTB o elemento normativo *artificiosamente*, o que significa dizer que a inovação em questão deve ser feita com o emprego de ardil ou fraude material para enganar o agente policial, o perito ou o juiz. Essa inovação artificiosa deve recair sobre o estado de lugar, de coisa ou de pessoa.[542]

De acordo com o *caput* do art. 312 do CTB, essa inovação artificiosa em caso de acidente automobilístico com vítima há de ocorrer na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal. Ocorre que o seu parágrafo único dispõe expressamente que "aplica-se o disposto neste artigo, *ainda que não iniciados*, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere". A expressão *ainda que não iniciado* é cristalina ao permitir a configuração do crime do art. 312 do CTB ainda na fase preliminar de investigações (v.g., chegada da Polícia ao local para

542. Vide adiante comentários acerca do objeto material.

fins de realização de exames periciais), independentemente até mesmo da própria instauração do respectivo procedimento investigatório.

26.4. Objeto material.

O objeto material é o lugar, a coisa ou a pessoa sobre a qual recai a conduta praticada pelo agente. Em caso de acidente automobilístico com vítima, inova-se artificiosamente o estado de lugar retirando-se, por exemplo, as placas de sinalização da velocidade permitida; o estado de coisa, quando, v.g., se eliminam os vestígios de sangue numa peça indiciária de autoria de um homicídio culposo na direção de veículo automotor; o estado de pessoa, quando, a título ilustrativo, alguém derrama uma bebida alcóolica sobre uma pessoa acidentada, a fim de induzir a erro os peritos no sentido de que tal indivíduo estaria embriagado por ocasião da colisão.

26.5. Tipo subjetivo.

O crime é punido a título de dolo (direto ou eventual), acrescido de um especial fim de agir (elemento subjetivo específico), consubstanciado na intenção de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz. Não se admite a modalidade culposa.

26.6. Consumação e tentativa.

O art. 312 do CTB é **crime formal, de consumação antecipada** ou **de resultado cortado**. Consuma-se, pois, no exato momento em que o agente inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito. A parte final da redação típica "a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz" confirma a natureza formal do delito. No plano da tipicidade, portanto, é de todo irrelevante que ocorra ou não o engano do agente policial, do perito, ou do juiz, ou mesmo que, por um motivo qualquer, o processo não alcance a fase de julgamento ou não se realize o exame pericial, desde que o artifício seja idôneo a enganar a autoridade policial, o perito ou o julgador. Afinal, em ambas as hipóteses, a inovação já estará aperfeiçoada.

Levando-se em conta o caráter plurissubsistente do delito, compatível com o fracionamento do delito, admite-se a tentativa. No entanto, para fins de caracterização do *conatus*, exige-se a idoneidade do meio fraudulento, que deve apresentar potencialidade real para enganar o agente policial, o perito, ou o juiz. Logo, se o artifício for grosseiro, perceptível *ictu oculi* (a olho nu), não há falar em tentativa do crime do art. 312 do CTB, mas sim em verdadeiro crime impossível (CP, art. 17), haja vista a ineficácia absoluta do meio.

26.7. Classificação doutrinária.

O crime do art. 312 do CTB pode ser classificado da seguinte forma: a) **simples;** b) **formal, de consumação antecipada** ou **de resultado cortado**, pois se consuma com a prática da conduta, independentemente da produção do resultado naturalístico; c) **de dano**, já que causa lesão à Administração da Justiça; d) **comum**; e) **doloso**; f) **comissivo**, podendo, entretanto, ser praticado via **omissão imprópria**, nos termos do art. 13, §2º, do CP; g) **instantâneo,** pois se consuma em um momento determinado, sem continuidade no tempo; h) **de forma livre**, é dizer, admite qualquer meio de execução; i) **unissubjetivo**; j) **plurissubsistente**; k) **não transeunte**, já que, pelo menos em regra, costuma deixar vestígios, demandando, portanto, a realização de exame de corpo de delito direto (CPP, art. 158).

26.8. Subsidiariedade tácita ou implícita.

A fraude processual em caso de acidente automobilístico com vítima é crime tacitamente subsidiário, é dizer, o art. 312 do CTB somente será aplicável quando o fato não constituir crime mais grave. Por consequência, existindo outro delito com pena mais elevada, a fraude processual em comento restará absorvida. É o que se verifica, a título de exemplo, se, por ocasião de um acidente automobilístico com vítima, houver a ocultação de um cadáver para fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz. Nesse caso, o agente deverá responder exclusivamente pelo crime do art. 211 do Código Penal.

26.9. Fraude processual e direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

O direito ao silêncio, previsto na Carta Magna como direito de permanecer calado, apresenta-se apenas como um dos vários desdobramentos do princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Além da Constituição Federal (art. 5º, LXIII), o referido postulado também se encontra previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.3, "g"), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, "g").

Discute-se se seria possível reconhecer a incidência do *nemo tenetur se detegere* quando um segundo delito fosse praticado para encobrir o primeiro. É

o que pode ocorrer, por exemplo, quando o agente, após se envolver em um acidente de trânsito com vítima, inova artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o agente policial, o perito ou o juiz com o objetivo de produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado. Nesse caso, é possível que o agente responda pelos dois delitos em concurso material? Ou será que o segundo delito – fraude processual em caso de acidente automobilístico com vítima – está amparado pela excludente da ilicitude do exercício regular de direito (direito de não produzir prova contra si mesmo)?

A nosso ver, caso haja a prática de nova infração penal, de maneira autônoma e dissociada de qualquer exigência de colaboração por parte de autoridade, com o objetivo de encobrir delito anteriormente praticado, não há falar em incidência do *nemo tenetur se detegere*. Afinal, desse princípio não decorre a não punibilidade de crimes conexos praticados para encobrir a prática de outros. Não fosse assim, um crime de homicídio praticado contra a testemunha que presenciou o crime antecedente poderia ser considerado como exercício regular de direito. Portanto, em tais situações, como não há risco concreto de autoincriminação, mas mero temor genérico de revelação de crime anteriormente praticado, não se pode admitir que o direito de não produzir prova contra si mesmo possa atenuar a responsabilidade criminal do agente.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou no *habeas corpus* impetrado em favor de A. N. e A. C. J, denunciados pelo homicídio triplamente qualificado de Isabela Nardoni, e também por fraude processual, em decorrência da alteração do local do crime: "(...) O direito à não auto-incriminação não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime, inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificiosamente outra realidade, levar peritos ou o próprio Juiz a erro de avaliação relevante (...)".[543]

26.10. Conflito aparente de normas.

Por força do princípio da especialidade, se a fraude processual for cometida em caso de acidente automobilístico com vítima, o crime do art. 312 do CTB prevalece sobre aquele previsto no art. 347, parágrafo único, do CP. Como a tipificação do crime do art. 312 do CTB demanda a existência de um acidente automobilístico *com vítima*, na eventualidade de a fraude processual ser cometida em um contexto de acidente, porém sem vítima, o agente deverá ser responsabilizado pela figura delituosa prevista no art. 347, *caput*, do Código Penal.

26.11. Pena, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

Ao crime do art. 312 do CTB é cominada uma pena de detenção, de seis meses a um ano, ou multa. Trata-se de infração de menor potencial ofensivo da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeita, portanto, ao procedimento comum sumaríssimo, admitindo a transação penal e a suspensão condicional do processo, pelo menos em tese. Ante o silêncio do CTB, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 100, *caput*).

> **Art. 312-A.** Para os crimes relacionados nos arts. 302 a 312 deste Código, nas situações em que o juiz aplicar a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, esta deverá ser de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, em uma das seguintes atividades: (Incluído pela Lei n. 13.281, de 2016)
>
> **I** - trabalho, aos fins de semana, em equipes de resgate dos corpos de bombeiros e em outras unidades móveis especializadas no atendimento a vítimas de trânsito; (Incluído pela Lei n. 13.281, de 2016)
>
> **II** - trabalho em unidades de pronto-socorro de hospitais da rede pública que recebem vítimas de acidente de trânsito e politraumatizados; (Incluído pela Lei n. 13.281, de 2016)
>
> **III** - trabalho em clínicas ou instituições especializadas na recuperação de acidentados de trânsito; (Incluído pela Lei n. 13.281, de 2016)
>
> **IV** - outras atividades relacionadas ao resgate, atendimento e recuperação de vítimas de acidentes de trânsito. (Incluído pela Lei n. 13.281, de 2016)

27. OBRIGATORIEDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE EM DETERMINADAS ATIVIDADES PARA A HIPÓTESE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

São válidos aqui os comentários ao arts. 292 e 293 do CTB, mais precisamente no tópico em que apontamos a distinção entre a pena principal

543. STJ, 5ª Turma, HC 137.206/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 01/12/2009, DJe 01/02/2010.

prevista no art. 292 do CTB e a pena restritiva de direitos prevista no art. 47, inciso III, do CTB.

(...)

Art. 340. Este Código entra em vigor cento e vinte dias após a data de sua publicação.

Art. 341. Ficam revogadas as Leis nºs 5.108, de 21 de setembro de 1966, 5.693, de 16 de agosto de 1971, 5.820, de 10 de novembro de 1972, 6.124, de 25 de outubro de 1974, 6.308, de 15 de dezembro de 1975, 6.369, de 27 de outubro de 1976, 6.731, de 4 de dezembro de 1979, 7.031, de 20 de setembro de 1982, 7.052, de 2 de dezembro de 1982, 8.102, de 10 de dezembro de 1990, os arts. 1º a 6º e 11 do Decreto-Lei n. 237, de 28 de fevereiro de 1967, e os Decretos-leis nºs 584, de 16 de maio de 1969, 912, de 2 de outubro de 1969, e 2.448, de 21 de julho de 1988.

Brasília, 23 de setembro de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Iris Rezende

Eliseu Padilha

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24.9.1997 e retificado em 25.9.1997

28. VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.

O Código de Trânsito Brasileiro entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 1998.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

LEI 11.340/2006

TÍTULO I
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL.

A Lei nº 11.340/06 foi criada não apenas para atender ao disposto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, segundo o qual "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações", mas também de modo a dar cumprimento a diversos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

No ano de 1975, a Organização das Nações Unidas realizou na cidade do México a I Conferência Mundial sobre a Mulher, proclamando o ano de 1975 como o *Ano Internacional da Mulher* e de 1975 até o ano de 1985 a *Década das Nações Unidas para a Mulher*. Como resultado dessa Conferência surge a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, ou simplesmente Convenção da Mulher, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979, entrando em vigor no dia 3 de setembro de 1981.[1]

Com o objetivo de compensar desigualdades históricas entre os gêneros masculino e feminino, e de modo a estimular a inserção e inclusão desse grupo socialmente vulnerável nos espaços sociais, promovendo-se, assim, a tão desejada isonomia constitucional entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), esta Convenção passou a prever a possibilidade de adoção de *ações afirmativas* ("discriminação positiva"). Afinal, a promoção da igualdade entre os sexos passa não apenas pelo combate à discriminação contra a mulher, mas também pela adoção de políticas compensatórias capazes de acelerar a igualdade de gênero.

Estas *ações afirmativas* podem ser conceituadas como o conjunto de ações, programas e políticas especiais e temporárias que buscam reduzir ou minimizar os efeitos intoleráveis da discriminação em razão de gênero, raça, sexo, religião, deficiência física, ou outro fator de desigualdade. Buscam incluir setores marginalizados num patamar satisfatório de oportunidades sociais, valendo-se de mecanismos compensatórios. Esses programas de ação afirmativa não se colocam em rota de colisão com o princípio da igualdade, potencializando, pelo contrário, expectativas compensatórias e de inserção social de parcelas historicamente marginalizadas. Destinam-se, pois, a equacionar distorções arraigadas ou minorar-lhes as consequências anti-sociais. A justificativa racional, neste

1. Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

caso, parte do correto diagnóstico de tendências sociais refratárias à inclusão social (nos setores da educação, trabalho, acesso aos bens culturais, etc), como também da viabilidade do mecanismo escolhido para substituir ou contrabalançar as referidas tendências, ainda que tomado como parte de políticas públicas mais amplas.

No ano de 1980, foi realizada na cidade de Copenhague (Dinamarca) a *II Conferência Mundial sobre a Mulher*. Além de analisar o Plano elaborado na I Conferência, foram incorporadas outras preocupações, como, por exemplo, os problemas relacionados à saúde, emprego e educação das mulheres. Em 1985, a cidade Nairóbi (Quênia) foi o palco da *III Conferência Mundial sobre a Mulher*, tendo como objetivo precípuo avaliar os resultados da *Década das Nações Unidas para a Mulher*. Enfim, a *Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas* realizada em Viena (Áustria) no ano de 1993 definiu formalmente a violência contra a mulher como espécie de violação aos direitos humanos.

Em sede regional, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica*, também conhecida como *Convenção de Belém do Pará*, no ano de 1994. Incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 1.973/96, esta Convenção passou a tratar a violência contra a mulher como grave problema de saúde pública, conceituando-a nos seguintes termos: "qualquer ação ou conduta baseada, no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado" (art. 1º).

Todas essas Convenções Internacionais visando à proteção da mulher refletem um avanço do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, em um fenômeno designado pela doutrina como *processo de especificação do sujeito de direito*. Por meio dele, o sistema geral de proteção aos direitos humanos – concebido com o propósito de conferir proteção genérica e abstrata a toda e qualquer pessoa – passa a coexistir com um sistema especial, por força do qual determinados grupos específicos (v.g., mulheres, crianças) também passam a gozar de uma proteção especial e particularizada em virtude de sua própria vulnerabilidade.[2]

Apesar do mandamento constitucional do art. 226, § 8º, e dos diversos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil, a Lei nº 11.340/06 surgiu apenas no ano de 2006, exclusivamente para atender à recomendação da OEA decorrente de condenação imposta ao Brasil no caso que ficou conhecido como "Maria da Penha".

Mais recentemente – 28 de novembro de 2018 –, entrou em vigor o Decreto n. 9.586, responsável pela instituição do **Sistema Nacional de Políticas para as Mulheres** - Sinapom, vinculado à Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres do Ministério dos Direitos Humanos, com o objetivo de ampliar e fortalecer a formulação e a execução de políticas públicas de direitos das mulheres, de enfrentamento a todos os tipos de violência e da inclusão das mulheres nos processos de desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.

2. ORIGEM DA "LEI MARIA DA PENHA".

Em data de 22 de setembro de 2006, entrou em vigor a Lei nº 11.340/06, referente à violência doméstica e familiar contra a mulher. Esta lei ficou conhecida como **Lei Maria da Penha** em virtude da grave violência de que foi vítima Maria da Penha Maia Fernandes: em 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza, a farmacêutica Maria da Penha, enquanto dormia, foi atingida por disparo de espingarda desferido por seu próprio marido. Por força desse disparo, que atingiu a vítima em sua coluna, Maria da Penha ficou paraplégica. Porém, as agressões não cessaram. Uma semana depois, a vítima sofreu nova violência por parte de seu então marido, tendo recebido uma descarga elétrica enquanto se banhava. O agressor foi denunciado em 28 de setembro de 1984. Devido a sucessivos recursos e apelos, sua prisão ocorreu somente em setembro de 2002.

Por conta da lentidão do processo, e por envolver grave violação aos direitos humanos, o caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que publicou o Relatório nº 54/2001, no sentido de que *a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso assumido pelo Brasil de reagir adequadamente ante a violência doméstica*. Cinco anos depois da publicação do referido relatório, com o objetivo de coibir e reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher e superar uma violência há muito arraigada na cultura machista do povo brasileiro, entrou em vigor a Lei nº 11.340/06, que ficou mais conhecida como *Lei Maria da Penha*.

2. Nesse sentido: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. p 199.

Art. 2º. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º. Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

3. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA MULHER.

Os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.340/06 enumeram direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana que devem ser assegurados a toda e qualquer mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião: oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social, além de condições para o efetivo exercício dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

À primeira vista, fica a impressão de que o dispositivo seria de todo redundante, já que tais direitos seriam inerentes a todo e qualquer ser humano, seja ele do sexo masculino ou feminino. No entanto, quando nos lembramos que, historicamente, a construção dos direitos humanos ocorreu, inicialmente, com a exclusão da mulher, percebe-se a importância da explicitação de todos esses direitos e garantias fundamentais. De mais a mais, por mais que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e as Constituições mais modernas proclamem a igualdade de todos, é sabido que, infelizmente, ainda se insiste em compreender essa igualdade apenas sob o aspecto formal, olvidando-se da necessária criação de mecanismos capazes de acelerar uma igualdade substantiva entre homens e mulheres. Não por outro motivo, constou expressamente da Declaração e Programa de Ação de Viena (item 18) que "os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais".[3]

Art. 4º. Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

4. INTERPRETAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA.

Nos mesmos moldes que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Dec-Lei nº 4.657/42), cujo art. 5º prevê que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige", o art. 4º da Lei Maria da Penha também dispõe que, para sua interpretação, serão considerados os fins sociais a que ela se destina. Como a Lei nº 11.340/06 foi concebida para tutelar a mulher que se encontra em uma situação de vulnerabilidade no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, é nesse sentido que seus dispositivos deverão ser interpretados, atentando o operador sobremaneira às peculiares condições das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Por isso, os dispositivos constantes da Lei Maria da Penha devem ser interpretados em favor daquela pessoa que mereceu maior proteção do legislador – a mulher vítima de violência em uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto –, e não em sentido contrário. Este o motivo pelo qual causou bastante polêmica uma decisão oriunda da Comarca de Sete Lagoas/MG, na qual um juiz definiu a Lei Maria da Penha, por ele qualificada como um "monstrengo tinhoso", como um "conjunto de regras diabólicas", apontando, ademais, que a "desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher, todos nós sabemos, mas também em virtude da

3. Em sentido semelhante: FARIA, Helena Omena Lopes de; MELO, Mônica de. *Série Estudo*, nº 11. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, out. 1998, p. 373. Apud CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Pena – comentada artigo por artigo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 42.

ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem (...) O mundo é masculino! A ideia que temos de Deus é masculina! Jesus foi homem!". Felizmente, tal decisão acabou sendo reformada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.[4]

TÍTULO II
DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

5. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

Partindo da premissa de que a mulher ainda é comumente oprimida em nossa sociedade, especialmente pelo homem, a Lei Maria da Penha cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conferindo proteção diferenciada ao gênero feminino, tido como vulnerável quando inserido em situações legais específicas elencadas pelo art. 5º: a) ambiente doméstico; b) ambiente familiar; ou c) relação íntima de afeto.

Por conseguinte, a proteção diferenciada contemplada pela Lei Maria da Penha para o gênero feminino terá incidência apenas quando a violência contra a mulher for executada em tais situações de vulnerabilidade. *A contrario sensu*, se uma mulher for vítima de determinada violência, mas o delito não tiver sido executado no ambiente doméstico, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto (v.g., briga entre vizinhos), afigura-se indevida a aplicação da Lei nº 11.340/06.[5]

Interessante perceber que a Lei Maria da Penha utiliza a conjunção aditiva "e" de maneira imprópria quando se refere à violência doméstica *e* familiar contra a mulher. Explica-se: à primeira vista, diante do emprego dessa conjunção aditiva, fica a impressão (equivocada) de que a aplicação da Lei Maria da Penha seria possível apenas nas hipóteses em que a violência fosse praticada no âmbito doméstico, e, concomitantemente, entre familiares. No entanto, para fins de incidência da Lei nº 11.340/06, basta a configuração de qualquer uma das situações elencadas no art. 5º, incisos I, II e III, ou seja, uma violência perpetrada contra a mulher no ambiente doméstico (art. 5º, I), no âmbito familiar (art. 5º, II) ou em qualquer relação íntima de afeto (art. 5º, III). Portanto, melhor teria andado o legislador se tivesse optado pela expressão "violência doméstica *ou* familiar contra a mulher", sobretudo se consideramos que o próprio art. 5º, inciso I, da Lei Maria da Penha, deixa claro que, nas hipóteses de violência executadas no âmbito da unidade doméstica, sequer há necessidade de vínculo familiar entre agressor e vítima – note-se que o dispositivo faz referência ao espaço de convívio permanente de pessoas, *com ou sem vínculo familiar*, inclusive as esporadicamente agregadas.[6]

Como o art. 5º dispõe que configura violência doméstica e familiar contra a mulher *qualquer ação ou omissão baseada no gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, e tendo em vista que os incisos I a V do art. 7º definem as diversas formas de violência como *qualquer conduta*, há certa controvérsia na doutrina acerca da natureza do elemento subjetivo necessário para fins de incidência da Lei Maria da Penha – apenas infrações penais dolosas, ou dolosas e culposas.

À primeira vista, considerando-se que o art. 5º e os incisos do art. 7º não estabelecem qualquer distinção, poder-se-ia pensar que toda e qualquer

4. TJMG, ApCrim 1.0672.06.225305-5, j. 11/12/2007, Rel. Min. Judimar Biber, DO 11/02/2008.

5. Para a aplicação da Lei n. 11.340/06, há necessidade de demonstração da situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência da mulher, numa perspectiva de gênero. A propósito: STJ, 3ª Seção, CC 096.533/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05/12/2008, DJe 05/02/2009; STJ, 5ª Turma, HC 175.816/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20/06/2013, DJe 28/06/2013. A vulnerabilidade, hipossuficiência ou fragilidade da mulher têm-se como presumidas nas circunstâncias descritas na Lei n. 11.340/06. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, RHC 055.030/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23/06/2015, DJe 29/06/2015.

6. Com entendimento semelhante: PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei nº 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 26.

infração penal – dolosa ou culposa – seria capaz de configurar violência doméstica e familiar contra a mulher. No entanto, se se trata de violência de gênero – de se notar que o próprio art. 5º, *caput*, faz referência à *qualquer ação ou omissão baseada no gênero* –, deve ficar evidenciada a consciência e a vontade do agente de atingir uma mulher em situação de vulnerabilidade, o que somente seria possível na hipótese de crimes dolosos. De mais a mais, considerando o menor desvalor inerente aos crimes culposos, que derivam da inobservância de um dever objetivo de cuidado, e não de uma vontade consciente de se aproveitar da situação vulnerável da mulher no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, não faria sentido privar o acusado de tais crimes do gozo dos benefícios despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95, como poderia ocorrer, por exemplo, em um eventual crime de lesão corporal culposa praticado por um pai em detrimento de sua filha.[7]

Em síntese, pode-se dizer que a incidência da Lei Maria da Penha está condicionada à presença de 3 (três) pressupostos cumulativos (e não alternativos): 1) sujeito passivo mulher; 2) prática de violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral: para fins de incidência da Lei Maria da Penha, basta o cometimento de qualquer uma das hipóteses de violência previstas nos incisos I a V do art. 7º; 3) violência dolosa praticada no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família, ou em qualquer relação íntima de afeto: estas situações em que se presume a maior vulnerabilidade da mulher também são alternativas. Logo, para fins de incidência da Lei Maria da Penha, basta a presença de uma delas.

Em conclusão, é de todo relevante destacar que os Tribunais Superiores não têm admitido a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher (v.g., lesão corporal). Comportamentos contrários à lei penal, notadamente quando exercidos com violência contra a mulher, devido à expressiva ofensividade, periculosidade social, reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica causada, perdem a característica da bagatela e devem submeter-se ao direito penal.[8] A propósito, eis o teor da **súmula n. 589 do STJ**: "É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas".

5.1. Sujeito ativo.

Para a caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher, não é necessário que a violência seja perpetrada por pessoas de sexos distintos. O agressor tanto pode ser um homem (união heterossexual) como outra mulher (união homoafetiva).[9] A propósito, basta atentar para o quanto disposto no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 11.340/06, que prevê que as relações pessoais que autorizam o reconhecimento da violência doméstica e familiar contra a mulher *independem de orientação sexual*. Assim, lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros de identidade feminina estão ao abrigo da Lei Maria da Penha, quando a violência for perpetrada entre pessoas que possuem relações domésticas, familiares e íntimas de afeto.[10]

Parte minoritária da doutrina sustenta que não se justifica a aplicação da Lei Maria da Penha quando, no ambiente doméstico, familiar ou afetivo, a violência for perpetrada por uma mulher contra outra. Isso porque se o sujeito ativo também for uma mulher, não estaria presente uma pressuposta superioridade de forças, já que, nesse caso, a violência seria perpetrada entre pessoas supostamente iguais, o que não justificaria a aplicação das restrições da Lei Maria da Penha, criada para proteger o gênero feminino apenas quando presente uma situação de vulnerabilidade.[11]

7. No sentido de que os crimes culposos, mesmo que praticados no âmbito doméstico ou familiar contra a mulher não são abrangidos pelo tratamento especial da Lei Maria da Penha: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: a questão dos crimes culposos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 1169, 13 set. 2006. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/8909/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher. Acesso em: 12 junº 2013. Na mesma linha: FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 674. No entanto, apesar de o Supremo não ter enfrentado diretamente a questão por ocasião do julgamento da ADI 4.424/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012), o Plenário do Supremo concluiu que o crime de lesões corporais praticadas contra a mulher em âmbito doméstico será de ação penal pública incondicionada, mesmo que de natureza leve ou *culposa*.

8. Nesse contexto: STF, 2ª Turma, RHC 133.043/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/05/2016.

9. O STJ tem precedentes de ambas as Turmas no sentido de que o sujeito passivo da violência doméstica objeto da Lei Maria da Penha é a mulher, já o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 277.561/AL, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/11/2014, DJe 13/11/2014; STJ, 6ª Turma, HC 181.246/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/08/2013, DJe 06/09/2013.

10. De se lembrar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar: STF, Pleno, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011. No sentido de que a Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu art. 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual: STJ, 4ª Turma, REsp 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011, DJe 01/02/2012; STJ, 4ª Turma, REsp 827.962/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 21/06/2011, DJe 08/08/2011.

11. PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei nº 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 31.

A nosso ver, não há como se afastar a aplicação da Lei Maria da Penha às hipóteses de violência doméstica e familiar perpetrada por um homem contra a mulher. Nesse caso, parece haver verdadeira presunção absoluta de vulnerabilidade. Em tais situações, a desigualdade entre os gêneros feminino e masculino que justifica o tratamento desigual contemplado pela Lei Maria da Penha pode ser facilmente constatada, seja pela maior força física do homem, seja pela posição de superioridade que geralmente ocupa no seio familiar e social.

Todavia, quando esta mesma violência é perpetrada por uma mulher contra outra no seio de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, não há falar em presunção absoluta de vulnerabilidade do gênero feminino. Cuida-se, na verdade, de presunção relativa. A título de exemplo, possamos pensar numa violência física praticada por uma irmã contra a outra. Como o sujeito ativo de tal crime não se apresenta supostamente mais forte, ameaçador e dominante que a vítima, não há nenhum critério razoável capaz de justificar a aplicação dos ditames gravosos da Lei nº 11.340/06. Afinal, o objetivo da Lei Maria da Penha não foi o de conferir uma proteção indiscriminada a toda e qualquer mulher, mas apenas àquelas que efetivamente se encontrarem em uma situação de vulnerabilidade.

Em outras palavras, para a configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher, é indispensável que a vítima esteja em situação de hipossuficiência física ou econômica, em condição de vulnerabilidade, enfim, que a infração penal tenha como motivação a opressão à mulher. Nesse contexto, como já se pronunciou o STJ, "delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica. (...) No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher".[12]

No entanto, se esta mesma violência for perpetrada no âmbito de uma união homoafetiva, demonstrando-se que a agressora ocupava uma posição de superioridade hierárquica em relação à vítima, que dela dependia economicamente por exercer funções meramente domésticas, não se pode descartar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha, porquanto evidenciada a posição de vulnerabilidade do sujeito passivo, fator de discrímen capaz de justificar a constitucional desigualdade conferida à violência doméstica e familiar contra a mulher.

5.2. Sujeito passivo.

Especificamente em relação ao sujeito passivo da violência doméstica e familiar, há uma exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Por isso, estão protegidas pela Lei Maria da Penha não apenas esposas, companheiras, amantes, namoradas ou ex-namoradas, como também filhas e netas do agressor, sua mãe, sogra, avó, ou qualquer outra parente do sexo feminino com a qual haja uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto.[13]

Como deixa entrever o art. 5º da Lei nº 11.340/06, a *mens legis* da Lei Maria da Penha foi coibir e reprimir toda ação ou omissão contra o gênero *mulher* capaz de causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico. Portanto, revela-se inviável a aplicação da Lei Maria da Penha nas hipóteses de violência contra pessoas do sexo masculino, mesmo quando originadas no ambiente doméstico ou familiar. É nesse sentido o teor da Conclusão nº 8 do Comunicado nº 117/2008 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, publicada no DJE de 06/02/2008: "O parágrafo único do art. 5º da Lei Maria da Penha não se estende a pessoa do sexo masculino vitimizada em relação homoafetiva".

Em dois julgados recentes (ADI 4.275/DF e RE 670.422),[14] o Supremo Tribunal Federal reconheceu

12. STJ, 3ª Seção, CC 88.027/MG, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 18/12/2008. Em sentido semelhante, em caso concreto em que agressões mútuas foram cometidas entre namorados, motivadas pelos ciúmes da namorada, concluiu o STJ não estar presente hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade: STJ, 3ª Seção, CC 96.533/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05/12/2008, DJe 05/02/2009. O objeto de tutela da Lei Maria da Penha é a mulher em situação de vulnerabilidade, não só em relação ao cônjuge ou companheiro, mas também em face de qualquer outro familiar ou pessoa que conviva com a vítima, independentemente do gênero do agressor. Logo, é perfeitamente possível a incidência da Lei 11.340/2006 nas relações entre mãe e filha. Afinal, quando se trata de violência doméstica e familiar contra a mulher, o sujeito ativo do crime pode ser tanto o homem como a mulher, desde que esteja presente o estado de vulnerabilidade caracterizado por uma relação de poder e submissão. A propósito: STJ, 5ª Turma, HC 277.561/AL, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 6/11/2014.

13. No sentido de que as disposições específicas da Lei Maria da Penha estão voltadas exclusivamente à proteção da mulher: STJ, 5ª Turma, RHC 27.622/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/08/2012, DJe 23/08/2012. Na mesma linha: STJ, 3ª Seção, CC 88.027/MG, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 18/12/2008. Afastando a aplicação da Lei nº 11.340/06 à violência perpetrada entre dois irmãos do sexo masculino: STJ, 6ª Turma, HC 212.767/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS –, j. 13/09/2011, DJe 09/11/2011. Há decisão isolada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais admitindo a aplicação da Lei Maria da Penha a favor de homem vítima de violência doméstica: TJMG, ACrim. 1.0672.07.249317-0, j. 06/11/2007, Rel. Des. Judimar Biber.

14. STF, Pleno, ADI 4.275/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 1º/03/2018; RE 670.422/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15/08/2018.

aos transgêneros e aos transexuais, *independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil*. No referido julgado, concluiu a Suprema Corte que o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. A pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. Para tanto, considerou-se desnecessário qualquer requisito atinente à maioridade, ou outros que limitem a adequada e integral proteção da identidade de gênero autopercebida. Além disso, independentemente da natureza dos procedimentos para a mudança de nome, asseverou que a exigência da via jurisdicional constitui limitante incompatível com essa proteção. Ressaltou que os pedidos podem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado pelo solicitante, sem a obrigatoriedade de comprovar requisitos tais como certificações médicas ou psicológicas, ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes. Pontuou que os pedidos devem ser confidenciais, e os documentos não podem fazer remissão a eventuais alterações. Os procedimentos devem ser céleres e, na medida do possível, gratuitos. Por fim, concluiu pela inexigibilidade da realização de qualquer tipo de operação ou intervenção cirúrgica ou hormonal. Com base nessa decisão, é de rigor a conclusão no sentido de que, na eventualidade de um transgênero (ou transexual) proceder à alteração de seu gênero diretamente no registro civil, identificando-se, a partir de então, como *mulher*, poderá ser sujeito passivo da violência doméstica e familiar prevista na Lei Maria da Penha.

Na hipótese de uma mesma agressão ser perpetrada contra vítimas de sexos diversos (v.g., pai que agride simultaneamente um filho e uma filha), estará sujeita à Lei Maria da Penha apenas a violência perpetrada contra a criança do sexo feminino. No entanto, ante a conexão probatória entre os dois delitos, é perfeitamente possível a reunião dos feitos perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95. Nesse caso, os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados (v.g., transação penal, suspensão condicional do processo) só poderão ser aplicados em relação à infração de menor potencial ofensivo cometida contra o filho, vez que não se admite a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes e contravenções praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06, art. 41).

O fato de a vítima ser figura pública renomada não afasta a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar e julgar o delito. Isso porque a situação de vulnerabilidade e de hipossuficiência da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, revela-se *ipso facto*, sendo irrelevante a sua condição pessoal para a aplicação da Lei Maria da Penha. Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher é pressuposto de validade da referida lei, por isso o Estado deve oferecer proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente. Vale ressaltar que, em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração desse pressuposto – presunção de hipossuficiência da mulher –, que, aliás, é ínsito à condição da mulher na sociedade hodierna. Desse modo, as denúncias de agressões, em razão do gênero, que porventura ocorram neste contexto, devem ser processadas e julgadas pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos termos do art. 14 da Lei 11.340/2006.[15]

5.3. Âmbito da unidade doméstica.

A primeira situação prevista pela Lei Maria da Penha em que se presume a maior vulnerabilidade da mulher diz respeito ao âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas.

A expressão *com ou sem vínculo familiar* constante do art. 5º, I, da Lei Maria da Penha, associada à comparação com os demais incisos do art. 5º, deixa entrever que a existência de laços familiares ou de uma relação íntima de afeto entre agressor e vítima não é condição *sine qua non* para o reconhecimento da violência doméstica e familiar praticada no âmbito da unidade doméstica, porquanto, nesta hipótese, o legislador presume a vulnerabilidade da mulher levando em consideração tão somente o aspecto espacial, leia-se, o local onde foi praticada a conduta.

No entanto, o simples fato de uma violência ser praticada contra uma mulher no âmbito da unidade doméstica não a transforma em hipótese

15. STJ, 5ª Turma, REsp 1.416.580/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 1º/4/2014, DJe 15/04/2014.

fática sujeita aos gravames da Lei Maria da Penha. Para tanto, é indispensável que o agressor e a vítima façam parte dessa mesma unidade doméstica. Por conseguinte, como o legislador faz referência ao *espaço de convívio permanente de pessoas*, não basta que autor e ofendido estejam em um espaço doméstico, onde, por exemplo, haja relação doméstica entre terceiros. Para além disso, também se faz necessário que ambos pertençam a essa mesma unidade doméstica, ainda que esporadicamente agregadas. A título de exemplo, se uma mulher, decoradora de ambientes, sofrer uma violência física por ocasião da realização de um trabalho em determinada residência, não há falar em aplicação da Lei Maria da Penha, porquanto tal vítima não faz parte dessa relação doméstica. Agora, se esta mesma violência no âmbito da unidade doméstica for cometida em detrimento, por exemplo, de uma mulher sob o regime de tutela ou curatela, forçoso é concluir que se trata de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Especificamente em relação à violência contra empregadas domésticas, há de se ficar atento à situação fática. Por exemplo, se se trata de uma diarista, que presta serviços eventuais ao patrão, eventual violência contra ela perpetrada não pode ser rotulada como doméstica e familiar contra a mulher. Ora, por mais que esta diarista tenha acesso ao espaço caseiro, como sua permanência no local de trabalho geralmente fica restrita ao cumprimento de tarefas específicas, daí não se pode concluir que faça parte do *convívio permanente de pessoas* necessário ao reconhecimento da violência no âmbito da unidade doméstica. Lado outro, como o art. 5º, I, da Lei Maria da Penha, faz menção expressa às pessoas *esporadicamente agregadas*, se se tratar de uma empregada doméstica que mora com a família empregadora, para eles prestando serviços há vários anos, tratada por todos como verdadeira integrante da família, não dispondo de uma fuga eficaz e imediata do local de trabalho na hipótese de ser vítima de algum tipo de violência, não se pode afastar a possibilidade de aplicação dos benefícios e restrições contemplados pela Lei Maria da Penha.[16]

5.4. Âmbito familiar.

A segunda hipótese que autoriza o reconhecimento da violência doméstica e familiar contra a mulher ocorre quando a agressão é cometida no *âmbito da família*, compreendida como a unidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

Ao contrário da hipótese anterior, o traço peculiar dessa hipótese de violência é a existência de vínculos familiares, pouco importando o local de cometimento da violência, que não necessariamente precisa ser o espaço caseiro. Em outras palavras, havendo laços familiares entre agressor e vítima, pouco importa se a violência foi praticada no âmbito da unidade doméstica ou em qualquer outro ambiente. A violência familiar contra a mulher estará caracterizada em ambas as hipóteses, independentemente de coabitação entre o agente e a ofendida. Por isso, em caso concreto no qual o irmão foi ao apartamento da sua irmã, com vontade livre e consciente, fazendo várias ameaças de causar-lhe mal injusto e grave, além de ter provocado danos materiais em seu carro, causando-lhe sofrimento psicológico e dano moral e patrimonial, no intuito de forçá-la a abrir mão do controle da pensão que a mãe de ambos recebe, concluiu o STJ tratar-se de feito da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.[17]

A violência praticada no âmbito da família engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal (v.g., casamento), parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção). Em virtude da expressão "comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados", é necessário buscar na lei civil a definição dos vínculos de parentesco (CC, arts. 1.591, 1.592 e 1.593). Segundo a doutrina, essa expressão legal alcança igualmente a filiação socioafetiva, uma vez que o estado de filho afetivo faz com que as pessoas sintam-se aparentadas.[18]

Portanto, é perfeitamente possível o reconhecimento da violência familiar nas relações de parentesco. A Lei Maria da Penha pode ser aplicada, por exemplo, entre irmãos ou entre ascendentes e descendentes. Por isso, em caso concreto em que a violência foi perpetrada contra cunhada do

16. Em sentido semelhante: JESUS, Damásio de; SANTOS, Hermelino de Oliveira. *A empregada doméstica e a Lei "Maria da Penha"*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2006. Disponível em: www.damasio.com.br.

17. STJ, 5ª Turma, REsp 1.239.850/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/02/2012. A hipótese de briga entre irmãos – que ameaçaram a vítima de morte – amolda-se àqueles objetos de proteção da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *In casu*, caracterizada a relação íntima de afeto familiar entre os agressores e a vítima, inexiste a exigência de coabitação ao tempo do crime, para a configuração da violência doméstica contra a mulher: STJ, 6ª Turma, HC 184.990/RS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 12/06/2012.

18. DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 48.

acusado, que vivia há mais de um ano com o casal sob o mesmo teto, concluiu o STJ ser possível a incidência da Lei Maria da Penha, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 11.340/06.[19]

Evidentemente, nem todo crime envolvendo relação entre parentes pode dar ensejo à aplicação da Lei Maria da Penha. Logo, é do juizado especial criminal — e não do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher — a competência para processar e julgar ação penal referente a suposto crime de ameaça (art. 147 do CP) praticado por nora contra sua sogra na hipótese em que não estejam presentes os requisitos cumulativos de relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade.[20]

5.5. Qualquer relação íntima de afeto, independentemente de coabitação.

A última situação fática que autoriza o reconhecimento da violência doméstica e familiar contra a mulher diz respeito à existência de *qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*

Como o legislador faz uso do adjetivo *íntima* ao se referir à relação de afeto, discute-se na doutrina a amplitude desse preceito. De um lado, há quem entenda que o art. 5º, inciso III, faz referência às relações de afeto de forma ampla, rotulando como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer agressão inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundado em camaradagem, confiança, amor, etc.[21]

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos que esta relação *íntima* de afeto deve ser interpretada restritivamente, no sentido de abranger apenas relacionamentos dotados de conotação sexual ou amorosa (v.g., noivado). Por consequência, uma simples amizade, por mais próxima que seja, não pode ser etiquetada como relação *íntima* de afeto capaz de autorizar o reconhecimento de violência doméstica e familiar contra a mulher, vez que, em tais situações, dificilmente estará presente uma situação de vulnerabilidade, exatamente o que justifica o tratamento diferenciado conferido pela Lei Maria da Penha ao gênero feminino.[22]

Nesta hipótese do art. 5º, inciso III, da Lei Maria da Penha, o legislador ordinário ultrapassa os limites conceituais de violência doméstica estabelecidos na norma internacional que lhe serviu de inspiração, na medida em que a Lei Maria da Penha vai além do quanto disposto na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, porquanto dispensa o requisito da coabitação em uma relação que não é doméstica nem tampouco familiar. Explica-se: a Convenção de Belém do Pará, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 1.973/96, define a violência contra a mulher como a conduta "que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido *no mesmo domicílio que a mulher*" (art. 2º, "a"). Como se percebe, o conceito inserido na referida Convenção abrange apenas as relações familiares, domésticas e interpessoais em que haja coabitação entre o agressor e a vítima, seja ela atual ou anterior, requisito este dispensado pela Lei Maria da Penha para o reconhecimento da existência de uma relação íntima de afeto, já que o próprio inciso III do art. 5º faz uso da expressão *independentemente de coabitação.*

Diante desse aparente conflito, parte da doutrina sustenta que a Lei Maria da Penha não pode ser aplicada a uma relação íntima de afeto, quando dissociada da coabitação, porquanto não estaria presente uma situação de vulnerabilidade capaz de justificar o tratamento mais gravoso ao agressor. Entre outros, é nesse sentido a lição de Nucci. Para o autor, "se agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do disposto no inc. III".[23]

A despeito desse entendimento, preferimos entender que, por força do princípio *pro homine*, segundo o qual, em matéria de direitos humanos, deve sempre prevalecer a norma mais favorável,[24]

19. STJ, 5ª Turma, HC 172.634/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/03/2012, DJe 19/03/2012.

20. STJ, 5ª Turma, HC 175.816/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20/06/2013, DJe 28/06/2013.

21. Nessa linha: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 55.

22. Nesse contexto: FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit. p. 679.

23. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 548. Em sentido semelhante, Pedro Rui da Fontoura Porto (op. cit. p. 28) sustenta que a expressão *qualquer relação íntima de afeto*, sem um requisito mais palpável como a coabitação, criminaliza uma abrangência de relacionamentos interpessoais tão larga que põe em risco o princípio da taxatividade, corolário fundamental da legalidade estrita (*nullum crimen sine praevia lege, scripta et stricta*). No sentido de que ligações transitórias e passageiras não autorizam a aplicação da Lei Maria da Penha: STJ, 3ª Seção, CC 95.057/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 29/10/2008. E ainda: STJ, 3ª Seção, CC 91.980/MG, Rel. Min. Nilson Naves, Dje 05/02/2009.

24. Como destaca Antônio Cançado Trindade, em tema de direitos humanos, deve-se abandonar a antiga polêmica entre monistas e dualistas: "não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno". A primazia é "da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno". (*A proteção dos direitos humanos nos planos nacional*

entre a norma de direito internacional (Convenção de Belém do Pará, art. 2º, alínea "a") e a norma de direito interno (Lei nº 11.340/06, art. 5º, III), há de ser aplicada aquela que confere maior proteção à mulher vítima da violência, qual seja, aquela constante da Lei Maria da Penha, que dispensa a coabitação entre o agressor e a vítima para fins de reconhecimento de uma relação íntima de afeto. É no mesmo sentido a lição de Maria Berenice Dias. Segundo a autora, "até mesmo os vínculos afetivos que refogem ao conceito de família e de entidade familiar não deixam de ser marcados pela violência. Mesmo que não vivam sob o mesmo teto, havendo violência, merece a mulher receber o abrigo da Lei Maria da Penha. Para a configuração de violência doméstica é necessário um nexo entre a agressão e a situação que a gerou, ou seja, a relação íntima de afeto deve ser a causa da violência".[25]

A jurisprudência parece caminhar neste último sentido. A propósito, em caso concreto referente à violência decorrente de relacionamento amoroso então existente entre autor e vítima, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que, para fins de configuração de violência doméstica, basta que estejam presentes as hipóteses previstas no artigo 5º da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), dentre as quais *não se encontra a necessidade de coabitação entre autor e vítima*.[26] Nesse sentido, eis o teor da **súmula n. 600 do STJ**: "Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), não se exige a coabitação entre autor e vítima".

Especificamente em relação ao namoro como espécie de *relação íntima de afeto*, há precedentes do STJ no sentido de que a aplicabilidade da Lei Maria da Penha deve ser analisada em face do caso concreto. Não se pode ampliar o termo – *relação íntima de afeto* – para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico. Todavia, verificando-se nexo de causalidade entre uma conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre agressor e vítima, que estaria sendo ameaçada de morte após romper namoro de quase dois anos, deve se aplicar a Lei nº 11.340/2006, pouco importando que tenha havido (ou não) coabitação.[27]

Art. 6º. A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

6. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER COMO UMA DAS FORMAS DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

Consoante disposto no art. 6º da Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Isso, todavia, não significa dizer que, por força do art. 109, inciso V-A, da Constituição Federal, a competência para o processo e julgamento dos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher seria da competência da Justiça Federal. Ora, o chamado incidente de deslocamento da competência criado pela Emenda Constitucional nº 45/04 não fixou a competência exclusiva da Justiça Federal para o processo e julgamento de crimes contra os direitos humanos. Pelo contrário, reafirmou a regra da competência da Justiça Estadual, ficando a competência federal condicionada ao preenchimento dos requisitos constantes do § 5º do art. 109 da CF, quais sejam: a) a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos; b) demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal.

Por conseguinte, por mais que a violência doméstica e familiar contra a mulher funcione como uma das formas de violação dos direitos humanos, subsiste a competência da Justiça Estadual para o julgamento desses processos. Evidentemente, se restar evidenciada a inércia do Estado-membro em proceder à persecução penal, é perfeitamente possível a propositura do incidente de deslocamento da competência pelo Procurador-Geral da República, que deverá ser decidido pela 3ª Seção do

e internacional: perspectivas brasileiras, p. 317-318, *apud* Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. P. 122, nota 126).

25. DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 49.

26. STJ, 6ª Turma, HC 115.857/MG, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG – j. 16/12/2008, DJe 02/02/2009.

27. STJ, 3ª Seção, CC 100.654/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Dje 13/05/2009. Com entendimento semelhante: STJ, 6ª Turma, HC 92.875/RS, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 0/10/2008. Em caso concreto no qual o agressor convivera com a ofendida por vinte e quatro anos, ainda que apenas como namorados, o STJ também reconheceu a incidência do art. 5º, III, da Lei Maria da Penha: STJ, 3ª Seção, CC 103.813/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24/06/2009. Em outro julgado, concluiu o STJ que "o namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica". (STJ, 3ª Seção, CC 96.532/MG, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 05/12/2008, DJe 19/12/2008). Ainda no sentido de que a agressão cometida por ex-namorado também autoriza a aplicação da Lei Maria da Penha: STJ, 5ª Turma, HC 181.217/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 20/10/2011, DJe 04/11/2011; STJ, 5ª Turma, REsp 1.416.580/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 01/04/2014, DJe 15/04/2014; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 059.208/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 26/02/2013, DJe 07/03/2013.

Superior Tribunal de Justiça, composta pela 5ª e 6ª Turmas, conforme Resolução nº 6, de 06/12/2005, da Presidência do STJ.

CAPÍTULO II
DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei n. 13.772/18)

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

7. FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

Na esfera penal, a expressão "violência" designa apenas a violência física ou corporal (*vis corporalis*), ou seja, o emprego de força física sobre o corpo da vítima de modo a facilitar a execução de determinado crime, a exemplo do que ocorre nos crimes de roubo (CP, art. 157) e de estupro (CP, art. 213). O termo "violência" não abrange, portanto, a grave ameaça (*vis compulsiva*), nem tampouco a chamada violência imprópria, que corresponde à utilização de qualquer outro meio capaz de reduzir a possibilidade de resistência por parte da vítima (v.g., CP, art. 157, *caput, in fine*).

Em sentido diverso, a Lei Maria da Penha utiliza o termo "violência" em sentido amplo, abarcando não apenas a violência física, como também a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral (art. 7º). Além disso, a Lei nº 11.340/06 também utiliza a expressão "violência moral" com significado distinto daquele tradicionalmente utilizado pelo Código Penal. De fato, no âmbito do Estatuto Penal, o termo "violência moral" é utilizado pelo legislador para se referir à grave ameaça, ao passo que a Lei Maria da Penha faz uso desse termo para se referir às condutas que configurem calúnia, difamação ou injúria (art. 7º, V), optando pela expressão "violência psicológica" para se referir à qualquer espécie de ameaça perpetrada contra a mulher (art. 7º, II).

A caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher não exige a presença simultânea e cumulativa de todos os requisitos do art. 7º. Ou seja, para o reconhecimento da violência contra a mulher, basta a presença alternativa de um dos incisos do art. 7º, em combinação alternativa com um dos pressupostos do art. 5º (âmbito da unidade doméstica, âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto). Logo, a violência doméstica e familiar contra a mulher estará configurada tanto quando uma mulher for vítima de violência sexual no âmbito da unidade doméstica, quando contra ela for perpetrada violência psicológica numa relação íntima de afeto.

Para o reconhecimento dessa violência doméstica *ou* familiar contra a mulher, não há necessidade de habitualidade. Nesse sentido, basta atentar para o quanto disposto no art. 5º da Lei Maria da Penha, que se refere à prática de *qualquer ação ou omissão*.

Discute-se na doutrina se as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher elencadas pelo art. 7º (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral) figuram como um rol taxativo (*numerus clausus*) ou meramente exemplificativo (*numerus apertus*).

Parte da doutrina entende que, por se tratar de diploma legal que impõe regime jurídico mais

gravoso, conferindo proteção diferenciada ao gênero feminino, o rol do art. 7º deve ser considerado *numerus clausus*, já que uma norma restritiva de direitos não pode ser interpretada extensivamente. Logo, a expressão "entre outras" constante do *caput* do art. 7º deve ser compreendida em função da configuração aberta das definições contidas em cada um de seus incisos, mas não de modo a permitir a ampliação das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.[28]

Em sentido diverso, em posição à qual nos filiamos, outros doutrinadores sustentam que, como o art. 7º faz uso da expressão "entre outras", não se trata de um rol taxativo. Logo, é perfeitamente possível o reconhecimento de outras formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Tem-se aí verdadeira hipótese de interpretação analógica: como o legislador não é capaz de prever todas as situações de violência que podem ocorrer no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, utiliza-se de uma fórmula casuística – *violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral* –, para depois se valer de uma fórmula genérica – *entre outras* –, o que significa dizer que toda e qualquer forma de violência contra a mulher semelhante àquelas anteriormente mencionadas será idônea para autorizar a incidência dos ditames gravosos da Lei Maria da Penha.

7.1. Violência física.

A primeira espécie de violência explicitada pelo art. 7º é a violência física, compreendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal.

Como se percebe, *violência física* (*vis corporalis*) é o emprego de força física sobre o corpo da vítima, visando causar lesão à integridade ou à saúde corporal da vítima. São exemplos de violência física, ofensivas à integridade, as fraturas, fissuras, escoriações, queimaduras, luxações, equimoses e hematomas. A ofensa à saúde corporal, por sua vez, compreende as perturbações fisiológicas (desarranjo no funcionamento de algum órgão do corpo humano) ou mentais (alteração prejudicial da atividade cerebral). Como exemplos de crimes praticados com violência física, podemos citar as diversas espécies de lesão corporal (CP, art. 129), o homicídio (CP, art. 121) e até mesmo a contravenção penal de vias de fato (Dec.-Lei nº 3.688/41, art. 21).

7.2. Violência psicológica.

Com a redação dada pela Lei n. 13.772/18, a *violência psicológica* passou a ser conceituada pela Lei Maria da Penha como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, *violação de sua intimidade*, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Por meio desta espécie de violência, vez por outra inclusive mais grave que a violência física, o agressor procura causar danos emocionais à mulher, geralmente por meio de ameaças, rejeições, humilhações ou discriminações, objetivando não apenas diminuir sua autoestima, como também prejudicar seu pleno desenvolvimento. Crimes como o constrangimento ilegal (CP, art. 146), a ameaça (CP, art. 147), e o sequestro e cárcere privado (CP, art. 148), podem ser citados como exemplos de infrações penais que materializam essa violência psicológica.

A propósito, em caso concreto no qual o acusado fez várias ameaças de causar mal injusto e grave a sua irmã, provocando danos materiais em seu carro, causando-lhe sofrimento psicológico e dano moral e patrimonial com o objetivo de forçá-la a abrir mão do controle da pensão que a mãe de ambos recebia, concluiu o STJ que, a despeito de não haver coabitação entre autor e vítima, seria possível a aplicação da Lei Maria da Penha porquanto estaria evidente que o agente teria se valido de sua autoridade de irmão da vítima para subjugar sua irmã com o fim de obter para si o controle do dinheiro da pensão.[29]

Comparando-se a redação original do art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha, com aquela que lhe foi conferida pela Lei n. 13.772, com vigência em data de 20 de dezembro de 2018, denota-se o acréscimo da *violação da intimidade* como uma das condutas capazes de se subsumir ao conceito de violência psicológica. A título de exemplo de crime capaz de acarretar violação à intimidade da mulher, podemos citar a novel figura delituosa do *registro não autorizado de intimidade sexual*,

28. Nesse sentido: FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 668.

29. STJ, 5ª Turma, REsp 1.239.850/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/02/2012, DJe 05/03/2012.

definida nos seguintes termos pelo Código Penal, com redação dada pela Lei n. 13.772/18: "Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo".

7.3. Violência sexual.

A terceira forma de violência doméstica e familiar contra a mulher explicitamente descrita pelo art. 7º é a sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Esta espécie de violência é concretizada através de diversos crimes previstos no Código Penal, tais como o estupro (CP, art. 213), estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (CP, art. 218-A), favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (CP, art. 218-B), entre outros previstos no Título VI da Parte Especial do Código Penal, que versa sobre os *Crimes contra a dignidade sexual.*

Como a Lei Maria da Penha não traz qualquer norma especial em sentido diverso, a majorante do art. 226, inciso II, do Código Penal, continua sendo aplicável apenas quando os crimes contra a liberdade sexual e contra vulnerável forem praticados por ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por pessoa que, por qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela. Como se percebe, esta causa de aumento de pena é mais restrita que o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06, arts. 5º e 7º). Exemplificando, se um crime de estupro for praticado por um primo no âmbito da unidade familiar, por mais que se trate de hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher, não será possível a incidência da causa de aumento de pena do art. 226, II, do CP, o que, todavia, não afasta a aplicação da circunstância agravante do art. 61, II, alínea "f", *in fine*, do mesmo diploma legal.[30]

7.4. Violência patrimonial.

Consoante disposto no art. 7º, inciso IV, da Lei nº 11.340/06, a violência patrimonial deve ser compreendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Exemplos de crimes que materializam essa forma de violência podem ser encontrados no Título II da Parte Especial do Código Penal, que versa sobre os *Crimes contra o patrimônio.* Apesar de o legislador fazer referência à *violência* patrimonial, esta forma de violência doméstica e familiar contra a mulher prevista no art. 7º, IV, da Lei Maria da Penha, não pressupõe o emprego de violência física ou corporal, restando caracterizada mesmo nas hipóteses de crimes patrimoniais praticados sem o emprego de *vis corporalis* ou grave ameaça (v.g., furto, furto de coisa comum, apropriação indébita, estelionato).

Como o art. 7º da Lei Maria da Penha aponta a violência patrimonial como uma das formas de violência, há certa controvérsia na doutrina quanto à possibilidade de aplicação das imunidades absolutas e relativas aos crimes patrimoniais praticados em um contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher sem o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa (CP, art. 183, I). Sobre o assunto, há duas posições antagônicas:

a) uma primeira corrente entende que às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher não são aplicáveis as imunidades absolutas (art. 181) e relativas (art. 182) previstas no Código Penal. É nesse sentido a lição de Maria Berenice Dias. Para a autora, como a violência patrimonial é uma das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06, art. 7º, IV), quando a vítima for mulher e mantiver com o autor da infração vínculo de natureza familiar, não será possível a aplicação das referidas imunidades. Destarte, como o furto não mais será tolerado nas relações afetivas, o agressor pode ser

30. Com entendimento semelhante: FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial.* Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 671.

objeto de persecução penal, sujeitando-se ademais, à aplicação da circunstância agravante do art. 61, II, "f", do CP;[31]

b) uma segunda corrente doutrinária, à qual nos filiamos, sustenta que, diante do silêncio da Lei Maria da Penha, que não contém qualquer dispositivo expresso vedando a aplicação dos arts. 181 e 182 do CP, o ideal é concluir que as imunidades absolutas e relativas continuam sendo aplicáveis às infrações penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Quando a lei quis afastar a possibilidade de aplicação de tais imunidades a determinada espécie de crime, o fez de maneira expressa, a exemplo do que se dá na hipótese de crime praticado contra o patrimônio de idoso. De fato, consoante disposto no art. 183, inciso III, do Código Penal, acrescentado pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), não se aplicam as imunidades dos arts. 181 e 182 quando o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Ora, se o Estatuto do Idoso trouxe vedação expressa quanto à incidência das imunidades a tais crimes, é evidente que a Lei Maria da Penha devia ter contemplado semelhante restrição. Se não o fez, não é dado ao operador estender semelhante restrição aos crimes patrimoniais praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, sob pena de verdadeira analogia *in malam* partem, colocando-se em rota de colisão com o princípio da legalidade.[32]

7.5. Violência moral.

A última forma de violência prevista no art. 7º da Lei Maria da Penha é a moral, conceituada como qualquer conduta que configure calúnia (imputar falsamente a alguém fato definido como crime), difamação (imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação) ou injúria (ofender a dignidade ou o decoro de alguém).

Como os três crimes acima apontados têm, em regra, pena máxima cominada igual ou inferior a 2 (dois) anos, poder-se ia concluir que a competência para seu processo e julgamento seria dos Juizados Especiais Criminais, por se tratar de infração de menor potencial ofensivo. Todavia, como o art. 41 da Lei Maria da Penha é expresso no sentido de vedar a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, é certo concluir que, presente uma das hipóteses do art. 5º da Lei nº 11.340/06, não se admite a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados, recaindo sobre o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a competência para o processo e julgamento de tais delitos. Portanto, caracterizada hipótese de violência moral contra a mulher no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, mesmo que a infração penal praticada seja considerada de menor potencial ofensivo, fixar-se-á a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.[33]

Com o desenvolvimento das novas tecnologias de informação, tem havido um sensível incremento da violência moral contra a mulher. Infelizmente, é comum a exposição pela internet de vídeos e fotografias capturadas em momentos de intimidade de um casal após o fim de determinado relacionamento, causando inegável prejuízo à honra objetiva e subjetiva da mulher. Em tais hipóteses, para além da responsabilização criminal do agressor, também se admite o ajuizamento, no cível, de demanda visando à reparação por eventuais danos materiais e morais.

TÍTULO III
DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

CAPÍTULO I
DAS MEDIDAS INTEGRADAS DE PREVENÇÃO

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais, tendo por diretrizes:

I – a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II – a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar

31. DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 71.

32. Com entendimento semelhante: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 66.

33. STJ, 3ª Seção, CC 102.832/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 22/04/2009. Para mais detalhes acerca da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, remetemos o leitor aos comentários ao art. 14 da Lei Maria da Penha.

contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III – o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV – a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V – a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI – a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII – a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII – a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX – o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à eqüidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

CAPÍTULO II
DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Art. 9º. A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I – acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses;[34]

III – encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente. (Incluído pela Lei n. 13.894, de 2019)

§ 3º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual.

§ 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços. (Incluído pela Lei n. 13.871, de 2019)

§ 5º Os dispositivos de segurança destinados ao uso em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar amparadas por medidas protetivas terão seus custos ressarcidos pelo agressor. (Incluído pela Lei n. 13.871, de 2019)

§ 6º O ressarcimento de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo não poderá importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e

34. Para mais detalhes acerca do art. 9º, §2º, inciso II, consultar o item "medidas protetivas de urgência à ofendida".

dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada. (Incluído pela Lei n. 13.871, de 2019)

§ 7º A mulher em situação de violência doméstica e familiar tem prioridade para matricular seus dependentes em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio, ou transferi-los para essa instituição, mediante a apresentação dos documentos comprobatórios do registro da ocorrência policial ou do processo de violência doméstica e familiar em curso. (Incluído pela Lei n. 13.882, de 2019)

§ 8º Serão sigilosos os dados da ofendida e de seus dependentes matriculados ou transferidos conforme o disposto no § 7º deste artigo, e o acesso às informações será reservado ao juiz, ao Ministério Público e aos órgãos competentes do poder público. (Incluído pela Lei n. 13.882, de 2019)

CAPÍTULO III
DO ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados. (Incluído pela Lei n. 13.505/17)

§ 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes: (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas; (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada. (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

§ 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento: (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida; (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial; (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a degravação e a mídia integrar o inquérito. (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I – garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II – encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III – fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV – se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V – informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis, inclusive os de assistência judiciária para o eventual ajuizamento perante o juízo competente da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável. (Redação dada pela Lei n. 13.894, de 2019)

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III – remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV – determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V – ouvir o agressor e as testemunhas;

VI – ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VI-A – verificar se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo e, na hipótese de existência, juntar aos autos essa informação, bem como notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento); (Incluído pela Lei n. 13.880, de 2019)

VII – remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I – qualificação da ofendida e do agressor;

II – nome e idade dos dependentes;

III – descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

IV – informação sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente. (Incluído pela Lei n. 13.836, de 2019)

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

Art. 12-A. Os Estados e o Distrito Federal, na formulação de suas políticas e planos de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, darão prioridade, no âmbito da Polícia Civil, à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), de Núcleos Investigativos de Feminicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher. (Incluído pela Lei n. 13.505/17).

Art. 12- B. VETADO.

§1º (VETADO)

§2º (VETADO)

§3º A autoridade policial poderá requisitar os serviços públicos necessários à defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar e de seus dependentes. (Incluído pela Lei n. 13.505, de 2017)

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:[35] (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

I - pela autoridade judicial; (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do *caput* deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

8. DEPOIMENTO DE VULNERÁVEL (DEPOIMENTO ESPECIAL).

Testemunha vulnerável é aquela pessoa que, em virtude de suas próprias condições pessoais, ou em face da natureza da infração penal praticada contra ela, pode ser intimidada com facilidade, tornando-se incapaz de prestar declarações com liberdade, caso venha a prestar depoimento na

35. Por razões didáticas, optamos por analisar o art. 12-C da Lei Maria da Penha, incluído pela Lei n. 13.827/19, nos comentários ao art. 19, para onde remetemos o leitor.

presença física do acusado. Nesse conceito estão incluídas não apenas aquelas pessoas listadas no art. 217-A do Código Penal – menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais que não tenham o necessário discernimento para a prática de ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência –, como também idosos e testemunhas ou vítimas de crimes cometidos no contexto familiar ou de núcleo social fechado.

Diferencia-se da testemunha anônima, pois, em relação a esta, impede-se o acusado e seu defensor técnico de verem a testemunha, para preservar a verdadeira identidade dela. Com relação à testemunha vulnerável, o acusado e seu defensor conhecem a verdadeira identidade da testemunha, podendo observar seu comportamento e linguagem corporal ao prestar depoimento; a testemunha é que não vê o acusado.

No Rio Grande do Sul, foi instituído procedimento para a colheita de declarações de crianças intitulado *depoimento sem dano*, cujo objetivo é a proteção psicológica das vítimas infantis, evitando-se que elas sejam revitimizadas por sucessivas inquirições, nos âmbitos administrativo, policial e judicial.

Com o objetivo de resguardar mulheres em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, a Lei n. 13.505/17 introduziu o **depoimento sem dano** (ou **depoimento especial**) no art. 10-A da Lei Maria da Penha.[36] Essa inquirição deverá observar as seguintes diretrizes: a) salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar; b) garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas; c) não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

Outrossim, deverá ser observado o seguinte procedimento: a) a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida; b) quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial; c) o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a degravação e a mídia integrar o inquérito.

Como se vê, na hipótese de depoimento sem dano, haverá evidente restrição à publicidade do ato processual, justificada pelo dever estatal de proteção às testemunhas. Essa hipótese de publicidade restrita não é incompatível com a Constituição Federal. Afinal, é a própria Carta Magna que autoriza que a lei possa limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, *ou somente a estes*, em casos em que haja interesse social (CF, art. 93, IX, c/c art. 5º, LX). No caso de depoimentos especial, o interesse social caracteriza-se pela necessária proteção à integridade física, psíquica e emocional da testemunha, considerada sua condição peculiar, assim como pela necessidade de se evitar a *revitimação do depoente*, ocasionada por sucessivas inquirições sobre o mesmo fato delituoso, seja na fase investigatória, seja na fase processual. Porém, conquanto haja restrição à presença do acusado, afigura-se obrigatória a presença do defensor quando da produção da prova testemunhal.[37]

9. ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL.

Em seu art. 12, a Lei nº 11.340/06 elenca uma série de providências que devem ser adotadas pela autoridade policial tão logo tome conhecimento de uma hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher. Trata-se de *rol exemplificativo*. Algumas são de caráter obrigatório, como, por exemplo, a oitiva da vítima, lavratura do boletim de ocorrência, atermação da representação e a verificação se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo; outras, no entanto, têm sua realização condicionada à discricionariedade da autoridade policial, que deve determinar sua

36. De maneira semelhante ao art. 10-A da Lei Maria da Penha, incluído pela Lei n. 13.505/17, a Lei n. 13.431/17 também introduziu a colheita do depoimento sem dano em relação à oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

37. Há precedentes do STJ considerando justificada, nos crimes sexuais contra criança e adolescente, a inquirição da vítima na modalidade do "depoimento sem dano", em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento admitido inclusive antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (v.g., art. 225 do CPP). Em julgado recente, a 5ª Turma do STJ concluiu que a oitiva da vítima do crime de estupro de vulnerável em audiência de instrução sem a presença do acusado e de seu defensor não inquina de nulidade o ato, por cerceamento ao direito de defesa, se a defesa técnica não se insurgiu quanto àquela forma de inquirição. A propósito: STJ, 5ª Turma, RHC 45.589/MT, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 24/02/2015, DJe 03/03/2015. Não negamos a possibilidade de inquirição de testemunhas vulneráveis através do denominado "depoimento sem dano". Porém, com a devida vênia à 5ª Turma do STJ, reputamos inadmissível que a defesa técnica seja privada da possibilidade de fazer reperguntas à testemunha por intermédio do profissional que se encontra em contato imediato com o vulnerável.

realização de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Exemplificando, se o crime não deixar vestígios, não haverá necessidade de se proceder ao exame de corpo de delito.

9.1. Oitiva da vítima.

Deve a autoridade policial proceder à oitiva da ofendida, se possível. Conquanto seu depoimento deva ser colhido com certa reserva, haja vista seu envolvimento emocional com o fato delituoso e consequente interesse no deslinde da investigação, as informações por ela prestadas poderão ser muito úteis na busca de fontes de provas, contribuindo para o êxito das investigações.[38]

Nos crimes às ocultas, como geralmente são praticadas as infrações penais com violência doméstica e familiar contra a mulher, a palavra da vítima é de fundamental importância como elemento de convicção do Juiz, sobretudo quando em consonância com as demais provas existentes nos autos. Por isso, em caso concreto no qual, além da declaração da vítima de que o acusado teria sido o autor dos socos contra ela desferidos, havia exame de corpo de delito a demonstrar a materialidade do delito, concluiu o STJ estarem presentes elementos suficientes a autorizar o início da *persecutio criminis in iudicio*.[39]

De acordo com o art. 201, § 1º, do CPP, aplicável subsidiariamente às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, se, intimada para esse fim, a ofendida deixar de comparecer, é possível que a autoridade policial requeira ao magistrado[40] que determine sua condução coercitiva, salvo nas hipóteses de crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação, hipóteses em que a própria deflagração da persecução penal fica condicionada à manifestação da vontade da vítima.

Outrossim, se a vítima comparecer à Delegacia de Polícia, além de sua oitiva, dispõe o art. 12, inciso I, que a autoridade policial deve lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada.

Por ocasião do atendimento à mulher, o Delegado de Polícia deverá adotar as seguintes providências, dentre outras: I – garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário; II – encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal; III – fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida; IV – se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar; V – informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis, inclusive os de assistência judiciária para o eventual ajuizamento perante o juízo competente da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável.

9.2. Colheita de outras provas.

Confirmando a discricionariedade dispensada ao trabalho investigatório da autoridade policial no curso de um inquérito policial, prevê o art. 12, II, da Lei nº 11.340/06, que a autoridade policial deve colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias.

9.3. Remessa do pedido de medidas protetivas de urgência formulado pela vítima.

Consoante disposto no art. 12, inciso III, da Lei Maria da Penha, a autoridade policial responsável pelas investigações tem o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para remeter ao juízo competente expediente apartado com o pedido da ofendida para a concessão de medidas protetivas de urgência.

Este pedido deve ser tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter: a) qualificação da ofendida e do agressor; b) nome e idade dos dependentes; c) descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela vítima. Nesse caso, incumbe à autoridade policial anexar a este pedido o boletim de ocorrência, assim como cópia de todos os documentos disponíveis em posse da vítima.[41]

9.4. Determinação de realização de exame de corpo de delito da ofendida e outros exames periciais necessários.

Dentre as várias diligências a serem determinadas pela autoridade policial, a Lei nº 11.340/06 prevê que a autoridade policial deve determinar a realização de exame de corpo de delito da vítima, além de outros exames periciais necessários (art.

38. Com entendimento semelhante: FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 59-60.

39. STJ, 6ª Turma, HC 144.729/DF, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP –, j. 14/04/2011, DJe 02/05/2011.

40. Há quem entenda que não há necessidade de autorização judicial para que o Delegado de Polícia possa determinar a condução coercitiva. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor ao nosso Manual de Processo Penal.

41. Para mais detalhes acerca das medidas protetivas de urgência, remetemos o leitor aos comentários ao arts. 18 a 24 da Lei nº 11.340/06.

12, IV). O dispositivo vem ao encontro do quanto disposto no art. 158 do CPP, que determina que, nas hipóteses em que a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Aliás, com vigência em data de 3 de outubro de 2018, a Lei n. 13.721 incluiu um parágrafo único ao art. 158 do CPP para fins de estabelecer a prioridade da realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, e quando o delito envolver violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

Este dispositivo deve ser interpretado em cotejo com o art. 12, § 3º, da Lei Maria da Penha. De um lado – art. 12, IV –, a Lei Maria da Penha mantém-se apegada ao sistema da prova tarifada, prevendo que, nas hipóteses em que a infração penal deixar vestígios, a materialidade da violência doméstica e familiar contra a mulher deve ser comprovada por meio de exame de corpo de delito, direto ou indireto. Todavia, mais adiante – art. 12, § 3º – a própria Lei Maria da Penha dispõe que serão admitidos como *meio de prova* os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

Parte da doutrina sustenta que esses laudos ou prontuários médicos podem ser utilizados apenas para fins de oferecimento da peça acusatória (denúncia ou queixa) e para a decretação de medidas cautelares (v.g., prisão preventiva, medidas cautelares diversas da prisão, medidas protetivas de urgência). No entanto, nos mesmos moldes do Código de Processo Penal (art. 158), para fins de prolação de uma sentença condenatória, quando a infração deixar vestígios, subsiste a indispensabilidade do exame de corpo de delito (direto ou indireto), já que este meio de prova seria o único capaz de comprovar a materialidade de uma violência doméstica e familiar contra a mulher.[42]

A despeito desse entendimento doutrinário, parece-nos que tal interpretação torna absolutamente inócua a previsão legal do art. 12, § 3º, que claramente faz referência aos laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde como *meios de prova*. Ora, se a própria Lei Maria da Penha faz referência a tais documentos como verdadeiros *meios de prova*, ou seja, a um instrumento por meio do qual as fontes de prova são introduzidas no processo, é evidente que, nos mesmos moldes do que ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95, art. 77, § 1º), os laudos ou prontuários médicos também podem ser utilizados na sentença condenatória para a formação do convencimento do juiz acerca da materialidade de uma violência doméstica e familiar contra a mulher, e não apenas para fins de oferecimento da peça acusatória ou decretação de medidas cautelares.

Nesse contexto, não custa lembrar que a dispensa do exame de corpo de delito para o oferecimento da denúncia já ocorre nos demais procedimentos do CPP. Neles, o exame de corpo de delito também não é condição *sine qua non* para o oferecimento da denúncia, à exceção de algumas hipóteses excepcionais (v.g., drogas, crimes materiais contra a propriedade imaterial). Se o exame de corpo de delito não é necessário para o oferecimento da peça acusatória nos demais procedimentos, é evidente que a importância dos laudos ou prontuários médicos a que se refere o art. 12, § 3º, não está restrita ao oferecimento da peça acusatória, sob pena de esta interpretação restritiva tornar inócua a referida previsão legal, já que tal sistemática já seria adotada pela legislação processual comum. Por conseguinte, tais laudos ou prontuários médicos, isoladamente considerados, podem ser utilizados não apenas para o oferecimento da peça acusatória, como também para o embasamento de eventual sentença condenatória.

Em síntese, em se tratando de violência doméstica e familiar contra a mulher, subsiste a importância do exame de corpo de delito, cuja realização deve ser determinada *ex officio* pela autoridade policial (Lei nº 11.340/06, art. 12, IV). No entanto, em clara mitigação à prova tarifada do art. 158 do CPP, o art. 12, § 3º, da Lei Maria da Penha, permite a prolação de um decreto condenatório com a comprovação da materialidade da violência doméstica e familiar contra a mulher atestada única e exclusivamente por laudos ou prontuários médicos (v.g., cópias de ficha clínica ou de prontuário de hospital ou pronto-socorro, relatório médico, etc.).

9.5. Oitiva do agressor e das testemunhas.

A autoridade policial também deve ouvir o agressor e as testemunhas. Quanto à oitiva do agressor, deve ser observado, *no que for aplicável*, o disposto no Capítulo III ("Do interrogatório do acusado) do Título VII ("Da prova"), do CPP,

42. Com esse entendimento: FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 689. E ainda: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 92.

devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

Por força do princípio do *nemo tenetur se detegere*, há de se lembrar que o suspeito, investigado, indiciado ou acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo (direito à não autoincriminação). Portanto, deve o investigado ser formalmente advertido pela autoridade policial que tem direito ao silêncio, e que do exercício desse direito não poderá decorrer qualquer prejuízo a sua pessoa.

Não há mais necessidade de curador para o indiciado menor de 21 (vinte e um) anos. Isso porque, por força do Código Civil (art. 5º), a menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos. Ademais, o art. 194 do CPP, que previa a necessidade de nomeação de curador para o menor de 21 anos por ocasião do interrogatório judicial, foi revogado pela Lei nº 10.792/03. Daí o entendimento da doutrina no sentido da revogação tácita do art. 15 do CPP. Não se pode esquecer, todavia, que ainda se afigura possível a nomeação de curador para o índio não adaptado ao convívio social, assim como para o inimputável do art. 26, *caput*, do Código Penal, tal qual dispõe o art. 151 do CPP. De todo modo, se os privilégios processuais para os menores de 21 e maiores de 18 anos deixaram de existir em face do novo Código Civil, importante ressaltar que as normas de natureza material que lhes são favoráveis ainda permanecem em vigor, como, por exemplo, a contagem da prescrição pela metade (CP, art. 115).[43]

Apesar de o interrogatório judicial ser subdividido em duas fases, a primeira relativa à pessoa do acusado, e a segunda quanto aos fatos que lhe são imputados (CPP, art. 187), o interrogatório policial deve ficar restrito à infração penal sob investigação. Afinal, esse interrogatório judicial sobre a pessoa do acusado foi inserido no texto do art. 187 do CPP pela Lei nº 10.792/03 apenas para que o magistrado tivesse conhecimento acerca de sua personalidade, de sua culpabilidade e de seus antecedentes, para fins de avaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Uma última questão, pouco estudada pela doutrina processual penal, deve ser analisada: deve a autoridade policial assegurar ao agressor o direito de ser ouvido no inquérito policial? A partir do momento em que a Constituição Federal dispõe que o preso será informado de seus *direitos, entre os quais o de permanecer calado* (CF, art. 5º, LXIII), subentende-se que o preso, aí compreendido o suspeito, investigado ou indiciado, tem o direito de ser ouvido pela autoridade policial. Afinal, alguém só pode permanecer calado se a ele for assegurado o direito de ser ouvido. Pode o indiciado até se valer de seu direito ao silêncio, e permanecer calado, mas daí não se pode admitir que um inquérito possa ser concluído sem que lhe seja franqueada a possibilidade de apresentar sua versão sobre os fatos sob investigação. Pensamos, pois, que é direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída. Logicamente, na hipótese de investigado foragido, seu interrogatório não será possível, mas aí se entende que foi o próprio indivíduo que abriu mão do seu direito de ser ouvido. Nessa linha, Antônio Scarance Fernandes aponta os principais direitos do imputado na fase processual: a) ter ciência da imputação; b) ser ouvido sobre a imputação; c) ter conhecimento do proceder investigatório; d) apresentar, por si ou por defensor, dados que possam influir no andamento da investigação, no oferecimento da denúncia e na análise da viabilidade de futura acusação.[44]

9.6. Identificação do indiciado e juntada da folha de antecedentes criminais.

Dispõe o art. 12, inciso VI, da Lei Maria da Penha, que a autoridade policial também deve ordenar a *identificação do agressor* e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele.

Há quem entenda que este dispositivo teria criado nova hipótese de identificação *criminal* compulsória, para além daquelas previstas no art. 3º da Lei nº 12.037/09.

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos que a Lei Maria da Penha não instituiu a obrigatoriedade de identificação criminal do sujeito ativo da violência doméstica e familiar contra a mulher. A uma porque o dispositivo refere-se genericamente à "identificação do agressor", sem fazer qualquer referência à identificação fotográfica e datiloscópica, espécies do gênero *identificação criminal*. A duas porque a Lei nº 12.037/09, diploma legal que trata exclusivamente sobre a identificação criminal, dispõe expressamente em seu art. 1º que o civilmente identificado não será submetido à

43. No sentido de não mais ser necessária a nomeação de curador especial para indiciados/acusados com idade entre 18 e 21 anos, já que a maioridade passou a ser adquirida não mais aos 21 anos, mas sim aos 18 anos: STJ, HC 89.684, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 28.04.08.

44. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 113.

identificação criminal, *salvo nos casos previstos na referida Lei*. Logo, como a Lei nº 12.037/09 silencia acerca da identificação criminal compulsória do autor da violência doméstica e familiar contra a mulher, o ideal é concluir que a *identificação do agressor* a que se refere o art. 12, inciso VI, da Lei Maria da Penha, abrange apenas a identificação civil do autor do fato delituoso por meio de um dos documentos enumerados pelo art. 2º da Lei nº 12.037/09: carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional, documentos de identificação militares ou outro documento público que permita a identificação do indiciado.

O art. 12, inciso VI, da Lei Maria da Penha, também determina que a autoridade policial deve fazer juntar aos autos do procedimento investigatório a folha de antecedentes criminais do agressor, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele. A folha de antecedentes é a ficha que contém a vida pregressa criminal do investigado, de onde constam dados como a relação dos inquéritos policiais já instaurados contra sua pessoa e sua respectiva destinação.

A autoridade policial também deve verificar se não há, em detrimento do agressor, eventual registro de medida protetiva de urgência anteriormente determinada. Para tanto, deverá consultar o banco de dados recentemente criado pela Lei n. 13.829/19, que acrescentou à Lei Maria da Penha o seguinte dispositivo normativo: "Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência. Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e da assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas". A consulta em questão é de fundamental importância, não apenas para fins de verificação de eventual tipificação do crime do art. 24-A da Lei Maria da Penha, mas também no sentido de evidenciar a necessidade de representação ao juiz pleiteando a decretação da prisão preventiva do agressor (Lei n. 11.340/06, art. 20).

9.7. Verificação de eventual registro de porte ou posse de arma de fogo por parte do agressor.

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.880/19, foi positivada na Lei Maria da Penha uma providência que já era relativamente comum no atendimento à violência doméstica e familiar contra a mulher pela autoridade policial, qual seja, a verificação de eventual registro de porte ou posse de arma de fogo por parte do agressor, medida esta que se revela extremamente salutar de modo a se evitar mal maior à ofendida. Em caso afirmativo, incumbe ao Delegado juntar aos autos essa informação, bem como notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte, sem prejuízo de ulterior apreensão imediata da arma de fogo, a ser determinada, todavia, pelo juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, ex vi do art. 18, inciso IV, da Lei Maria da Penha, também incluído pela Lei n. 13.880/19.

9.8. Remessa dos autos ao Juiz e ao Ministério Público.

De acordo com o art. 12, VII, da Lei Maria da Penha, incumbe à autoridade policial remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público. Como o dispositivo refere-se à remessa dos autos no *prazo legal*, aplica-se, subsidiariamente, o quanto disposto no art. 10, *caput*, do CPP, que prevê que o inquérito deve ser concluído no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela, valendo lembrar que, em se tratando de investigado preso, o art. 3º-B, §2º, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19, por ora com eficácia suspensa (ADI's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305) , passou a admitir a prorrogação da duração do inquérito por até 15 (quinze) dias.

TÍTULO IV
DOS PROCEDIMENTOS
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei.

10. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO ESTATUTO DO IDOSO.

Por mais que o legislador da Lei Maria da Penha tenha se esforçado para regulamentar o processo e julgamento das demandas envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, é evidente que jamais seria possível regular toda a gama possível de situações fáticas. Daí a importância do art. 13 da Lei nº 11.340/06, que permite a aplicação subsidiária das normas constantes do Código de Processo Penal, do Código de Processo Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.

> **Art. 14.** Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.
>
> **Parágrafo único.** Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.
>
> Art. 14-A. A ofendida tem a opção de propor ação de divórcio ou de dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. (Incluído pela Lei n. 13.894, de 2019)
>
> § 1º Exclui-se da competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a pretensão relacionada à partilha de bens. (Incluído pela Lei n. 13.894, de 2019)
>
> § 2º Iniciada a situação de violência doméstica e familiar após o ajuizamento da ação de divórcio ou de dissolução de união estável, a ação terá preferência no juízo onde estiver. (Incluído pela Lei n. 13.894, de 2019)

11. JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

De modo a se evitar que a lentidão do caso Maria da Penha voltasse a se repetir, houve a preocupação por parte do legislador em criar um órgão especializado para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Daí o motivo pelo qual o art. 14 da Lei Maria da Penha determinou a criação dos *Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que* têm competência *cumulativa para o julgamento e a execução* das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.[45]

Apesar de o legislador ter chamado esse órgão jurisdicional de *Juizado*, de modo algum deve ser o mesmo confundido com os Juizados Especiais Criminais, na medida em que às infrações penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher – aí incluídos crimes e contravenções penais –, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95 (Lei nº 11.340/06, art. 41). Por isso, de modo a se evitar qualquer confusão, melhor teria andado o legislador se tivesse usado a expressão *Vara*, ao invés de *Juizado*.

O art. 14 da Lei n. 11.340/06 deixa entrever que esse Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tem competência cível e criminal. Prova disso, aliás, é o teor do art. 14-A, caput, da Lei Maria da Penha, incluído pela Lei n. 13.894/19, que outorgou a ofendida a opção de propor ação de divórcio ou de dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Exclui-se dessa competência a pretensão relacionada à partilha de bens. Por outro lado, iniciada a situação de violência doméstica e familiar após o ajuizamento da ação de divórcio ou de dissolução de união estável, a ação terá preferência no juízo onde estiver.

Caracterizada hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher, a competência deste Juizado abrange crimes e contravenções penais. Por isso, em caso concreto relativo a agente que desferiu socos e tapas no rosto da vítima, porém sem deixar lesões, caracterizando, portanto, a conduta do art. 21 da Lei de Contravenções Penais (vias de fato), a 3ª Seção do STJ afastou a competência do Juizado Especial, por entender ser inaplicável a Lei nº 9.099/1995 aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que se trate de contravenção penal.[46]

O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher funciona, em regra, perante a Justiça Estadual, com competência cível e criminal (cumulativa) para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Enquanto não houver a estruturação desses Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra

45. Nesse contexto: STJ, 3ª Turma, REsp 1.475.006/MT, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 14/10/2014, DJe 30/10/2014.

46. STJ, 3ª Seção, CC 104.020/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12/8/2009. No mesmo sentido: STJ, 5ª Turma, HC 158.615/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 15/02/2011, DJe 08/04/2011.

a Mulher, o art. 33 da Lei Maria da Penha, a ser estudado mais adiante, prevê uma regra de transição permitindo que *varas criminais* cumulem as competências cível e criminal para processar e julgar as causas decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.

11.1. Crimes dolosos contra a vida praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ao contrário do Tribunal do Júri, que tem sua competência voltada para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, a violência doméstica normatizada pela Lei Maria da Penha não guarda correspondência com qualquer delito específico tipificado no Código Penal e na Legislação Especial. Na verdade, desde que praticada no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, toda e qualquer infração penal poderá ser julgada pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Especificamente em relação aos crimes dolosos contra a vida praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, como o art. 14 da Lei Maria da Penha dispõe que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher *serão criados pelos Estados*, caberá à Lei de Organização Judiciária local dispor sobre o assunto.

Pelo menos em tese, desde que respeitada a competência do Júri para o efetivo julgamento do crime doloso contra a vida, a Lei de Organização Judiciária local pode outorgar aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a competência para a supervisão das investigações (v.g., deferimento de medidas cautelares, convalidação judicial da prisão em flagrante) e para primeira fase do procedimento bifásico do Júri (*judicium accusationis*), culminando com uma possível decisão de pronúncia, absolvição sumária, desclassificação ou impronúncia. Em outras palavras, desde que respeitada a competência constitucional do Tribunal do Júri para o julgamento desse crime doloso contra a vida, não há qualquer óbice à tramitação das investigações e da primeira fase do procedimento perante os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, cuja competência cessaria com a decisão de pronúncia, hipótese em que os autos seriam obrigatoriamente remetidos ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri, nos termos do art. 421 do CPP, a quem caberia proceder à preparação do processo para que o acusado fosse julgado no Plenário do Júri. A propósito, ressalvando a competência do Júri exclusivamente para o julgamento do crime doloso contra a vida, o STJ já teve a oportunidade de concluir que é perfeitamente possível que norma de organização judiciária local autorize o processamento de crime doloso contra a vida perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher até a fase de pronúncia.[47]

Noutro giro, se a Lei de Organização Judiciária local possuir dispositivo expresso atribuindo ao Tribunal do Júri o processo e julgamento de ambas as fases do procedimento bifásico de crimes dolosos contra a vida, mesmo se praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, tal competência não poderá ser deslocada às "Varas Especializadas" a que se refere o art. 14 da Lei Maria da Penha. A título de exemplo, como há previsão expressa na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal a respeito da competência do Tribunal do Júri para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, ainda que se trate de delito cometido em contexto de violência doméstica, é evidente que tal feito não pode ser processado nos Juizados de Violência Doméstica.[48]

11.2. (In) existência de juiz das garantias no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Vivemos no Brasil uma verdadeira epidemia de violência doméstica e familiar contra a mulher. Em 2017, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, divulgados no relatório "O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha",[49] 452.988 casos envolvendo violência doméstica contra a mulher

47. STJ, 5ª Turma, HC 73.161/SC, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG – j. 29/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 317. Esta decisão do STJ foi impugnada perante o STF por meio do HC 92.538, no qual o Min. Relator Joaquim Barbosa indeferiu a medida cautelar pleiteada por entender que a resolução nº 18/06 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não atentou contra a competência do Tribunal do Júri, porquanto previu a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher apenas até o momento da pronúncia do acusado (STF, HC 92.538 MC/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 25/09/2007, DJ 02/10/2007). Na visão da 2ª Turma do Supremo, nos casos de crimes dolosos contra a vida, a instrução e a pronúncia não são privativas do presidente do Tribunal do Júri. Logo, é perfeitamente possível que a competência para a prática desses atos seja outorgada a outros juízes, como, por exemplo, às varas especializadas no julgamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse caso, pronunciado o acusado, a competência seria deslocada para a vara do Júri, onde ocorreria, enfim, o julgamento. Com esse entendimento: STF, 2ª Turma, HC 102.150/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 27/05/2014).

48. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 163.309/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07/12/2010, DJe 01/02/2011. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 145.184/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03/03/2011, DJe 28/03/2011. Em outro julgado, concluiu o STJ que, estabelecendo a Lei de Organização Judiciária local que cabe ao Juiz-Presidente do Tribunal do Júri processar os feitos de sua competência, mesmo antes do ajuizamento da ação penal, é nulo o processo, por crime doloso contra a vida – mesmo que em contexto de violência doméstica – que corre perante o Juizado Especial Criminal: STJ, 6ª Turma, HC 121.214/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/05/2009, DJe 08/06/2009.

49. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debfb866190c20610890849e10_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf> Acesso em: 17/01/2020 às 06:35.

chegaram aos Tribunais de Justiça do Brasil. Segundo o "Anuário de Segurança Pública de 2019",[50] foi registrado um caso de violência doméstica a cada dois minutos no País no ano de 2018, tendo havido, nesse período, 263.067 casos de lesão corporal dolosa contra vítimas de violência doméstica. Noutro giro, segundo o serviço de utilidade pública oferecido pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o Ligue 180 (Central de Atendimento à Mulher), foram recebidas 92.663 denúncias envolvendo violações contra mulheres em 2018. Já nos primeiros seis meses de 2019, o canal recebeu 46.510 denúncias.[51]

Esses dados certamente devem ter influenciado o Ministro Dias Toffoli por ocasião da apreciação das 03 (três) ações diretas de inconstitucionalidade que foram ajuizadas em face de dispositivos da Lei n. 13.964/19 (ADI n. 6.298; ADI n. 6.299; ADI n. 6.300, j. 15/01/2020). Não por outro motivo, foi concedida parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para conferir interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (CPP, arts. 3º-B a 3º-F) para esclarecer que a nova sistemática implementada pelo denominado "Pacote Anticrime" *não seria aplicável aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.* Na visão do Min. Dias Toffoli, "a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão. Portanto, pela sua natureza, os casos de violência doméstica e familiar exigem disciplina processual penal específica, que traduza um procedimento mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo e proteção de violência doméstica".

Registre-se, porém, que uma semana depois da decisão proferida pelo Min. Dias Toffoli, o Min. Luiz Fux (ADI 6.299 MC/DF, j. 22/01/2020), Relator prevento para o julgamento de todas as ADI's até então ajuizadas contra a Lei n. 13.964/19 – ADI n. 6.298, ADI 6.299, ADI 6.300 e ADI 6.305 –, revogou sua decisão monocrática. Todavia, suspendeu *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal), o que, na prática, acaba tendo praticamente o mesmo efeito concreto que a decisão anterior, porquanto impede a aplicação da nova sistemática atinente ao juiz das garantias, inclusive em relação aos crimes cometidos no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, pelo menos por ora.

Sem embargo dessa suspensão da eficácia da figura do juiz das garantias pelo Min. Luiz Fux, considerando-se a argumentação apresentada pelo Min. Dias Toffoli por ocasião da decisão por ele proferida no dia 15/01/2020, é de todo relevante analisarmos a (im) possibilidade de aplicação dessa nova sistemática no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A nosso juízo, por mais graves que sejam os números referentes à violência doméstica e familiar no Brasil, isso, por si só, é incapaz de justificar a não aplicação da nova sistemática atinente ao juiz das garantias, sob pena de transformarmos o autor desses delitos em verdadeiros *inimigos* em relação aos quais não são aplicáveis direitos e garantias fundamentais, *in casu,* a imparcialidade do juiz da instrução e julgamento. Caminha-se, assim, perigosamente, rumo a um verdadeiro *direito penal do inimigo.*[52]

Por mais grave e repulsiva que seja toda e qualquer forma de violência doméstica e familiar contra a mulher – e isso não negamos –, não se pode admitir essa crescente e perigosa restrição a direitos e garantias fundamentais nessa seara. Se a possibilidade de atuação de um juiz das garantias na fase preliminar da persecução penal, diverso do que conduzirá o processo e julgará o caso penal, oferece um espectro maior de diminuição dos fatores de contaminação subjetiva, auxiliando na exclusão de dúvidas acerca da sua imparcialidade, e se a Lei n. 13.964/19 admitiu sua aplicação em relação a delitos gravíssimos, como, por exemplo, crimes hediondos e equiparados (tráfico de drogas, terrorismo e tortura), excetuando apenas as infrações de menor potencial ofensivo (CPP, art. 3º-C, *caput,* incluído pelo Pacote Anticrime), por que não aplicar essa mesma sistemática às infrações penais praticadas no contexto da Lei Maria da Penha? A pretexto de viabilizar o conhecimento "de toda a dinâmica do contexto de agressão", nas palavras do Min. Dias Toffoli, poderíamos outorgar ao autor desses delitos, então, um juiz menos parcial? Pensamos que não.

50. Edição 2019 do Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

51. <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/agosto/balanco-anual-ligue-180-recebe-mais-de-92-mil-denuncias-de-violacoes-contra-mulheres> Acesso em: 17/01/2020 às 06:38.

52. O *direito penal do inimigo* foi objeto de análise nos comentários à Lei Antiterrorismo (Lei n. 13.260/16), para onde remetemos o leitor.

Ontem, o legislador já vedou a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais em relação aos crimes praticados no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher por meio de dispositivo – art. 41 da Lei n. 11.340/06 – cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.[53] Mais recentemente ainda, a Lei n. 13.827/19 outorgou a Delegados de Polícia e ao "policial" a possibilidade de decretar a medida protetiva de urgência de afastamento do lar, independentemente de prévia autorização judicial (Lei n. 11.340/06, art. 12-C, incisos II e III).[54] Hoje, se acaso vingar o entendimento do Min. Dias Toffoli, a aplicação da nova sistemática atinente ao juiz das garantias não será aplicável no âmbito da Lei Maria da Penha. Isso sem contar a interpretação – equivocada, a nosso juízo – feita por alguns doutrinadores no sentido de que, por se tratar de lei especial, o art. 20 da Lei Maria da Penha, que autoriza o juiz a decretar uma prisão preventiva *de ofício* na fase investigatória ou na instrução criminal, não teria sido revogado tacitamente pelos arts. 3º-A, 282, §2º, e 311, todos do CPP (com redação determinada pela Lei n. 13.964/19), que vedam peremptoriamente a decretação de qualquer medida cautelar de ofício pelo magistrado, independentemente da fase da persecução penal. Enfim, se a garantia da imparcialidade e o sistema acusatório não precisam ser respeitados em relação a tais delitos, amanhã, então, não será de se surpreender se, sob o argumento de conferir maior eficiência ao exercício da pretensão punitiva em relação aos crimes cometidos no contexto da Lei Maria da Penha, o Congresso Nacional ou o Poder Judiciário deliberarem por afastar a necessidade da observância de outros princípios e garantias fundamentais, como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, o direito ao silêncio, a presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição, etc.

> **Art. 15.** É competente, por opção da ofendida, para os processos cíveis regidos por esta Lei, o Juizado:
>
> I – do seu domicílio ou de sua residência;
>
> II – do lugar do fato em que se baseou a demanda;
>
> III – do domicílio do agressor.

12. FORO DE ELEIÇÃO PARA OS PROCESSOS CÍVEIS.

Especificamente em relação aos processos cíveis regidos pela Lei Maria da Penha, o art. 15 confere à ofendida a possibilidade de optar pela competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher do seu domicílio (ou de sua residência), do lugar do fato em que se baseou a demanda, ou do domicílio do agressor. Esta possibilidade de escolha conferida à ofendida está restrita aos processos cíveis. Por consequência, em relação aos processos criminais, continuam válidas as regras inseridas entre os arts. 69 e 91 do Código de Processo Penal, que estabelecem que a competência territorial será fixada, em regra, com base no lugar da consumação da infração penal (CPP, art. 70).

De todo modo, nos casos de exclusiva ação privada, leia-se, nos casos de ação penal exclusivamente privada (v.g., violência moral tipificadora de crime contra a honra) ou ação penal privada personalíssima, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração (CPP, art. 73). É o chamado foro de eleição no processo penal, na medida em que o querelante pode optar pelo foro do domicílio ou da residência do réu, mesmo sendo conhecido o lugar onde foi cometida a infração penal. Pela própria dicção do art. 73 do CPP, depreende-se que esse dispositivo não se aplica à ação penal privada subsidiária da pública, nem tampouco à ação penal pública incondicionada ou condicionada.

> **Art. 16.** Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

13. AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE E LESÃO CORPORAL CULPOSA PRATICADOS NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

Por força do art. 88 da Lei nº 9.099/95, os crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa,

53. STF: "(...) O art. 41 da Lei n. 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei n. 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no §8º do art. 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares". (STF, Pleno, ADC 19/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012, DJe 80 28/04/2014).

54. A constitucionalidade desses dois incisos do art. 12-C será objeto de análise mais adiante, especificamente nos comentários ao art. 19 da Lei Maria da Penha.

que antes eram de ação penal publica incondicionada, passaram a depender de representação. Se, no entanto, tais delitos forem praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06, arts. 5º e 7º), havia, até bem pouco tempo atrás, intensa controvérsia doutrinária acerca da espécie de ação penal – pública condicionada à representação ou pública incondicionada –, haja vista uma aparente antinomia entre os arts. 16 e 41 da Lei Maria da Penha.

De um lado, o art. 16 da Lei nº 11.340/06 prevê que, nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. Como o dispositivo refere-se à representação, há quem entenda que, mesmo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, continuaria sendo exigível o implemento da representação em relação aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa.

Lado outro, o art. 41 da Lei nº 9.099/95 dispõe que, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95. Ora, se a Lei dos Juizados não é aplicável às situações de violência doméstica e familiar contra a mulher, e se é a Lei nº 9.099/95 que dispõe que os crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa são de ação penal pública condicionada à representação (art. 88), conclui-se que, se acaso praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, tais delitos seriam de ação penal pública incondicionada.

Sempre nos pareceu que, não obstante a aparente contradição entre os dois dispositivos, a lesão corporal leve com violência doméstica e familiar contra a mulher seria crime de ação penal pública incondicionada. Primeiro, porque o art. 88 da Lei nº 9.099/95 foi derrogado no tocante à Lei Maria da Penha, já que o art. 41 da Lei nº 11.340/06 expressamente afasta a aplicação da Lei dos Juizados às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo, porque o escopo de cada uma dessas leis é absolutamente distinto: enquanto a Lei nº 9.099/95 busca evitar o início do processo penal, a Lei Maria da Penha busca punir com maior rigor o agressor que age às escondidas nos lares, pondo em risco a saúde de sua família. Nessa linha, aliás, é interessante perceber que a nova redação do art. 129, § 9º, do Código Penal, dada pelo art. 44 da Lei nº 11.340/06, impondo pena máxima de 03 (três) anos à lesão corporal leve qualificada praticada no âmbito familiar, confirma a intenção da Lei Maria da Penha de se proibir a utilização do procedimento dos juizados especiais, afastando, assim, a exigência de representação da vítima.[55]

A controvérsia foi levada ao Superior Tribunal de Justiça. Em um primeiro momento, ora se entendia que se tratava de crime de ação penal pública incondicionada, ora se entendia que a lesão corporal leve com violência doméstica e familiar contra a mulher era crime de ação penal pública condicionada à representação. Após decisões distintas das turmas criminais, a 3ª Seção, por maioria, concluiu tratar-se de crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima. Observou-se que, se entendida a ação como pública incondicionada, estar-se-ia subtraindo da mulher ofendida o direito e o anseio de livremente se relacionar com quem quer que seja escolhido como parceiro, o que significaria negar-lhe o direito à liberdade de se relacionar, direito de que é titular, para tratá-la como se fosse submetida à vontade dos agentes do Estado. Argumentou-se que não há como prosseguir uma ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com a definição de alimentos, partilha de bens, guarda e visitas. Assim, a possibilidade de trancamento de inquérito policial em muito facilitaria a composição dos conflitos envolvendo as questões de Direito de Família, mais relevantes do que a imposição de pena criminal ao agressor. O disposto no art. 41 da Lei Maria da Penha, que veda a aplicação da Lei nº 9.099/95, deve ser interpretado apenas no sentido da restrição da aplicação do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados.[56]

Ocorre que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, o Supremo deu interpretação conforme a Constituição aos arts. 12,

55. Nessa linha: STJ, 6ª Turma, HC 96.992/DF, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), j. 12/08/2008, DJe 23/03/2009.

56. STJ, 3ª Seção, Resp 1.097.042/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24/02/2010, DJe 21/05/2010. No sentido de que o princípio da unicidade impede que se dê larga interpretação ao art. 41 da Lei nº 11.340/06, na medida em que condutas idênticas praticadas por familiar e por terceiro, em concurso, contra a mesma vítima, estariam sujeitas a disciplinas diversas em relação à condição de procedibilidade: STJ, 5ª Turma, HC 157.416/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/04/2010, DJe 10/05/2010. Pelo princípio da unicidade, um mesmo crime não pode estar sujeito a duas espécies distintas de ação penal. É o que ocorreria se se entendesse que a lesão corporal leve cometida com violência doméstica e familiar contra a mulher fosse crime de ação penal pública incondicionada. Afinal, praticado o crime pelo marido e por um terceiro em coautoria, ter-se-ia, quanto ao marido, crime de ação penal pública incondicionada; quanto ao coautor, que não se enquadra no art. 5º da Lei nº 11.340/06, crime de ação penal pública condicionada à representação.

I, 16 e 41, todos da Lei nº 11.340/06, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em casos de lesão corporal leve e/ou culposa envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.[57]

No julgamento do Supremo, pesou o fato de dados estatísticos revelarem que, na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, esta acaba por não representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada em face de vício de vontade da parte dela. Por isso, o agressor passaria a reiterar seu comportamento ou a agir de forma mais agressiva. Conclui-se, então, que deixar a mulher decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão. Entendeu-se não ser aplicável às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher o disposto na Lei 9.099/95, independentemente da pena prevista, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada. Quanto ao art. 16 da Lei Maria da Penha, concluiu o Supremo que subsiste a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099/95, como o de ameaça (CP, art. 147, parágrafo único) e os cometidos contra a dignidade sexual (CP, art. 225, *caput*).

Com o objetivo de evitar novos questionamentos em relação à matéria, o Superior Tribunal de Justiça deliberou pela aprovação da **súmula n. 542:** "A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada". De se notar que a súmula n. 542 do STJ não faz qualquer referência à espécie de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher, do que se poderia concluir que tanto aquela de natureza *dolosa* quanto a *culposa* seriam crimes de ação penal pública incondicionada. Deveras, considerando-se que o art. 5º e os incisos do art. 7º da Lei Maria da Penha não estabelecem qualquer distinção, há quem entenda que toda e qualquer infração penal – dolosa ou culposa – seria capaz de configurar violência doméstica e familiar contra a mulher. No entanto, se se trata de violência de gênero – de se notar que o próprio art. 5º, *caput*, da Lei n. 11.340/06, faz referência à *qualquer ação ou omissão baseada no gênero* –, deve ficar evidenciada a consciência e a vontade do agente de atingir uma mulher em situação de vulnerabilidade, o que somente seria possível na hipótese de crimes dolosos. Logo, com a devida vênia ao STJ, parece-nos que a súmula n. 542 deve ser interpretada nos seguintes termos: "A ação penal relativa ao crime de lesão corporal *dolosa* resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada". *A contrario sensu*, eventual crime de lesão corporal de natureza culposa (CP, art. 129, §6º), ainda que praticado, por exemplo, contra a esposa ou contra uma filha, continua funcionando como crime de ação penal pública condicionada à representação, já que a Lei Maria da Penha não é aplicável aos crimes de natureza culposa. A propósito, por ocasião da apreciação da Pet 11.805 sob o rito dos repetitivos, a 3ª Seção do STJ deliberou pela revisão do entendimento firmado no REsp n. 1.097.042/DF para fixar a seguinte tese: "A ação penal nos crimes de *lesão corporal leve* cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública incondicionada".[58]

14. RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES PRATICADOS NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

Em relação à representação, vigora o princípio da oportunidade ou da conveniência, significando que o ofendido (ou seu representante legal) pode optar pelo oferecimento (ou não) da representação. Como desdobramento dessa autonomia da vontade, a lei também prevê a possibilidade de retratação da representação, que, no âmbito do CPP, só pode ser feita enquanto não oferecida a denúncia pelo órgão do Ministério Público. Retratação, portanto, somente até o oferecimento da denúncia, marco temporal este que não se confunde com o recebimento da peça acusatória pelo magistrado. É esse, aliás, o teor do art. 102 do Código Penal e do art. 25 do CPP, que preveem que a representação será irretratável, *depois de oferecida* a denúncia. Logo, oferecida a denúncia, o ofendido ou seu representante legal já não podem mais se retratar sob

57. STF, Pleno, ADI 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012. A partir da decisão proferida pelo STF na ADI 4.424, o Superior Tribunal de Justiça se viu obrigado a alterar seu entendimento: STJ, 6ª Turma, HC 145.577, Rel. Min. Assussete Magalhães, j. 18/09/2012, DJe 11/10/2012.

58. STJ, 3ª Seção, Pet 11.805/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 10/05/2017, DJe 17/05/2017.

a alegação de que o juiz ainda não teria recebido a peça acusatória.

Essa retratação da representação a que se refere o art. 102 do CP e o art. 25 do CPP não se confunde com aquela de que cuida o art. 107, inciso VI, do Código Penal, segundo o qual extingue-se a punibilidade pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite. Nesta, quem se retrata não é a vítima do crime, mas sim o próprio autor do delito, que resolve desdizer o que havia dito antes, o que caracteriza, nos casos permitidos em lei, causa extintiva da punibilidade (v.g., arts. 143, 342, § 2º, ambos do CP).

Retratar-se significa voltar atrás, arrepender-se; pressupõe o prévio exercício de um direito. Não se confunde, portanto, com a renúncia, que ocorre quando alguém abre mão de um direito que ainda não fora exercido. Por isso, especial atenção deve ser dispensada ao art. 16 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

Apesar de o dispositivo falar em *renúncia* à representação, como se a vítima tivesse abdicado de um direito ainda não exercido, trata-se, na verdade, de retratação. Se a Lei Maria da Penha fala em audiência, a ser designada antes do recebimento da denúncia, significa dizer que já teria havido o oferecimento da representação, condição de procedibilidade para o oferecimento da própria peça acusatória. Afinal, se a representação não tivesse sido anteriormente oferecida, sequer seria possível a deflagração das investigações e o oferecimento da denúncia. Nesse sentido, convém lembrar que, em sede de violência doméstica, a representação é levada a efeito por ocasião do registro da ocorrência, oportunidade em que é tomada a termo pela autoridade policial (Lei nº 11.340/06, art. 12, I). Houve, pois, uma impropriedade técnica do legislador ao usar a expressão *renúncia* no art. 16 da Lei Maria da Penha, já que se trata, na verdade, de verdadeira *retratação* da representação.

Como o Supremo Tribunal Federal entendeu que a lesão corporal leve e a lesão corporal culposa praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher são crimes de ação penal pública incondicionada, a aplicação desse art. 16 da Lei Maria da Penha ficou restrita a outros crimes, cuja persecução penal esteja condicionada ao oferecimento da representação, a exemplo da ameaça (CP, 147, parágrafo único) *e do estelionato (CP, art. 171, §5º, incluído pelo Pacote Anticrime).*

No âmbito do Código de Processo Penal, não há qualquer formalidade para a retratação da representação. Na verdade, há tão somente um limite temporal: a retratação deve ocorrer até o oferecimento da denúncia. Em sentido diverso, por força do art. 16 da Lei Maria da Penha, para que a retratação à representação produza efeitos regulares nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher cuja persecução penal está condicionada ao implemento dessa condição, devem ser observados os seguintes requisitos:

1) **manifestação da vítima perante o juiz em audiência especialmente designada com tal finalidade**: a retratação à representação pode até ser feita perante a autoridade policial ou o Ministério Público, mas a produção dos seus efeitos regulares fica subordinada à confirmação desse arrependimento perante o magistrado. Como vigora, em relação à representação, o princípio da oportunidade (ou da conveniência), parece-nos que recai sobre a própria vítima (ou seu representante legal) a decisão final acerca da retratação ou ratificação da representação. Logo, na hipótese de a vítima manifestar voluntariamente seu interesse em não prosseguir com a persecução penal, quiçá por força de uma possível reconciliação com o agressor, nada poderá ser feito pelo Juiz ou pelo órgão do Ministério Público. Não atende ao disposto no art. 16 da Lei Maria da Penha a retratação da suposta ofendida ocorrida em cartório de Vara, sem a designação de audiência específica necessária para a confirmação do ato.[59]

2) **oitiva do Ministério Público;**

3) **limite temporal: até o recebimento da denúncia.** De forma distinta da previsão do art. 25 do CPP, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a retratação da representação pode se dar até o *recebimento da peça acusatória*, em audiência especialmente designada com tal finalidade, assegurada a presença do juiz, e ouvido o Ministério Público. Por conseguinte, se a vítima expressar seu interesse em não "prosseguir com o processo" após o recebimento da peça acusatória, nada mais poderá ser feito.[60]

15. DESNECESSIDADE DE DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA PARA RATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO ANTERIORMENTE OFERECIDA.

No procedimento de crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar que

59. STJ, 5ª Turma, HC 138.143/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 03/09/2019, DJe 10/09/2019.

60. No sentido de que não se admite a retratação à representação após o recebimento da denúncia: STJ, 5ª Turma, HC 181.879/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/06/2011, DJe 01/08/2011. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, RHC 23.047/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 02/03/2010, DJe 26/04/2010.

dependem de representação (v.g., ameaça), não é obrigatória a designação de audiência a fim de que a vítima possa manifestar sua retratação ou ratificar a representação anteriormente oferecida. Tal audiência também não é uma condição de abertura da ação penal em relação a tais delitos. Em síntese, sua realização não pode ser determinada de ofício pelo juiz como forma de se constranger a vítima a ratificar representação anteriormente oferecida.

Na verdade, sua realização só deve ser determinada pela autoridade judiciária nos casos de crime de ação penal pública condicionada à representação (v.g., ameaça, etc.) quando tiver havido prévia manifestação da parte ofendida perante a autoridade policial ou o Promotor de Justiça antes do recebimento da denúncia demonstrando sua intenção de retratar-se da representação oferecida para o ajuizamento da ação penal contra o autor da violência doméstica, cabendo ao magistrado verificar a espontaneidade e a liberdade na prática de tal ato. Logo, caso não tenha havido qualquer manifestação da vítima quanto ao seu interesse em se retratar, não há qualquer nulidade decorrente da não realização da referida audiência, já que a lei não exige a realização *ex officio* de uma audiência para ratificação da representação anteriormente oferecida.[61]

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

16. VEDAÇÃO À APLICAÇÃO DE PENAS DE CESTA BÁSICA OU OUTRAS DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.

Antes do advento da Lei Maria da Penha, quando ainda era possível a aplicação da Lei dos Juizados às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, esta espécie de violência era mensurada de acordo com o valor da pena de multa ou consoante a quantidade de cestas básicas a que o acusado havia sido condenado. Essa transformação da violência doméstica e familiar contra a mulher em pecúnia era muito questionada porquanto permitia que eventual agressão física, psicológica, patrimonial, sexual ou moral contra o sexo feminino fosse sancionada com o simples pagamento de determinada quantia em dinheiro.

Com o objetivo de pôr fim ao princípio de que, para bater na esposa ou companheira, bastava pagar, o art. 17 da Lei Maria da Penha passou a dispor que, nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou outra que implique somente o pagamento de pecúnia, a exemplo do que ocorre com a pena restritiva de direito de prestação pecuniária (CP, art. 45, §§ 1º e 2º), bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Especificamente em relação à pena de multa, é importante notar que o dispositivo veda apenas a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese do art. 44, § 2º, primeira parte, que prevê que "na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos". Essa possibilidade de aplicação isolada de multa também tem previsão legal no art. 60, § 2º, do CP: "A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código".

Interpretando-se *a contrario sensu* o dispositivo sob comento, conclui-se que é perfeitamente possível a aplicação de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos diversa da prestação pecuniária (v.g., prestação de serviços à comunidade), cumuladas (ou não) com eventual pena de multa, já que o art. 17 veda apenas a substituição de pena que implique o pagamento *isolado* da multa, e não sua aplicação cumulativa com outras espécies de pena.

Ao vedar a possibilidade de aplicação isolada da pena de multa, a Lei Maria da Penha deixa evidente que seu objetivo é demover o agressor da ideia de persistir na prática da violência doméstica e familiar contra a mulher. Afinal, por mais que não haja qualquer óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o agressor saberá de antemão que o eventual descumprimento dessas "penas alternativas" poderá resultar na conversão em prisão (CP, art. 44, § 4º), ao contrário do que ocorre com a pena de multa, cujo não pagamento não autoriza a conversão em pena privativa de liberdade (CP, art. 51). Enfim, por mais que a Lei Maria da Penha não imponha o cumprimento obrigatório da pena privativa de

61. STJ, 5ª Turma, RMS 34.607/MS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ –, j. 13/9/2011. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 178.744/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 10/05/2011; STJ, 5ª Turma, HC 179.446/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 03/05/2012, DJe 10/05/2012; STF, 1ª Turma, HC 98.880/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/10/2011, DJe 201 18/10/2011.

liberdade imposta na sentença condenatória, a simples possibilidade de conversão em prisão de eventual pena restritiva de direitos aplicada ao agressor serve como importante fator de dissuasão, evitando-se, assim, a reiteração delituosa.

Logicamente, para fins de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, há de se verificar se estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal. Por isso, não se admite a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado pela prática do crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico (CP, art. 129, § 9º, na redação dada pela Lei 11.340/2006). Afinal, a execução do crime mediante o emprego de violência funciona como circunstância impeditiva do benefício (CP, art. 44, I). Com o advento da Lei 9.099/1995, parte da doutrina passou a sustentar que a vedação abstrata prevista no art. 44 do CP, ao menos em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, implicaria violação ao princípio da proporcionalidade, ou seja, não haveria razão para impedir a conversão da reprimenda a autores de delitos que poderiam, em tese, ser agraciados com a transação penal ou suspensão condicional do processo. Essa linha argumentativa, porém, não teria espaço em relação ao crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico, por duas razões: a) a pena máxima prevista para esse delito — três anos —, a impedir a transação penal (Lei 9.099/1995, art. 61); e b) a existência de comando proibitivo previsto no art. 41 da Lei Maria da Penha. Portanto, o principal fundamento — aplicação da Lei 9.099/1995 — daqueles que militariam pelo abrandamento do art. 44 do CP deixaria de existir quando o cenário fosse de crime de lesão corporal no seio familiar. Ademais, não seria crível imaginar que a Lei Maria da Penha, que teria vindo justamente tutelar com maior rigor a integridade física das mulheres, tivesse autorizado a substituição da pena corporal, mitigando a regra geral do CP, que a proíbe. Nesse contexto, perderia sustento a alegação de que o art. 17 da Lei 11.340/2006 autorizaria a substituição de pena.[62]

Aliás, para a 1ª Turma do STF, não se admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nem mesmo em caso de *contravenção penal envolvendo violência doméstica*. Por isso, em caso concreto em que um indivíduo fora condenado por vias de fato (LCP, art. 21), o referido Colegiado fez uso de interpretação extensiva do art. 44, I, do CP, para concluir que, no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, a noção de crime teria o condão de abarcar qualquer conduta delituosa, inclusive contravenção penal. Nesse sentido, reconhecida a necessidade de combate à cultura de violência contra a mulher no Brasil, a Turma considerou a equiparação da conduta do paciente à infração de menor potencial ofensivo incoerente com o entendimento da violência de gênero como grave violação dos direitos humanos.[63]

É exatamente nesse sentido o teor da **Súmula n. 588 do STJ**: "A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos".

CAPÍTULO II
DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Seção I
Disposições Gerais

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I – conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

II – determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para o ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente; (Redação dada pela Lei n. 13.894, de 2019)

III – comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis;

IV – determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob a posse do agressor. (Incluído pela Lei n. 13.880, de 2019)

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação

62. STF, 2ª Turma, HC 129.446/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 20/10/2015, DJe 221 05/11/2015.

63. STF, 1ª Turma, HC 137.888/MS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 31/10/2017. No sentido de que a prática de delito ou contravenção cometido com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.607.382 MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 27/09/2016, DJe 13/10/2016.

do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

17. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.

Com o objetivo de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei Maria da Penha elenca um rol de *medidas protetivas de urgência* que poderão ser adotadas não apenas em relação à pessoa do agressor (art. 22), mas também quanto à ofendida (arts. 23 e 24).

O art. 22 da Lei nº 11.340/06 faz referência à adoção de tais medidas apenas quando constatada a prática de violência doméstica e familiar contra *a mulher*. No entanto, ante a nova redação conferida ao art. 313, inciso III, do CPP, pela Lei nº 12.403/11, além da mulher, tais medidas também podem ser concedidas de modo a coibir a violência doméstica e familiar contra a criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.[64]

A utilização das expressões *entre outras* ao final dos arts. 22, *caput*, e 24, *caput*, e *sem prejuízo de outras medidas* ao final do art. 23, *caput*, evidenciam que estamos diante de um rol de natureza exemplificativa, e não taxativa. O próprio art. 22, § 1º, da Lei Maria da Penha, dispõe que as medidas protetivas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. Há, portanto, um verdadeiro princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência, a corroborar a tendência do ordenamento processual de conferir ao magistrado a possibilidade de se valer, em cada caso concreto, da medida que reputar mais adequada, necessária e proporcional, para alcançar o resultado almejado, ainda que a medida não esteja prevista em lei.[65] Logo, se o magistrado entender que não constam dos arts. 22, 23 e 24, nenhuma medida protetiva de urgência capaz de assegurar a eficácia do processo, poderá se valer não somente das novas medidas cautelares diversas da prisão introduzidas nos arts. 319 e 320 do CPP pela Lei nº 12.403/11, como também do poder geral de cautela previsto no art. 297 do CPC.[66]

Tão logo decretada a medida protetiva de urgência, esta deverá ser registrada em banco de dados mantido e regulamentado pelo CNJ (Lei n. 11.340/06, art. 38-A, incluído pela Lei n. 13.827/19). Como o acesso a esse banco de dados é assegurado ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos órgãos de segurança pública e assistência social, a medida em questão visa assegurar a fiscalização e a própria efetividade das referidas medidas.

17.1. Natureza jurídica.

A despeito de certa controvérsia na doutrina quanto a sua natureza jurídica, como o próprio legislador se refere a elas como medidas protetivas *de urgência*, prevalece o entendimento de que estamos diante de *medidas cautelares*.

Enfim, são medidas de natureza urgente que se mostram necessárias para instrumentalizar a eficácia do processo. Afinal, durante o curso da persecução penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria vítima, ameaçada pelo risco de reiteração da violência doméstica e familiar, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.

Com efeito, de nada valeria, por exemplo, uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, se o acusado já tivesse se evadido do distrito da culpa; ou criar instrumentos destinados a coibir a

64. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor aos comentários ao art. 20 da Lei nº 11.340/06.

65. Nessa linha: DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e responsabilidade: *Teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 327.

66. Parte da doutrina é contrária à utilização do poder geral de cautela no processo penal, sob o argumento de que sua aplicação seria incompatível com o princípio da legalidade, em sua dimensão da taxatividade. Entre outros, é nesse sentido a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho (*Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 57) e Gustavo Henrique Badaró (*Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 228). Sem embargo desse entendimento, há precedentes no STF e no STJ favoráveis à aplicação subsidiária do art. 798 do CPC (art. 297 do CPC) em sede processual penal. Nesse sentido: STF, 2ª Turma, HC 94.147/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe107 12/06/2008. E também: STF, 1ª Turma, HC 86.758/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02/05/2006, DJ p. 22, 01/09/2006; STF, 1ª Turma, HC 86.758, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/09/2006, p. 22; STJ, 6ª Turma, HC 114.734/ES, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 30/03/2009.

violência doméstica e familiar contra a mulher, se o agressor pudesse continuar praticando agressões contra sua esposa (ou companheira) durante todo o curso da persecução penal. É evidente, pois, que a persecução penal no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher precisa dispor de instrumentos e mecanismos capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Essas medidas cautelares inserem-se nas restrições reclamadas pelo Estado Democrático de Direito à coerção para assegurar a finalidade do processo.[67]

17.2. Pressupostos.

Como espécies de provimentos de natureza cautelar, as medidas protetivas de urgência jamais poderão ser adotadas como efeito automático da prática de determinada infração penal. Sua decretação também está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis.*

Não se pode pensar que as medidas protetivas de urgência, por não implicarem a restrição absoluta da liberdade, não estejam condicionadas à observância dos pressupostos e requisitos legais. Pelo contrário. À luz da regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência, nenhuma dessas medidas pode ser aplicada sem que existam os pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis.*

O *fumus boni iuris* enseja a análise judicial da plausibilidade da medida pleiteada ou percebida como necessária a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança e em cognição sumária dos elementos disponíveis no momento, ou seja, basta que se possa perceber ou prever a existência de indícios suficientes para a denúncia ou eventual condenação de um crime descrito ou em investigação, bem como a inexistência de causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade. Em se tratando de medidas cautelares concedidas incidentalmente no curso da persecução penal, não há falar, porém, em *fumus boni iuris,* mas sim em *fumus comissi delicti.* Ora, se o delito é a própria negação do direito, como se pode afirmar que a decretação de uma medida cautelar está condicionada à comprovação da fumaça do bom direito? Não é a *fumaça do bom direito* que determina ou não a prisão de alguém, mas sim a comprovação por elementos objetivos dos autos que formam uma aparência de que o delito foi cometido por aquela pessoa que se pretende prender. Daí o uso da expressão *fumus comissi delicti,* a ser entendida como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de *prova da materialidade e de indícios de autoria do delito.*

O *periculum in mora,* por sua vez, caracteriza-se pelo fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser concedida, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tornasse inócua, ineficaz. Em outras palavras, *periculum in mora* nada mais é do que o perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional. Em se tratando de medidas protetivas de urgência, o perigo não deriva do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, mas sim do risco emergente da situação de liberdade absoluta do agente. Logo, em uma terminologia mais específica às medidas cautelares, utiliza-se a expressão *periculum libertatis,* a ser compreendida como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social.[68]

Consoante a nova redação do art. 282, inciso I, do CPP, perfeitamente aplicável às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. O dispositivo guarda estreita semelhança com o art. 312 do CPP, que estabelece que a prisão preventiva poderá ser decretada para assegurar a aplicação da lei penal, a conveniência da instrução criminal, ou a garantia da ordem pública ou da ordem econômica.

Em face do caráter urgente da medida cautelar, ao analisar a presença desses pressupostos, limita-se o juiz ao exercício de uma mera *cognição sumária.* Em outras palavras, quando da adoção de uma medida cautelar, é inviável exigir-se que o juiz desenvolva atividade cognitiva no mesmo grau de profundidade que aquela desenvolvida para o provimento definitivo. Não se decide com base no *ius,* mas sim no *fumus boni iuris.* De todo

67. Essa coerção pode ser compreendida como o uso efetivo ou potencial da força estatal para obter determinados objetivos, cujo cumprimento pelo indivíduo é obrigatório.

68. Na dicção do Supremo, "à falta da demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o consequente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória". (STF, 1ª Turma, RHC 79.200/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13/08/1999 p. 09).

modo, diante da dúvida acerca da presença de tais pressupostos, é perfeitamente possível que o magistrado designe uma audiência de justificação prévia, aplicando subsidiariamente o quanto disposto no art. 300, §2º, do CPC, como expressamente autorizado pelo art. 13 da Lei nº 11.340/06.

17.3. Procedimento para a aplicação das medidas protetivas de urgência.

17.3.1. Aplicação isolada ou cumulativa das medidas.

As diversas medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. É nesse sentido o teor do art. 19, § 2º, da Lei nº 11.340/06. A depender da adequação da medida e da necessidade do caso concreto, é possível que o juiz adote uma ou mais das medidas acautelatórias, devendo, logicamente, verificar a compatibilidade entre elas. É o que ocorre, por exemplo, com a medida de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, que geralmente deve ser aplicada de maneira cumulativa com a proibição de aproximação da ofendida, fixando o juiz o limite mínimo de distância entre a ofendida e o agressor.

Aliás, com as mudanças produzidas pela Lei nº 12.403/11 no Código de Processo Penal, as medidas protetivas de urgência constantes da Lei Maria da Penha também poderão ser aplicadas cumulativamente com as medidas cautelares diversas da prisão elencadas nos arts. 319 e 320 do CPP. Basta pensar, a título de exemplo, na aplicação da medida protetiva de urgência de distanciamento do agressor (Lei nº 11.340/06, art. 22, III, "a") cumulativamente com o monitoramento eletrônico (CPP, art. 319, IX).

Evidentemente, na hipótese de decretação da prisão preventiva do agressor (ou internação provisória), não será possível a cumulação com outra medida cautelar, uma vez que já se estará impondo ao acusado o grau máximo de restrição cautelar, privando-o de sua liberdade de locomoção. Porém, à exceção dessas hipóteses, as demais medidas protetivas de urgência e/ou cautelares diversas da prisão poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

17.3.2. Decretação das medidas protetivas de urgência pela autoridade judiciária competente.

Pelo princípio da jurisdicionalidade, a decretação de toda e qualquer espécie de provimento cautelar está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, seja previamente, nos casos da prisão preventiva, temporária e imposição autônoma das medidas protetivas de urgência, seja pela necessidade de imediata apreciação da prisão em flagrante, devendo o magistrado indicar de maneira fundamentada, com base em elementos concretos existentes nos autos, a necessidade da segregação cautelar, inclusive com apreciação do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança (CPP, art. 310, II e III), sem prejuízo da aplicação cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão.

Se a Constituição Federal enfatiza que 'ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens *sem o devido processo legal*' (art. 5º, LIV), que 'ninguém será preso senão em flagrante delito *ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*' (art. 5º, LXI), que 'a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre *serão comunicados imediatamente ao juízo competente*' (art. 5º, LXII), que 'a prisão ilegal *será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*' (art. 5º, LXV) e que 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei admitir a liberdade provisória,* com ou sem fiança' (art. 5º, LXVI), fica evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar à apreciação do Poder Judiciário.

Não por outro motivo, dispõe o art. 19, *caput,* da Lei Maria da Penha, que as medidas protetivas de urgência *poderão ser concedidas pelo juiz,* a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. Em face desses dispositivos, depreende-se que a restrição à liberdade de locomoção do agressor inerente à aplicação dessas medidas deve resultar não simplesmente de uma ordem judicial, mas de um provimento resultante de um procedimento qualificado por garantias mínimas, como a independência e a imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, sobretudo nessa matéria, a obrigatoriedade de motivação (jurisdicionalidade em sentido estrito).[69]

Destarte, considerando que todas essas medidas protetivas de urgência afetam, direta ou indiretamente, a liberdade de locomoção, ora com maior, ora com menor intensidade, podendo inclusive ser

69. Nesse contexto: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011.* Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 29. Na dicção de Ferrajoli, a jurisdicionalidade em sentido amplo se reume na singela intervenção de um juiz, ao passo que a jurisdicionalidade em sentido estrito supõe um juízo formulado com observância das garantias processuais.

convertidas em prisão preventiva diante do descumprimento das obrigações impostas (CPP, art. 313, III), não se admite que possam ser decretadas por outras autoridades que não o juiz competente (v.g., Comissões Parlamentares de Inquérito).

Para além da indispensável intervenção do Poder Judiciário, também deriva desse princípio a necessidade de fundamentação da medida, sendo indispensável a demonstração dos motivos que justificam a restrição à liberdade de locomoção de alguém antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, sob pena de nulidade absoluta (CF, art. 5º, LXI, c/c art. 93, IX). De fato, com o conhecimento dos fundamentos da decisão, torna-se possível o exercício da ampla defesa e do contraditório em torno da comprovação dos pressupostos em que está assentado o pronunciamento jurisdicional, seja quanto a aspectos fáticos, seja quanto a interpretações jurídicas dele oriundas.[70]

17.3.2.1. (Im) possibilidade de a autoridade policial aplicar medidas protetivas de urgência, independentemente de prévia autorização judicial.

Por ocasião da aprovação do Projeto de Lei n. 7, de 2016 (n. 36/15 na Câmara dos Deputados), que deu origem à Lei n. 13.505/17, o Congresso Nacional chegou a aprovar uma mudança na Lei Maria da Penha de modo a permitir que a *autoridade policial* pudesse aplicar provisoriamente, pelo menos até ulterior deliberação judicial, algumas medidas protetivas de urgência. Era nesse sentido, aliás, o art. 12-B que seria acrescentado à Lei n. 11.340/06:

"Art. 12-B. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes, a **autoridade policial**, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas no inciso III do art. 22 e nos incisos I e II do art. 23 desta Lei, intimando desde logo o agressor. § 1º O juiz deverá ser comunicado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e poderá manter ou rever as medidas protetivas aplicadas, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo. § 2º Não sendo suficientes ou adequadas as medidas protetivas previstas no **caput**, a autoridade policial representará ao juiz pela aplicação de outras medidas protetivas ou pela decretação da prisão do agressor."

Felizmente, todavia, o dispositivo em questão acabou sendo vetado pelo Presidente da República. A propósito, vejamos as razões do veto ao art. 12-B do referido Projeto de Lei: "Os dispositivos, como redigidos, impedem o veto parcial do trecho que incide em inconstitucionalidade material, por violação aos artigos 2º e 144, § 4º, da Constituição, *ao invadirem competência afeta ao Poder Judiciário e buscarem estabelecer competência não prevista para as polícias civis.*"

Eis que surge, então, a Lei n. 13.827, com vigência em data de 14 de maio de 2019, acrescentando à Lei Maria da Penha o art. 12-C, segundo o qual, verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: I – pela autoridade judicial; II – pelo Delegado de Polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou III – pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. Nas duas últimas hipóteses (II e III), o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

De maneira inovadora, o legislador resolve excepcionar a regra geral constante do art. 19 da Lei Maria da Penha, segundo a qual as medidas protetivas de urgência estão sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição. De fato, consoante disposto no próprio art. 22, inciso II, da Lei Maria da Penha, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o *juiz* poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, entre outras medidas protetivas de urgência, *o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.*

Em sentido diverso, porém, o art. 12-C torna dispensável prévia autorização judicial para que o agressor seja imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, desde que observados os seguintes requisitos: a) existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes; b) quando deferida pelo Delegado de Polícia, que o Município não seja sede de comarca; c) quando

70. É nesse sentido a lição de Grinover, Gomes Filho e Fernandes: *As nulidades no processo penal.* 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 274.

deferida pelo policial, que o Município não seja sede de comarca e que não haja delegado disponível no momento da denúncia.

Com a devida vênia, por mais louvável que seja a intenção do legislador de coibir e evitar toda e qualquer forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, não se pode admitir que uma medida cautelar, ainda que não tão agressiva quanto uma prisão preventiva ou temporária, seja decretada por uma outra autoridade que não o juiz competente. Ora, como exposto no tópico anterior, se a Constituição Federal enfatiza que 'ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art. 5º, LIV), e que 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente' (art. 5º, LXI), é de todo evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar à apreciação do Judiciário.

Logo, considerando que o afastamento do lar afeta diretamente a liberdade de locomoção do agressor, ainda que em menor grau de intensidade, levando-se em conta, ademais, que o descumprimento dessa protetiva pode, em última análise, acarretar a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 313, III), não há como se admitir a possibilidade de tal medida ser decretada pelo Delegado de Polícia (art. 12-C, II), muito menos pelo *policial* (art. 12-C, III), o qual, aliás, ante a expressão genérica e abstrata empregada pela Lei n. 13.827/19, nem sabemos ao certo dizer quem é, ou seja, se se trata de um Soldado, Cabo, ou Oficial da Polícia Militar, ou se, na verdade, seria um outro integrante da Polícia Judiciária que não o Delegado de Polícia (v.g., escrivão, investigador, agente, etc.). Longe de se pretender estabelecer, com essa premissa, qualquer demérito às funções do Delegado de Polícia e da Polícia, muito mais essenciais no combate pronto e imediato à violência doméstica e familiar contra a mulher que o Judiciário e o Ministério Público, mas não são eles dotados de autorização para exercer funções judiciais, sob pena de se admitir, mais adiante, que possam decretar outras medidas protetivas de urgência, quiçá um dia até mesmo uma prisão cautelar.[71]

71. Toda a controvérsia em torno da constitucionalidade dos incisos II e III do art. 12-C da Lei Maria da Penha deverá ser dirimida pelo STF no julgamento da **ADI n. 6.138** (Rel. Min. Alexandre de Moraes), no bojo da qual a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) argumenta que os dispositivos criam hipótese legal para que o Delegado ou o Policial pratiquem atos da competência do Poder Judiciário, com clara ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, do devido processo legal e da inviolabilidade do domicílio (incisos XII, LIV e XI do art. 5º da CF).

17.3.2.2. Decretação de medidas protetivas de urgência ex officio pelo juiz.

Na fase investigatória e na fase processual, é vedada a decretação de medidas cautelares pelo juiz de ofício, sob pena de evidente violação ao sistema acusatório. Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante a provocação da pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat judex ex officio*). Destarte, no curso da persecução penal como um todo, deve o juiz se abster de promover atos de ofício. Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse que este pudesse decretar uma medida protetiva de ofício na fase pré-processual ou processual, sem provocação da vítima ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.

Portanto, destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício que possa caracterizar uma colaboração à acusação. O que se reserva ao magistrado, nesse momento, é atuar somente quando for provocado, tutelando liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a vida privada, a intimidade, a integridade física e moral da mulher no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, assim como a liberdade de locomoção, enfim, atuando como garantidor da legalidade da investigação. A Lei da prisão temporária (Lei nº 7.960/89) reforça esse argumento. Tendo seu âmbito de incidência limitado à fase preliminar, a própria lei, atenta ao novo sistema acusatório trazido pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), não possibilitou que o juiz decretasse a medida cautelar de ofício. Em outras palavras, se ao juiz não é permitido, durante a fase das investigações, expedir ordem de prisão temporária, cuja vedação consta expressamente do art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/89, por que não acolher igual vedação em relação às demais medidas cautelares, aí inseridas as protetivas de urgência?

As mudanças introduzidas no CPP pelo Pacote Anticrime são categóricas nesse sentido. Com efeito, o art. 282, §§ 2º e 4º, c/c art. 311, ambos do CPP, dispõe claramente que, seja durante a fase investigatória, seja durante a fase processual, a decretação das medidas cautelares pelo juiz só poderá ocorrer mediante provocação da autoridade policial, do Ministério Público ou do ofendido – neste caso, exclusivamente em relação aos crimes de ação penal de iniciativa privada. Essas mudanças também têm incidência na Lei Maria da Penha,

inclusive no tocante à possibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva. Por conseguinte, independentemente do momento da persecução penal, não mais se admite a decretação *ex officio* de qualquer medida cautelar, seja ela protetiva de urgência, cautelar diversa da prisão ou a própria prisão preventiva.

É bem provável que alguns ainda queiram invocar o princípio da especialidade para justificar a subsistência do art. 20 da Lei n. 11.340/06. Ocorre que o dispositivo em questão não representa nada de novidade em relação ao Código de Processo Penal. De fato, à época em que a Lei Maria da Penha entrou em vigor – 22 de setembro de 2006 –, os dizeres de seu art. 20 funcionavam como mera transcrição, quase que literal, da redação original do art. 311 do CPP então vigente: "Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, *de ofício*, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial". Se assim o é, alterada a redação dos art. 282, §§2º e 4º, e 311, ambos do CPP, inicialmente pela Lei n. 12.403/11, para fins de se vedar a possibilidade de decretação de qualquer medida cautelar de ofício pelo juiz durante a fase investigatória, e, agora, com a Lei n. 13.964/19, também durante a fase processual, forçoso é concluir que tal mudança também deverá repercutir no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.[72] Prova disso, aliás, é o próprio art. 13 da Lei n. 11.340/06, segundo o qual são aplicáveis as normas do Código de Processo Penal ao processo, julgamento e execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

De todo modo, desde que o magistrado seja provocado, é possível a decretação de qualquer medida protetiva de urgência (Lei nº 11.340/06, arts. 22, 23 e 24), ou cautelar diversa da prisão (CPP, arts. 319 e 320), haja vista a fungibilidade que vigora em relação a elas. Por isso, se o Ministério Público requerer a prisão preventiva do agressor, é plenamente possível a aplicação de medida protetiva de urgência, ou vice-versa.

Outrossim, se ao juiz não se defere a possibilidade de decretar medidas protetivas de ofício, o mesmo não pode ser dito quanto à possibilidade de revogação ou substituição. De fato, considerando que a revogação ou substituição recai sobre medida anteriormente decretada pelo próprio juiz, em relação à qual já fora, portanto, anteriormente provocado, não há dúvidas acerca da possibilidade de o juiz rever a medida cautelar de ofício, independentemente de provocação das partes. Prova disso, aliás, é o teor do art. 282, §5º, do CPP, também com redação determinada pela Lei n. 13.964/19.

17.3.3. Legitimidade para o requerimento de decretação de medida cautelar.

De acordo com o art. 19, *caput*, da Lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

Uma das grandes novidades introduzidas pela Lei Maria da Penha foi permitir que a aplicação de medidas protetivas de urgência seja postulada pela própria vítima perante a autoridade policial. Com efeito, ao fazer o registro de uma violência doméstica e familiar contra a mulher, a vítima pode requerer pessoalmente a separação de corpos, alimentos provisionais ou provisórios, distanciamento do agressor, etc., providências estas que podem ser pleiteadas mesmo sem estar ela representada por profissional da advocacia. Por mais que a Lei nº 11.340/06 expressamente assegure à mulher em situação de violência acesso aos serviços da Defensoria Pública ou da Assistência Judiciária Gratuita (art. 28), o pedido por ela formulado de decretação de medida protetiva de urgência em sede policial não precisa ser necessariamente subscrito por advogado. Tanto é verdade que o próprio art. 27 dispõe que a mulher em situação de violência deverá estar acompanhada de advogado *em todos os atos processuais*, cíveis e criminais, *salvo na hipótese do art. 19 da Lei nº 11.340/06*, exatamente o dispositivo legal que lhe outorga legitimidade para o requerimento de decretação das medidas protetivas de urgência.

É nesse sentido o teor do art. 12, III, da Lei nº 11.340/06, que prevê que a autoridade policial deve remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o *pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência*. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas: I – conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência; II – determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para o ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável

72. Nesse sentido: PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. *Violência doméstica: Lei Maria da Pena – comentada artigo por artigo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 118.

perante o juízo competente; III – comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis; IV – determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob a posse do agressor.

O art. 19, *caput*, da Lei nº 11.340/06, nada diz acerca da legitimidade do próprio agressor para requerer a decretação de medidas protetivas de urgência, o que, aliás, é bem óbvio, já que dificilmente este teria interesse em postular medida que restringe ou limita direitos próprios atinentes a sua liberdade de locomoção. Porém, tal hipótese não pode ser desprezada, porquanto, nos casos em que a acusação postule a imposição de determinada medida cautelar mais gravosa, como, por exemplo, a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 313, III), é possível que o acusado, em contraposição a tal pedido, postule a aplicação simples de medida protetiva de urgência.

17.3.4. Contraditório prévio à decretação das medidas cautelares.

No processo penal, sempre prevaleceu o entendimento de que não seria possível conceber e admitir a intervenção defensiva do investigado e/ou de seu advogado em momento anterior à decretação das medidas cautelares, sob pena de frustração da eficácia da medida cautelar pleiteada. Assim, as medidas cautelares eram sempre aplicadas *inaudita altera pars*, ou seja, sem a oitiva da parte contrária. A defesa, portanto, somente teria condições de interferir na decretação dessas medidas em momento posterior, questionando sua legalidade por meio de *habeas corpus*, isto é, o contraditório era diferido. Aliás, a Lei Maria da Penha dispõe expressamente que as medidas protetivas de urgência poderão ser *concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes* e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, alterando o Código de Processo Penal, todavia, parece-nos que o tema está a merecer nova reflexão. Explica-se: na esteira da moderna legislação europeia, o art. 282, § 3º, do CPP, passou a prever o contraditório prévio à decretação da medida cautelar. Em face desse preceito, pelo menos em regra, a parte contrária deverá ser chamada para opinar e contra argumentar em face da representação da autoridade policial, do requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, confiando-se ao juiz a ponderação plena e com visibilidade, em face da presença de mais uma e justificada variável, de todos os aspectos que tangenciam a extensão da medida, permitindo-lhe chegar a um convencimento mais adequado sobre a necessidade (ou não) de adoção da medida cautelar pleiteada. De fato, as razões apresentadas pela defesa técnica podem levar o juiz a não adotar a medida cautelar pretendida, não só em uma hipótese de eventual erro quanto à qualificação do verdadeiro autor do delito, como também na hipótese em que ele conseguir demonstrar a desnecessidade do provimento cautelar, ou, ainda, a possibilidade de adoção de medida menos gravosa.

A despeito da Lei nº 12.403/11 ter inserido esse contraditório prévio como regra apenas no Código de Processo Penal, não há justificativa razoável para o tratamento desigual previsto pela Lei Maria da Penha, que ainda faz referência ao contraditório diferido como regra. Com efeito, se a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal previstas no CPP, invariavelmente mais gravosas que aqueles provimentos previstos na Lei Maria da Penha, passa a ter esse contraditório prévio como regra, seria de todo desarrazoado não aplicar o mesmo raciocínio às medidas protetivas de urgência inseridas nos arts. 22, 23 e 24 da Lei nº 11.340/06.

De todo modo, apesar de o art. 282, § 3º, do CPP, ter instituído o contraditório prévio à decretação da medida cautelar, o próprio dispositivo ressalta que, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o provimento cautelar poderá ser determinado pelo magistrado sem a prévia oitiva da parte contrária. É o que pode ocorrer por ocasião da decretação de prisão preventiva, situação em que a prévia comunicação ao agressor pode levá-lo a empreender fuga. Basta imaginar, por exemplo, hipótese de requerimento de decretação de prisão preventiva em virtude da possibilidade concreta de reiteração delituosa. Se o agente vem descumprindo reiteradas vezes as medidas protetivas de urgência, colocando em risco a integridade física da vítima, não é leviano concluir que, cientificado o acusado de que o juiz está considerando a possibilidade de prendê-lo cautelarmente, provavelmente irá levar adiante seu desiderato, fugindo. Pensar o contrário é muita ingenuidade. Nesse caso, a limitação ao exercício do direito de defesa é plenamente constitucional e se apresenta em franca compatibilidade com a prisão cautelar decretada, que pressupõe a surpresa e a imprevidência, preservando a eficácia do processo. Aqui, a defesa terá condições de interferir na decretação da medida cautelar apenas em momento posterior, questionando sua legalidade por meio

de eventual recurso ou *habeas corpus*, hipótese em que o contraditório será diferido.

Como a observância do contraditório prévio passou a ser a regra em virtude do art. 282, § 3º, do CPP, se o juiz entender que não deve dar prévia ciência ao acusado da possibilidade de imposição de medida cautelar de natureza pessoal contra sua pessoa, deve fazer constar da motivação de sua decisão a situação de urgência ou de perigo de ineficácia da medida que justificou a imposição da cautelar *inaudita altera pars*. Em síntese, o motivo que deu ensejo ao afastamento do contraditório prévio deve fazer parte da fundamentação da decisão. É nesse sentido, aliás, o teor da nova redação conferida ao art. 282, §3º, in fine, do CPP, pela Lei n. 13.964/19.

17.3.5. Descumprimento injustificado das obrigações inerentes às medidas protetivas de urgência.

De nada adianta a imposição das medidas protetivas de urgência se a elas não se emprestar força coercitiva. É nesse sentido que se destaca a importância do art. 20 da Lei Maria da Penha, e do art. 313, III, do CPP, a serem estudados logo abaixo, que permitem a decretação da prisão preventiva do agressor se houver o descumprimento injustificado das medidas protetivas de urgência, conquanto o magistrado seja provocado nesse sentido. Na mesma linha, consoante disposto no art. 19, §§ 2º e 3º, da Lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados, sendo possível, ademais, a concessão de novas medidas protetivas de urgência ou a revisão daquelas já concedidas. Também tem o magistrado a faculdade de requisitar o auxílio da força policial (Lei nº 11.340/06, art. 22, § 3º).

Como se percebe, verificado o descumprimento injustificado das medidas protetivas de urgência, o que demonstra que o acusado não soube fazer por merecer o benefício de medidas menos gravosas, é possível que o juiz determine a substituição da medida, a imposição de outra em cumulação, ou, em última hipótese, a própria prisão preventiva, desde que seja provocado nesse sentido. O magistrado não está obrigado a seguir esta ordem. Na verdade, incumbe a ele analisar qual das medidas é mais adequada para a situação concreta. Para tanto, e em fiel observância ao disposto no art. 282, § 3º, deve ser assegurado ao acusado o contraditório prévio, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, apontando o magistrado, fundamentadamente, as razões pelas quais entendeu necessária a substituição da medida, a imposição de outra em cumulação, ou a imposição da prisão preventiva.

Outrossim, com o advento da Lei n. 13.771, com vigência em data de 20 de dezembro de 2018, o fato de o crime de homicídio qualificado pelo feminicídio ser praticado em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas especificamente nos incisos I, II e III do *caput* do art. 22 da Lei n. 11.340/06 passou a funcionar como causa de aumento de pena (1/3 até metade).

17.3.6. Revogabilidade e/ou substitutividade das medidas protetivas de urgência.

Como desdobramento de sua natureza provisória, a manutenção de toda e qualquer medida protetiva de urgência depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo. São as medidas cautelares *situacionais*, pois tutelam uma situação fática de perigo. Desaparecido o suporte fático legitimador da medida, consubstanciado pelo *fumus comissi delicti* e pelo *periculum libertatis*, deve o magistrado revogar a constrição. Por isso é que se diz que a decisão que decreta uma medida cautelar sujeita-se à cláusula *rebus sic stantibus*, pois está sempre sujeita à nova verificação de seu cabimento, seja para eventual revogação, quando cessada a causa que a justificou, seja para nova decretação, diante do surgimento de hipótese que a autorize (Lei nº 11.340/06, arts. 19, § 3º, e 20, parágrafo único).

Assim, uma vez decretada qualquer das medidas protetivas de urgência, ou até mesmo a prisão preventiva do agressor, mudanças do estado de fato subjacente ao momento de sua decretação ou mesmo o surgimento de novas provas que alterem o convencimento judicial sobre o *fumus comissi delicti* ou o *periculum libertatis* podem levar à necessidade de: 1) revogação da medida; 2) substituição da medida por outra, mais gravosa ou mais benéfica; 3) reforço da medida, por acréscimo de outra em cumulação; 4) atenuação da medida, pela revogação de uma das medidas anteriormente imposta cumulativamente com outra.[73]

73. É nesse sentido a lição de Gustavo Henrique Badaró, referindo-se, todavia, às medidas cautelares diversas da prisão introduzidas nos arts. 319 e 320 do CPP pela Lei nº 12.403/11: *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 224.

17.3.7. Recursos adequados.

Como as medidas protetivas de urgência são acessórias do mérito da ação principal, e tendo em conta que a Lei Maria da Penha criou essas medidas como instrumentos para assegurar sobremaneira a garantia da ordem pública no processo penal, evitando a reiteração delituosa da violência doméstica e familiar contra a mulher, é de se concluir que tais medidas têm natureza eminentemente penal, e não cível. Por conseguinte, a sistemática recursal a ser utilizada deve ser buscada no âmbito do Código de Processo Penal. Ademais, como o art. 33 dispõe que a competência cumulativa – cível e criminal – será das *varas criminais,* enquanto não instalados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher –, tais recursos também deverão ser apreciados por *câmaras criminais.*

De acordo com o art. 581, inciso V, *in fine,* do CPP, caberá recurso no sentido estrito da decisão que indeferir requerimento *de prisão preventiva* ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante. Logo, tal instrumento de impugnação também se revela adequado contra a decisão que indefere requerimento de medida protetiva de urgência ou que revoga constrição anteriormente imposta. É bem verdade que a Lei Maria da Penha silenciou acerca dos recursos cabíveis quando se tratar de medidas protetivas de urgência. No entanto, a despeito do silêncio do legislador, pensamos ser possível interpretar-se extensivamente o rol do art. 581 do CPP, até mesmo porque, à época em que o estatuto processual penal entrou em vigor – 1º de janeiro de 1942 – sequer era concebida a existência de medidas protetivas de urgência.[74]

Este recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que indefere requerimento de medida protetiva de urgência ou que revoga constrição anteriormente imposta não é dotado de efeito suspensivo. Isso significa dizer que, uma vez revogada a medida protetiva de urgência, por exemplo, a proibição de aproximação da ofendida, mesmo que o RESE seja interposto, o agressor poderá se aproximar novamente da vítima, colocando em risco sua integridade física e moral. Nesse caso, parece ser plenamente possível que o Ministério Público possa impetrar mandado de segurança objetivando a concessão de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito, mantendo-se, no exemplo citado, a medida protetiva de urgência. Este entendimento é reforçado pelo disposto no art. 5º, II, da Lei nº 12.016/09, que, interpretado a *contrario sensu,* dispõe que o mandado de segurança deve ser concedido quando se tratar de decisão judicial da qual não caiba recurso com efeito suspensivo.

O Código de Processo Penal não prevê o cabimento de recurso contra a decisão que decreta a prisão preventiva e/ou quaisquer medidas protetivas de urgência, nem tampouco contra a decisão que indefere o pedido formulado pela defesa de revogação e/ou substituição dessas medidas. Não obstante, o indivíduo (ou qualquer pessoa) poderá impetrar ordem de *habeas corpus.* À primeira vista, poder-se-ia pensar que o *habeas corpus* somente seria cabível quando tivesse havido a decretação da prisão preventiva com fundamento no art. 313, III, do CPP. Porém, não se pode afastar o cabimento do *writ* para as demais medidas protetivas de urgência. Em primeiro lugar, porque a decretação de certas medidas protetivas de urgência acarreta algum tipo de constrangimento à liberdade de locomoção do agressor, como ocorre, por exemplo, com a proibição de frequentação de determinados lugares. Segundo, porque o descumprimento injustificado de uma dessas medidas pode ensejar a decretação da prisão preventiva com fundamento no art. 313, III, do CPP, o que acaba por evidenciar a existência de um risco, ainda que potencial, à liberdade de locomoção.[75]

> **Art. 20.** Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.
>
> **Parágrafo único.** O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

18. PRISÃO PREVENTIVA.

De acordo com o revogado inciso IV do art. 313 do CPP, admitia-se a decretação da prisão

74. Não se pode objetar que não é cabível interpretação extensiva em relação às hipóteses de cabimento do Recurso em Sentido Estrito (CPP, art. 581). Na verdade, o que não se admite é a ampliação para casos em que a lei evidentemente quis excluir. É o que acontece, por exemplo, com a rejeição do aditamento à denúncia ou queixa. A lei prevê apenas o recurso para a *rejeição da denúncia ou queixa*, e não em face da rejeição do aditamento, não havendo razão lógica para que assim tenha feito, demonstrando tratar-se de omissão involuntária do legislador. Por outro lado, não cabe RESE contra a decisão que determina o recebimento da peça acusatória, porquanto o art. 581, inciso I, do CPP, deixou claro que tal recurso só deve ser admitido quando houver a rejeição da inicial acusatória, e não na hipótese contrária.

75. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 298.499/AL, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 1º/12/2015, DJe 09/12/2015.

preventiva nos *crimes dolosos* se o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Este inciso fora acrescentado ao CPP pelo art. 42 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), que também dispõe em seu art. 20 que, *em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.* Apesar do silêncio do art. 20 da Lei nº 11.340/06, o revogado inciso IV do art. 313 do CPP, inserido pela Lei Maria da Penha, estava subordinado à redação anterior do *caput* do art. 313, onde constava previsão expressa de admissão de prisão preventiva apenas em crimes *dolosos*. Não se admitia, pois, a decretação da prisão preventiva em relação a crimes culposos e contravenções penais.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, o inciso IV do art. 313 do CPP foi revogado, porém a prisão preventiva continua sendo cabível em tal hipótese, já que o conteúdo do revogado inciso IV foi transportado para o inciso III, com o acréscimo de outras possíveis vítimas de violência doméstica e familiar, pouco importando se do sexo masculino ou feminino:

a) **criança**: pessoa com até 12 (doze) anos de idade incompletos (Lei nº 8.069/90, art. 2º, *caput*);

b) **adolescente:** pessoa com idade entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos (Lei nº 8.069/90, art. 2º, *caput*);

c) **idoso:** pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (Lei nº 10.741/03, art. 1º);

d) **enfermo:** o simples fato de alguém encontrar-se doente não justifica, *de per si*, a concessão das medidas protetivas de urgência. Para além disso, esta doença deve expor o indivíduo a uma situação de vulnerabilidade, reduzindo sua capacidade de defesa;

e) **pessoa com deficiência:** é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º do *Estatuto da Pessoa com Deficiência* – Lei n. 13.146/15).

À primeira vista, pode-se pensar que, nessa hipótese, a prisão preventiva seria cabível tanto em relação a crimes dolosos quanto em face de crimes culposos, já que o inciso III do art. 313, diversamente dos incisos anteriores, não estabelece qualquer distinção, referindo-se apenas à prática de *crime*. Não obstante, se o inciso III do art. 313 pressupõe a prática de crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, é evidente que referido crime só pode ter sido praticado dolosamente. Afinal, se se trata de violência de gênero, deve ficar evidenciado o dolo do agente de atingir uma das vítimas vulneráveis ali enumeradas, assim como sua intenção deliberada de violar as medidas protetivas de urgência, o que não resta caracterizado nas hipóteses de crimes culposos.

Como a redação do inciso IIII do art. 313 não faz distinção quanto à natureza da pena do crime doloso, deve-se entender que, independentemente da espécie de pena cominada ao delito (reclusão ou detenção) e do *quantum* de pena a ele cominado, a prisão preventiva pode ser adotada como medida de *ultima ratio* no sentido de compelir o agente à observância das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, mas desde que presente um dos fundamentos que autorizam a prisão preventiva (CPP, art. 312).[76]

Como visto anteriormente, essas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor estão listadas no art. 22 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), podendo ser aplicadas em conjunto ou separadamente. Se tais medidas não surtirem o efeito almejado, a prisão preventiva pode ser usada como soldado de reserva, a fim de se evitar reiteração de violência doméstica e familiar contra a mulher. Destarte, se restar evidenciado que o agressor, mesmo após cientificado das medidas protetivas de urgência impostas, ainda assim voltar a ameaçar a vítima, demonstrada estará a imprescindibilidade da sua custódia cautelar, especialmente a bem da garantia da ordem pública, dada a necessidade de resguardar-se a integridade física e psíquica da ofendida, fazendo cessar a reiteração delitiva, que, em tal hipótese, não seria mera presunção, mas risco concreto, e também para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas.[77]

76. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 132.379/BA, Rel. Min. Laurita Vaz, Dje 15/06/2009.

77. STJ, 5ª Turma, HC 230.940/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 08/05/2012, DJe 14/05/2012. Em sentido semelhante, reconhecendo a legitimidade da prisão preventiva de acusado denunciado por tentativa de homicídio contra ex companheira, que teve a custódia cautelar decretada em virtude do descumprimento da medida protetiva de urgência de não se aproximar da vítima, sendo que o risco concreto de reiteração delitiva também ficou comprovado pelo fato de já ser investigado por várias ocorrências de violência doméstica: STJ, 5ª Turma, HC 241.883/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07/08/2012, DJe 15/08/2012.

Aqui reside uma *aparente* contradição entre a Lei Maria da Penha e o inciso III do art. 313 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11. As medidas protetivas de urgência a que se refere o inciso III estão previstas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), a qual dispõe apenas sobre a violência doméstica e familiar contra a *mulher*. Como, então, explicar-se o teor do inciso III do art. 313 do CPP, que faz menção à garantia da execução dessas medidas protetivas de urgência quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, *criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência*?

Na verdade, mesmo antes do advento da Lei nº 12.403/11, apesar de a Lei nº 11.340/06 ter por objeto apenas a violência doméstica e familiar contra a *mulher*, as medidas protetivas nela previstas já vinham sendo utilizadas por meio de analogia em toda e qualquer hipótese de violência de gênero, ou seja, desde que presente situação de hipossuficiência física e/ou econômica. Assim, mesmo que a violência doméstica e familiar fosse praticada, por exemplo, contra uma criança do sexo masculino, tais medidas protetivas de urgência já vinham sendo aplicadas cautelarmente, seja por meio de analogia, seja com fundamento no poder geral de cautela. Daí o porquê do inciso III do art. 313 do CPP ter acrescentado a violência doméstica e familiar contra crianças, adolescentes, idosos, enfermos ou pessoas com deficiência, já que também se afigura possível a adoção das medidas protetivas de urgência listadas na Lei Maria da Penha em face dessas situações de vulnerabilidade.

Leitura isolada do inciso III do art. 313 do CPP pode levar à conclusão de que o descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, por si só, pode dar ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado. Não seria necessário, assim, que se demonstrasse a presença da garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.[78]

A nosso ver, o inciso III deve ser lido em conjunto com o teor do *caput* do art. 313 do CPP, que expressamente faz menção *aos termos do art. 312 do Código*. Ora, se o *caput* do art. 313 faz menção aos termos do art. 312 do CPP, significa dizer que, mesmo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a decretação da prisão preventiva também está condicionada à demonstração da necessidade da imposição da custódia para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.[79]

Outro ponto que merece destaque quanto ao inciso III do art. 313 do CPP e ao art. 20 da Lei Maria da Penha diz respeito à compatibilidade da decretação da prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência e o princípio constitucional esculpido no art. 5º, inciso LXVII, que autoriza a prisão civil apenas para as hipóteses de dívida de alimentos ou depositário infiel.[80]

Explica-se: como várias das medidas protetivas de urgência possuem, inequivocamente, caráter civil, ao se decretar a prisão preventiva do agressor como forma de garantir sua execução, estar-se-ia criando uma nova hipótese de prisão civil, o que não seria permitido pela Constituição Federal. Por isso, se o descumprimento de uma medida protetiva de urgência estiver relacionado à prática de determinado delito (v.g., lesão corporal, tentativa de homicídio), será possível a decretação da preventiva. Todavia, se ao agente for atribuído tão somente o descumprimento da medida protetiva de urgência (v.g., inobservância da determinação de afastamento do lar), não será possível a decretação do *carcer ad custodiam*, sob pena de se instalar uma nova e inconstitucional modalidade de prisão civil. Para as hipóteses não penais de desobediência, a própria Lei Maria da Penha prevê a possibilidade de o juiz se valer da tutela específica (art. 22, § 4º), cujo objetivo é conferir efetividade à decisão que tenha por objeto obrigação de fazer.[81]

19. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL.

A fiança pode ser conceituada como uma caução real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do acusado. Pode ser

78. Deixamos de inserir o pressuposto da garantia da ordem econômica por não ser aplicável aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

79. No sentido de que o descumprimento das medidas protetivas de urgência não autoriza, *de per si*, a prisão preventiva, cuja decretação está condicionada ao preenchimento dos pressupostos do art. 312 do CPP: STJ – HC 100.512/MT – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Gallotti – Dje 23/06/2008. Na mesma linha: STJ – HC 123.804/MG – 5ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer – Dje 27/04/2009. No sentido de que, inexistindo o descumprimento das medidas protetivas de urgência, não se justifica a custódia cautelar, já que não haveria demonstração de que a permanência do agressor em liberdade importaria em risco à ordem pública: STJ, 6ª Turma, HC 151.174/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20/04/2010, DJe 10/05/2010.

80. Lembre-se que, a partir da decisão do Supremo no RE 466.343, somente subsiste a prisão civil no ordenamento pátrio nos casos de dívida alimentar, haja vista que o Pacto de São José da Costa Rica, de status normativo supralegal, não autoriza a prisão civil do depositário infiel. Nesse sentido, consoante disposto na Súmula Vinculante nº 25 do Supremo, "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

81. É nesse sentido a lição de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (Op. cit. p. 82).

prestada de duas maneiras: por depósito ou por hipoteca, desde que inscrita em primeiro lugar. Efetuada a prestação da fiança em moeda corrente, deverá a autoridade fazer seu recolhimento nas Agências da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, em nome de quem a prestou e à disposição da autoridade judiciária competente.

Com as modificações produzidas pela Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória com fiança deixa de ser apenas uma medida de contracautela (CPP, art. 310, III), e passa a funcionar também como medida cautelar autônoma, podendo ser determinada pelo juiz nas infrações que admitem a fiança, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial (CPP, art. 319, VIII). Portanto, seja como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante, seja como medida cautelar autônoma, a fiança tem como finalidade precípua assegurar o cumprimento das obrigações processuais do acusado, na medida em que este, pelo menos em tese, tem interesse em se apresentar, em caso de condenação, para obter a devolução da caução. Outro objetivo importante da fiança é o de garantir o pagamento das custas, da indenização do dano causado pelo crime e também da multa.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, caso a infração penal fosse punida com pena privativa de liberdade de detenção ou prisão simples,[82] e desde que não se tratasse de crime contra a economia popular, ou crime de sonegação fiscal (CPP, art. 325, revogado § 2º), o art. 322 do CPP permitia que a própria autoridade policial concedesse fiança nas hipóteses de prisão em flagrante. Nos demais casos, somente a autoridade judiciária poderia concedê-la. Com as mudanças produzidas pela Lei nº 12.403/11, a autoridade policial passa a ter atribuição para conceder fiança nos casos de prisão em flagrante referente à infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos (CPP, art. 322).

Caso a autoridade policial se recuse a conceder fiança nas hipóteses do art. 322 do CPP, nada impede que a autoridade judiciária a conceda, valendo-se do permissivo constante do art. 335 do CPP. Portanto, ao invés de se impetrar um *habeas corpus* com fundamento no art. 648, inciso V, do CPP, poderá o preso ou terceiro prestar a fiança por simples petição perante o juiz competente. Recusando-se o magistrado a conceder a fiança, apesar de o art. 581, V, do CPP prever o cabimento de recurso em sentido estrito, a medida mais pertinente e célere será o *habeas corpus*, a ser impetrado perante o Tribunal competente.

Nos casos em que a fiança for cabível, a autoridade judiciária que a denegar poderá, inclusive, responder por crime de abuso de autoridade (Lei n. 13.869/19, art. 9º, parágrafo único, II, in fine). Essa negativa de concessão da fiança também é apta a gerar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, à luz do art. 648, inciso V, do CPP, ensejando concessão de ordem de *habeas corpus*.

Há quem entenda que não é dado à autoridade policial conceder fiança nas hipóteses de violência doméstica e familiar, ainda que a pena máxima cominada ao delito não seja superior a 4 (quatro) anos. Para tanto, costuma-se argumentar que os delitos perpetrados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, estão sujeitos à prisão preventiva (CPP, art. 313, III). Logo, se o crime admite a decretação da prisão preventiva, estaria a autoridade policial impedida de arbitrar fiança, porquanto o art. 324, IV, do CPP, veda a concessão de tal benefício *quando presentes os motivos que autorizam a decretação da preventiva*.[83]

Com a devida vênia, não podemos concordar com tal raciocínio, salvo em relação ao crime de descumprimento das medidas protetivas de urgência (Lei n. 11.340/06, art. 24-A, incluído pela Lei n. 13.641/18), objeto de análise mais adiante. Se o art. 322 do CPP dispõe que a autoridade policial poderá conceder fiança às infrações penais cuja pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos, não se pode estabelecer qualquer outro requisito para a concessão do referido benefício, sob pena de indevida violação ao princípio da legalidade. De mais a mais, o simples fato de um crime estar sujeito à decretação da prisão preventiva não é óbice à concessão da fiança pela autoridade policial. O art. 324, IV, do CPP, proíbe a concessão da fiança apenas quando presentes os *motivos que autorizam a preventiva*, leia-se, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei

82. Nos termos do art. 6º da Lei de Contravenções penais (Decreto-Lei nº 3.688/41), a pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto.

83. É nesse sentido o enunciado nº 6 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil (Copevid): "Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, é vedada a concessão de fiança pela autoridade policial, considerando tratar-se de situação que autoriza a decretação da prisão preventiva nos termos do art. 313, III, do CPP".

penal – perceba-se que o próprio dispositivo faz referência ao art. 312 do CPP –, sem estabelecer qualquer relação com as *hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva* previstas nos incisos do art. 313 do CPP. Logo, a autoridade policial não poderá negar a concessão de fiança sob o simples argumento de que o crime fora praticado no contexto de violência doméstica e familiar (CPP, art. 313, III). Para além disso, também deverá demonstrar que teria havido o descumprimento de anterior medida protetiva de urgência imposta pelo juiz e que a permanência do agressor em liberdade poderia, por exemplo, colocar em risco a garantia da ordem pública, haja vista a possibilidade de reiteração delitiva (CPP, art. 312).

> **Art. 21.** A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.
>
> **Parágrafo único.** A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor.

20. INTIMAÇÃO DA VÍTIMA.

O termo "notificação" é utilizado de maneira equivocada pelo art. 21 da Lei nº 11.340/06. Tecnicamente, *notificação* é o ato de comunicação processual que dá ciência a alguém quanto à determinação judicial impondo o cumprimento de certa providência (v.g., notificação para que a testemunha compareça em juízo para prestar seu depoimento), ao passo que *intimação* é a comunicação feita a alguém no tocante a ato já realizado (v.g., intimação de sentença condenatória). Portanto, se o art. 21 faz referência à comunicação dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, trata-se, na verdade, de verdadeira *intimação*, que deve ser feita sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

Diante do silêncio da Lei, o ideal é concluir que essa intimação deve ser feita *pessoalmente* através de oficial de justiça. Com efeito, seria absolutamente inócua eventual intimação da vítima mediante publicação na imprensa. De mais a mais, se a *ratio legis* é evitar que a vítima seja tomada de surpresa, conclui-se que a intimação pessoal é aquela que nos dá maior segurança no sentido de que a ofendida efetivamente tomou conhecimento da ordem de soltura do agressor, podendo, então, adotar providências para se acautelar contra possível reiteração delituosa.

Como o objetivo do art. 21 é assegurar que a vítima tome ciência o quanto antes possível da colocação do agressor em liberdade, parece ser plenamente possível a aplicação subsidiária à Lei Maria da Penha do quanto disposto no art. 201, § 3º, do CPP, com redação determinada pela Lei nº 11.690/08, que prevê que as comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, *o uso de meio eletrônico*. Afinal, o próprio art. 13 da Lei nº 11.340/06 admite a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

O art. 21 da Lei Maria da Penha deixa evidente que a ofendida *deverá* ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, notadamente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão. Como se percebe, não há qualquer discricionariedade quanto à necessidade de comunicação dos atos processuais à vítima. No entanto, como a vítima não é parte na relação processual, a não ser que resolva se habilitar como assistente da acusação em processos referentes a crimes de ação penal pública, ou nas hipóteses em que figurar como querelante, eventual ausência de comunicação dos atos processuais à ofendida não tem o condão de acarretar a nulidade do processo.

21. INTIMAÇÃO DO AGRESSOR.

Até o advento da Lei Maria da Penha, era muito comum que, devido às precárias condições de trabalho do Poder Judiciário e da Polícia, a própria vítima da violência doméstica e familiar contra a mulher fosse obrigada a entregar intimações e notificações ao agressor. Isso dava ensejo a uma possível revitimização. De fato, para além de ser obrigada a reportar às autoridades a violência contra ela praticada pelo marido ou companheiro, o que, por si só, já poderia sujeitá-la a alguns dissabores no âmbito da relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, a Polícia e o Poder Judiciário utilizavam a vítima como verdadeiro "oficial de justiça" para entregar intimações e notificações ao agressor.

Reconhecendo que a comunicação dos atos processuais é atribuição do Poder Judiciário, e não da própria vítima, o art. 21, parágrafo único, da Lei Maria da Penha, passa a dispor expressamente que a ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor. A nosso ver, o dispositivo é aplicável tanto na fase investigatória quanto na fase judicial. Destarte, durante o curso do inquérito policial, incumbe às próprias autoridades policiais

a realização dos atos de comunicação, ao passo que, durante o processo, intimações e notificações ao agressor deverão ser realizadas por oficiais de justiça ou outros servidores do Poder Judiciário.

Seção II
Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no *caput* e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

22. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR.

22.1. Suspensão da posse ou restrição do porte de armas.

Em virtude do exercício de determinada função de natureza pública (v.g., integrantes das Forças Armadas) ou privada (v.g., empresas de segurança privada), certas pessoas têm direito ao registro e porte de armas de fogo. Ocorre que, em situações de violência doméstica e familiar contra a mulher, o fato de o agressor ter fácil acesso a uma arma de fogo pode sensivelmente potencializar o risco à integridade física da mulher.

Daí prever o art. 22, inciso I, da Lei Maria da Penha, que o juiz pode determinar a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação aos órgãos competentes, quais sejam, o SINARM (Sistema Nacional de Armas), a Polícia Federal, que tem atribuição para autorizar o porte de arma de fogo de uso permitido em todo o território nacional (Lei nº 10.826/03, art. 10), assim como o próprio Comando do Exército, responsável pela concessão do registro de armas de fogo de uso restrito (Lei nº 10.826/03, art. 3º, parágrafo único).

A medida protetiva de urgência sob comento pressupõe que o agressor tenha a posse ou o porte da arma de maneira regular, leia-se, devidamente registrada e com autorização dos órgãos competentes. Nesse caso, o desarmamento só poderá ser feito mediante solicitação da vítima e com prévia autorização judicial. Todavia, nas hipóteses em que a posse ou o porte da arma se derem de maneira ilegal, tal objeto poderá ser apreendido pela autoridade policial independentemente de prévia autorização judicial, respondendo o agente pelos crimes dos arts. 12, 14 ou 16 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03). Ademais, nestas hipóteses, a arma anteriormente apreendida deverá ser objeto de destruição ou doada aos órgãos de

segurança pública ou às Forças Armadas, consoante disposto no art. 25 da Lei nº 10.826/03.

O art. 22, I, da Lei Maria da Penha, abrange duas medidas distintas:

a) *suspensão da posse de armas*: nessa hipótese, o agente será privado temporariamente da possibilidade de possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, no interior de sua residência, ou mesmo no seu local de trabalho;

b) *restrição do porte de armas:* a palavra *restrição* tem o sentido de limitar, diminuir, cercear. Logo, a autoridade judiciária poderá determinar, por exemplo, que um policial porte sua arma apenas quando efetivamente em serviço, deixando-a no local de trabalho ao final da jornada, com o que se evita que a tenha consigo no recesso do lar.[84]

Pelo menos em regra, determinada esta medida protetiva de urgência, se o agressor não entregar a arma voluntariamente, incumbe à autoridade judiciária determinar sua busca e apreensão. Seria absolutamente inócua a determinação judicial se a arma não fosse objeto de regular apreensão pessoal ou domiciliar, permitindo, em tese, sua utilização para nova violência doméstica e familiar. Outrossim, se o agressor estiver em uma das condições mencionadas no art. 6º, *caput* e incisos, da Lei nº 10.826/03, que elenca diversas pessoas que têm direito ao porte de arma de fogo (v.g., integrantes dos órgãos de segurança pública referidos nos incisos do *caput* do art. 144 da CF), deverá o juiz comunicar a determinação judicial de restrição do porte ao respectivo órgão, corporação ou instituição, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, apreendendo a arma e mantendo-a em depósito, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso (Lei nº 11.340/06, art. 22, § 2º).

22.2. Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Para mais detalhes acerca dessa medida protetiva de urgência, remetemos o leitor aos comentários ao art. 23 (item *separação de corpos).*

22.3. Proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas.

Após a prática de determinada violência no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, é extremamente comum que seja criada uma certa hostilidade entre as partes, vez por outra seguida de novas ameaças e agressões, não apenas à própria vítima, mas também a seus familiares e eventuais testemunhas. Por mais que já tenha sido determinado seu afastamento do lar, o agressor, além de continuar atormentando a vítima em sua própria residência, insiste em perpetrar novos ataques contra a mulher em seu local de trabalho ou em lugares por ela frequentados. Por tais motivos, verificada a prática de violência doméstica e familiar, poderá o juiz determinar que o agressor fique proibido de se aproximar da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando um limite mínimo de distância entre eles (v.g., 100 metros), nos exatos termos do art. 22, III, "a", da Lei nº 11.340/06. Uma vez determinado o afastamento do agressor, o juiz poderá aplicar, cumulativamente, a recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio (Lei nº 11.340/06, art. 23, II).

Esta vedação não caracteriza constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do agressor, vez que seu direito de ir e vir não pode ser utilizado como instrumento para a prática de novas infrações penais. Por isso, é perfeitamente possível a fixação, em metros, da distância a ser mantida pelo agressor da vítima, sendo, pois, desnecessário nominar quais os lugares a serem evitados, uma vez que, se assim fosse, lhe resultaria burlar essa proibição e assediar a vítima em locais que não constam da lista de lugares previamente identificados.[85]

Como nem sempre será uma tarefa fácil observar esse limite mínimo de distância em relação à vítima, já que não se pode exigir que o agressor tenha sempre à disposição uma fita métrica, o ideal é que esta medida seja determinada pelo juiz no sentido de impedir que o agressor transite pela rua na qual a vítima reside, ou que não se aproxime do quarteirão onde está localizada sua casa ou trabalho.

22.4. Proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas.

O art. 22, inciso III, alínea "b", da Lei Maria da Penha, trata da proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. Dentre outras finalidades dessa medida protetiva de urgência, podemos destacar:

84. Nessa linha: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 137.

85. STJ, 5ª Turma, RHC 23.654/AP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03/02/2009, DJe 02/03/2009.

a) proteção de determinada pessoa, colocada em situação de risco em virtude do comportamento do agente: a título de exemplo, suponha-se que a própria ofendida esteja sendo vítima de novas ameaças por parte do agressor. Em tal situação, pelo menos num momento inicial, como o crime de ameaça tem pena máxima inferior a 4 (quatro) anos, não seria cabível a decretação da prisão preventiva com fundamento no art. 313, inciso I, do CPP. Porém, a fim de se evitar que haja a reiteração da conduta delituosa, poderá o juiz determinar que o acusado se abstenha de manter contato com a vítima, hipótese em que referida medida seria adotada de modo a evitar a prática de novas infrações penais;

b) impedir que, em liberdade total e absoluta, possa o agente influenciar o depoimento da vítima, de seus familiares, ou de uma testemunha, causando prejuízo à descoberta dos fatos. Nesse caso, verificando o magistrado a necessidade da medida para tutelar a investigação ou a instrução criminal, protegendo-se uma fonte de prova que se sente intimidada pelo rotineiro contato com o acusado, assim como a adequação do provimento, consoante a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, poderá o magistrado determinar que o investigado ou acusado se abstenha de manter contato com tais pessoas.

O dispositivo sob comento dispõe expressamente que poderá ser determinada a proibição de contato *por qualquer meio de comunicação.* Evidentemente, o contato pessoal é sempre o mais importante, porém não se pode descartar a possibilidade de utilização da medida para fins de se impedir eventuais contatos telefônicos, por meio de msn, messenger, Skype, e-mail, enfim, por qualquer meio de comunicação.

Perceba-se que, ao criar a medida protetiva de urgência do art. 22, III, "b", a Lei Maria da Penha silenciou quanto à previsão legal de mecanismos hábeis para sua fiscalização. A despeito do silêncio da Lei, e de modo a assegurar a operacionalidade e eficácia da medida, o ideal é que a vítima ou pessoa com quem o investigado ou agressor está proibido de manter contato seja informada acerca da adoção da referida medida, sendo advertidas de que, no caso de eventual violação à determinação judicial, poderão comunicar o fato imediatamente à autoridade policial, ao Ministério Público ou à autoridade judiciária.

Comunicado acerca da inobservância da medida sob comento, poderá o juiz decretar a prisão preventiva do agressor, se entender que a medida extrema é necessária para assegurar a aplicação da lei penal, a garantia da ordem pública ou a investigação e instrução criminal (CPP, arts. 312 e 313, III). À evidência, não deve o juiz proferir sua decisão baseado única e exclusivamente na palavra da vítima e/ou da testemunha objeto da medida. Cabe a ele levar em consideração os demais elementos probatórios, consoante seu livre convencimento motivado. Ademais, para que fique caracterizado o descumprimento da medida, há de ser demonstrado que o acusado se aproximou conscientemente da pessoa com a qual devia evitar o contato. Assim, na hipótese do contato ter sido involuntário, casual, não há falar em descumprimento da medida.

22.5. Proibição de frequentar determinados lugares.

A fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida, o juiz também poderá determinar que o agressor fique proibido de frequentar determinados lugares (Lei nº 11.340/06, art. 22, III, "c").

Apesar de o legislador fazer referência apenas à *frequentação* de determinados lugares – a expressão *frequência* traduz a noção de repetição sistemática de um fato ou comportamento, *in casu*, a repetição habitual do agressor em comparecer a determinado lugar –, parece-nos que a proibição também pode abranger o mero *acesso* a determinado lugar, no sentido de lhe ser vedada a simples ação de entrar ou ingressar em determinado local, não tendo qualquer conotação de reiteração ou repetição.

A lei não dispõe sobre a espécie de lugar cujo acesso ou frequência poderá ser objeto da medida. Porém, determina que a medida deve ser adotada a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida. Logo, deve haver uma relação entre o local cujo acesso ou frequência está proibido e os lugares regularmente frequentados pela vítima (v.g., residência, local de trabalho). De modo a impedir qualquer tipo de aproximação, o juiz também pode determinar que, estando a vítima num shopping center ou numa festa, deva o agente, tão logo constate este fato, não ingressar no local ou imediatamente dele se retirar.

Por conseguinte, por ocasião da adoção dessa medida, deve o magistrado especificar quais os lugares que o acusado não pode frequentar, sendo inadmissível a proibição de frequência a locais em termos genéricos, sem especificá-los, sob pena de inibir qualquer espécie de deambulação do agressor,

impedindo-o mesmo de se movimentar livremente, o que poderia caracterizar constrangimento ilegal a sua liberdade de locomoção.

Apesar de a Lei Maria da Penha referir-se à decretação dessa medida para preservar a integridade física e psicológica da ofendida, é evidente que sua utilização também pode se dar para preservar e proteger a prova, no caso de fontes orais, como o próprio depoimento da vítima ou de testemunhas, evitando ameaças, agressões, tentativas de suborno e outras atitudes do mesmo gênero.

Evidentemente, esta medida protetiva de urgência só pode ser aplicada àquele que figurar na condição de investigado ou acusado, sendo vedada sua utilização contra terceiros. Afinal, a decretação de toda e qualquer medida cautelar pressupõe a presença de *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*, compreendendo-se este como a presença de prova da existência do crime e indícios de autoria ou participação. Logo, a não ser que a pessoa também esteja sendo investigada pela prática delituosa, afigura-se inviável a aplicação dessa (e de qualquer outra) medida cautelar a familiares do agressor.[86]

De modo a zelar pela operacionalidade e eficácia dessa medida, devem ser pensados instrumentos idôneos para a fiscalização dessa medida. A despeito do silêncio da lei, sua adoção deve ser comunicada de imediato à própria vítima, para que comunique ao juízo eventual descumprimento, e à Polícia Judiciária e à Polícia Militar, a fim de que deem apoio ao seu cumprimento.

22.6. Restrição ou suspensão de visitas.

A violência doméstica e familiar é capaz de criar grande hostilidade não apenas entre o agressor e a vítima, mas também entre aquele e os dependentes menores, que geralmente presenciam as diversas agressões. Por isso, o legislador teve o cuidado de prever a possibilidade de o juiz determinar a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores (Lei nº 11.340/06, art. 22, IV).

A *restrição* deve ser compreendida como uma limitação ao direito de visitas aos dependentes menores. Em outras palavras, pode o juiz determinar que as visitas sejam realizadas em local diverso da residência da vítima, acontecendo em um lugar de forma supervisionada, sem que haja contato do ofensor com a vítima. Por outro lado, a palavra *suspensão* é utilizada no sentido de privação temporária do direito de visitas. Em ambas as hipóteses, a medida protetiva sob comento tem natureza temporária, perdurando apenas enquanto houver ameaça de reiteração dos atos de violência.

Em ambas as hipóteses, o legislador faz referência à oitiva prévia de uma equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar. A depender do caso concreto, é possível que, apesar da violência doméstica e familiar, o agressor mantenha um bom relacionamento com seus filhos, cujo desenvolvimento poderia ser prejudicado se acaso fossem privados do convívio com o pai, perdendo a referência paterna.

22.7. Prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Com fundamento no art. 1.694 do Código Civil, podemos conceituar os *alimentos* como as prestações devidas para a satisfação das necessidades pessoais daquele que não pode provê-las pelo trabalho próprio. Em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Sua fixação deve ser feita dentro do binômio *necessidade de quem os pleiteia* versus *possibilidade de quem os deve prestar*, ou nos termos do Código Civil "na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada" (art. 1.694, § 1º).

Quanto à finalidade, a doutrina classifica os alimentos da seguinte forma:[87]

a) *alimentos definitivos ou regulares*: são aqueles fixados definitivamente, por meio de acordo de vontades ou de sentença judicial já transitada em julgado. Apesar da terminologia empregada – definitivos –, os alimentos podem ser revistos se sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, podendo o interessado pleitear a sua exoneração, redução ou majoração (CC, art. 1.699);

b) *alimentos provisórios*: são aqueles fixados de imediato na ação de alimentos que segue o rito especial previsto na Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos). Tais alimentos têm fundamento na obrigação alimentar, daí por que demandam prova pré-constituída do parentesco ou do casamento, sendo fixados pelo juiz em cognição sumária antes mesmo de ouvir o réu da demanda;

86. No sentido da impossibilidade de imposição, sem a devida fundamentação, do afastamento do lar àqueles que não figuraram na relação litigiosa, implicando tal, no caso, restrição ao direito de locomoção e, por conseguinte, constrangimento ilegal: STJ, 6ª Turma, HC 108.437/DF, Rel. Min. Nilson Naves, j. 16/10/2008, DJe 16/02/2009.

87. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Vol. 5. Direito de família. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 414-415.

c) *alimentos provisionais*: fixados em outras ações que não seguem o procedimento especial acima mencionado, tem como objetivo manter o requerente no curso da lide. Geralmente são fixados por meio de antecipação de tutela ou em liminar concedida em medida cautelar de separação de corpos em ações em que não há a mencionada prova pré-constituída (v.g., dissolução de união estável).

Como a subsistência diuturna de um dependente alimentar não pode aguardar no tempo enquanto são travadas as longas demandas judiciais, que se tornam ainda mais morosas quando envolvem a violência doméstica e familiar, a Lei Maria da Penha prevê como espécie de medida protetiva de urgência que obriga o agressor a de prestar alimentos provisionais ou provisórios (art. 22, V).

Nada diz o art. 22, inciso V, da Lei nº 11.340/06, acerca do beneficiário desses alimentos provisionais ou provisórios. Sem embargo do silêncio da Lei, afigura-se possível a fixação de alimentos não apenas em favor da própria vítima da violência doméstica e familiar, como também em favor de eventuais dependentes do agressor. Ao prever a possibilidade de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores em seu art. 22, IV, a Lei Maria da Penha deixa transparecer que essas medidas protetivas de urgência podem ser adotadas não apenas em relação à vitima da agressão, como, aliás, não poderia deixar de ser, mas também em favor de eventuais dependentes indiretamente prejudicados pela violência doméstica e familiar contra a mulher. Em outras palavras, por mais que a Lei nº 11.340/06 tenha como objeto precípuo a tutela da violência doméstica e familiar contra a mulher, não se pode negar que os filhos também são objeto mediato de proteção do referido microssistema, daí por que possível a fixação de alimentos provisionais ou provisórios em seu benefício. Nesse sentido, como observam Cunha e Pinto, "restringir os alimentos provisionais ou provisórios apenas à mulher acabaria por vitimá-la duas vezes: a primeira, em decorrência da violência que suportou e, a segunda, em virtude da dificuldade que experimentará para fazer frente às despesas com a manutenção dos filhos".[88]

Como se trata, a fixação dos alimentos provisionais ou provisórios, de espécie de medida cautelar, devem ser observadas as regras dos arts. 297 e seguintes do CPC, aplicáveis subsidiariamente à Lei Maria da Penha em virtude de seu art. 13. Nesse ponto, especial atenção deve ser dispensada ao art. 308, *caput*, do CPC, que determina a propositura da ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da efetivação da medida. Por conseguinte, uma vez deferida a medida protetiva de urgência de fixação dos alimentos provisionais ou provisórios pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei nº 11.340/06, art. 14), ou pela vara criminal que cumula a competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06, art. 33), incumbe ao alimentando (ou credor) propor, no prazo de 30 (trinta) dias, a ação principal, seja ela de alimentos, propriamente dita, uma ação de divórcio, dissolução de união estável, etc.[89]

Esta ação principal deve ser proposta perante uma Vara da Família (ou cível), de acordo com a Lei de Organização Judiciária local, e não perante o *Juizado* de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Por mais que este *Juizado* tenha competência para a concessão de medidas protetivas de urgência, sendo algumas de natureza cível, como os alimentos provisionais e provisórios, sua competência está restrita às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. E nem se diga que soaria estranho o arbitramento de alimentos provisionais e provisórios pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com posterior modificação dessa decisão por uma Vara da Família. Ora, da mesma forma que o próprio juiz que fixou os alimentos já na inicial pode, posteriormente, alterá-los no curso do processo, consoante disposto no art. 13, § 1º, da Lei nº 5.478/68, não há qualquer óbice para que a mesma situação ocorra no exemplo acima citado. Em reforço a esse entendimento, o próprio art. 33 da Lei Maria da Penha prevê que, enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as *varas criminais* acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

88. Op. cit. p. 145. Os autores acrescentam que essa fixação dos alimentos em favor dos filhos seria provisória e temporária, porquanto a decisão definitiva viria apenas com o ajuizamento da ação principal no juízo próprio que não o do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, tendo como autores do pedido os alimentandos. Em sentido semelhante, Maria Berenice Dias (op. cit. p. 156) sustenta que "a vítima pode requerer alimentos para ela e os filhos, ou só a favor da prole. Em relação à esposa e à companheira, a obrigação alimentar decorre do dever de mútua assistência. Frente aos filhos, o dever de sustento situa-se no âmbito do poder familiar".

89. Em sentido diverso, Maria Berenice Dias (op. cit. p. 148) sustenta que as medidas protetivas de urgência não dispõem de caráter temporário, não sendo imposto à vítima o dever de ingressar com a ação principal no prazo de 30 dias. Na visão da autora, ainda que fazendo uso de procedimento cautelar, a busca de medidas provisionais pode dispor de natureza satisfativa e não têm prazo de eficácia, podendo perdurar indefinidamente.

Portanto, por mais que este juiz criminal possa conceder a medida protetiva de urgência de fixação de alimentos provisionais ou provisórios, seria um enorme contrassenso atrair para sua competência o processo e julgamento, por exemplo, de uma ação de divórcio.[90]

Há, todavia, precedente em sentido diverso da 3ª Turma do STJ, senão vejamos: "(...) Controverte-se no presente recurso ordinário em *habeas corpus*, se a decisão proferida no processo penal que fixa alimentos provisórios ou provisionais em favor da então companheira e de sua filha, em razão da prática de violência doméstica, estribada no art. 22, V, da Lei n. 11.340/2006 e, no caso dos autos, ratificada em acordo homologado judicialmente no bojo da correlata execução de alimentos constitui título hábil para cobrança (e, em caso de inadimplemento, passível de decretação de prisão civil) ou se, para tal propósito, seria necessário o ajuizamento, no prazo de 30 (trinta) dias, de ação principal de alimentos (propriamente dita), sob pena de decadência do direito. A medida protetiva de alimentos, fixada por Juízo materialmente competente é, por si, válida e eficaz, não se encontrando, para esses efeitos, condicionada à ratificação de qualquer outro Juízo, no bojo de outra ação, do que decorre sua natureza satisfativa, e não cautelar. Tal decisão consubstancia, em si, título judicial idôneo a autorizar a credora de alimentos a levar a efeito, imediatamente, as providências judiciais para a sua cobrança, com os correspondentes meios coercitivos que a lei dispõe. Compreensão diversa tornaria inócuo o propósito de se conferir efetiva proteção à mulher, em situação de hipervulnerabilidade, indiscutivelmente. O inciso V do art. 22 da Lei n. 11.340/2006 faz menção a alimentos provisórios ou provisionais, termos que são utilizados, no mais das vezes, como sinônimos. Embora não o sejam tecnicamente, a diferença é apenas terminológica e procedimental, guardando entre si, na substância, inequívoca identidade, destinando-se a garantir à alimentanda, temporariamente, os meios necessários à sua subsistência, do que ressai a sua natureza eminentemente satisfativa, notadamente porque a correspondente verba alimentar não comporta repetição. Desse modo, à medida protetiva de alimentos (provisórios ou provisionais) afigura-se absolutamente inaplicável o art. 806 do CPC/1973 (art. 308 do CPC/2015), que exige o ajuizamento de ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de perda da eficácia da medida, já que não se cuida de medida assecuratória/instrumental. O entendimento que melhor se coaduna com os propósitos protetivos da Lei n. 11.340/2006 é o que considera subsistentes os alimentos provisórios e provisionais enquanto perdurar a situação de vulnerabilidade desencadeada pela prática de violência doméstica efamiliar e não, simplesmente, enquanto perdurar a situação de violência. O dever de prestar alimentos, seja em relação à mulher, como decorrência do dever de mútua assistência, seja em relação aos filhos, como corolário do dever de sustento, afigura-se sensivelmente agravado nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse contexto de violência, a mulher encontra-se em situação de hipervulnerabilidade, na medida em que, não raras as vezes, por manter dependência econômica com o seu agressor se não por si, mas, principalmente, pelos filhos em comum, a sua subsistência, assim como a de seus filhos, apresenta-se gravemente comprometida e ameaçada. A par da fixação de alimentos, destinados a garantir a subsistência da mulher em situação de hipervulnerabilidade, o magistrado deve, impreterivelmente, determinar outras medidas protetivas destinadas justamente a cessar, de modo eficaz, a situação de violência doméstica imposta à mulher. Compreender que a interrupção das agressões, por intermédio da intervenção judicial, seria suficiente para findar o dever de prestação de alimentos (a essa altura, se reconhecido, sem nenhum efeito prático) equivaleria a reconhecer a sua própria dispensabilidade, ou mesmo inutilidade, o que, a toda evidência, não é o propósito da lei. A cessação da situação de violência não importa, necessariamente, o fim da situação de hipervulnerabilidade em que a mulher se encontra submetida, a qual os alimentos provisórios ou provisionais visam, efetivamente, contemporizar. A revogação da decisão que fixa a medida protetiva de alimentos depende de decisão judicial que reconheça a cessação de tal situação, cabendo, pois, ao devedor de alimentos promover as providências judiciais para tal propósito, sem o que não há falar em exaurimento da obrigação alimentar. (...)".[91]

22.8. Tutela específica.

Quando o resultado alcançado pelo processo corresponder exatamente ao resultado previsto pelo direito material, ou seja, corresponder àquilo que seria obtido se não houvesse a necessidade de ir

90. Nesse sentido: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 144; DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 150.

91. STJ, 3ª Turma, RHC 100.446/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27/11/2018, DJe 05/12/2018.

ao Poder Judiciário, diz-se que há tutela específica. Cuida-se da tutela pela qual se dá a quem tem razão exatamente aquilo a que ele tem direito. Esta espécie de tutela surgiu como meio apto a conferir ao jurisdicionado a tutela do adimplemento da obrigação *in natura,* e não só o ressarcimento pecuniário pelo seu descumprimento, conferindo-se maior segurança jurídica às relações humanas.

Consoante disposto no art. 536, *caput,* do CPC, "no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente". À semelhança de seu antecessor – art. 461 do CPC/1973 – este dispositivo demonstra a opção do legislador de privilegiar a tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer, seja ela legal ou contratual, fungível ou infungível (princípio da primazia da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer).

O art. 536, *caput,* do CP),autoriza expressamente que o juiz adote providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Daí dispor o art. 536, §1º, do CPC/2015, que, para atender ao disposto no *caput,* o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. De seu turno, o art. 537, §1º, I, do CPC, estabelece que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Consoante previsto no art. 22, § 4º, da Lei Maria da Penha, aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no *caput* e nos §§ 5º e 6º do art. 461 do Código de Processo Civil, que tratam da denominada *tutela específica.* Consoante disposto no art. 1.046, §4º, do CPC, as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes no CPC/2015. Destarte, quando o art. 22, §4º, da Lei Maria da Penha, faz referência ao *caput* do art. 461, e ao disposto em seus §§5º e 6º, deve se ler, à luz do Código de Processo Civil, arts. 536, *caput,* e §1º, e 537, §1º, I. Por conseguinte, de modo a obter maior eficácia no cumprimento das medidas protetivas de urgência, se o juiz determinar, por exemplo, que o agressor deve se abster de qualquer aproximação com a ofendida, poderá impor medidas de coerção, tal como o pagamento de multa, se porventura não observada a ordem judicial.

Seção III
Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos;

V – determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. (Incluído pela Lei n. 13.882, de 2019).

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

23. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA À OFENDIDA.

Se, de um lado, o art. 22 contempla rol exemplificativo de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, os arts. 23 e 24 da Lei Maria

da Penha elencam um rol *numerus apertus* de medidas cujo objetivo precípuo diz respeito à proteção da ofendida.

23.1. Encaminhamento da vítima e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento.

Nos exatos termos do art. 35 da Lei Maria da Penha, a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências: I – centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar; II – casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar. Com o objetivo de assegurar a proteção da integridade física e moral da vítima da violência doméstica e familiar contra a mulher, o art. 23, I, dispõe que o juiz poderá determinar o encaminhamento da ofendida e de seus dependentes a estes programas oficiais ou comunitários de proteção ou de atendimento.

23.2. Recondução da ofendida ao respectivo domicílio após o afastamento do agressor.

A determinação judicial para que o agressor mantenha certa distância da vítima, de seus familiares e das testemunhas, permitindo sua recondução ao respectivo domicílio, foi objeto de estudo por ocasião da análise do art. 22 da Lei Maria da Penha – item *Proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas* –, para onde remetemos o leitor.

23.3. Afastamento da ofendida do lar e separação de corpos.

Consoante disposto no art. 22, II, da Lei nº 11.340/06, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar, de maneira isolada ou cumulativa com outras medidas protetivas de urgência, o imediato afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Esta possibilidade de separação de corpos já havia sido introduzida na Legislação Criminal Especial por ocasião do advento da Lei nº 10.455/02, que fez o seguinte acréscimo ao parágrafo único ao art. 69 da Lei nº 9.099/95: "Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima".

A medida protetiva em questão pode ser utilizada não apenas em favor da mulher casada, mas também em benefício da companheira que mantenha com um homem (ou outra mulher) uma união estável, conceituada pelo art. 1.723, *caput*, do Código Civil, como a "convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Como a aplicação da Lei Maria da Penha não está restrita apenas à violência familiar contra a mulher (art. 5º, II), mas também àquela perpetrada em uma relação doméstica ou íntima de afeto (art. 5º, incisos I e III, respectivamente), também não se pode excluir da esfera de proteção dessa medida protetiva de urgência a própria concubina, que está impedida de casar, mas mantém uma relação não eventual com um homem (CC, art. 1727). Por mais que se queira sustentar que a separação de corpos é de aplicação restrita às pessoas casadas, é perfeitamente possível que a medida seja determinada pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher com base no poder geral de cautela do magistrado, valendo-se do dispositivo constante do art. 297 do CPC.[92]

Outrossim, ainda que a separação de corpos seja determinada como medida protetiva de urgência pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, eventual ação principal de divórcio, dissolução de união estável, anulação de casamento, etc., deve ser ajuizada perante a Vara da Família (ou cível) indicada pela Lei de Organização Judiciária local. Como visto anteriormente, a competência desse *Juizado* instituído pelo art. 14 da Lei Maria da Penha está restrita às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. Enfim, o magistrado dos *Juizados* pode até conceder medidas de natureza urgente para evitar a reiteração delituosa, mas isso não significa dizer que esta vara especializada teria se transformado num *juízo universal* para o processo e julgamento de todas as demandas relativas às relações domésticas, familiares e íntimas de afeto. Fosse isso possível, haveria o completo esvaziamento da competência das varas de família para o processo e julgamento de demandas cíveis referentes a alimentos, regulamentação de visitas, alteração de guarda, etc.[93]

92. Há precedentes antigos do STJ já admitindo que a concubina tem direito líquido e certo de ver apreciado seu pedido de separação de corpos, cujo processo não pode ser extinto sob a alegação de que tal providência somente cabe aos casados, estando ela livre para seguir o seu caminho, abandonando lar e filhos: STJ, 4ª Turma, RMS 5.422/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24/04/1995, DJ 29/05/1995.

93. A propósito, confira-se: "Se a pretensão da autora resume-se a obter a separação judicial litigiosa em relação ao marido – com o qual não admite conviver devido à infidelidade –, tem-se uma demanda de natureza cível, sendo inaplicável o art. 33 da Lei 11.340/06" (TJMG, Conflito

De todo modo, a competência do *Juizado* para a concessão da medida protetiva de urgência de separação de corpos está restrita às hipóteses em que houver violência contra a mulher no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto (Lei nº 11.340/06, art. 5º, I, II e III). Logo, na eventualidade da separação de corpos ser pleiteada de forma consensual pelas partes, ou quando a mulher tiver interesse na própria saída do lar por motivos diversos que não a prática de qualquer espécie de violência por seu parceiro, a competência para a apreciação dessa medida será de uma vara de família.[94]

23.4. Restituição de bens.

Com o objetivo de assegurar a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida.

À evidência, quando se tratar de bens de uso pessoal, como, por exemplo, instrumentos de trabalho, poderá o juiz determinar sua restituição imediata à vítima. O problema diz respeito às hipóteses em que a propriedade dos bens for controversa, a exemplo do que ocorre em um casamento sob o regime de comunhão parcial, no qual os bens adquiridos durante a constância do casamento se comunicam a ambos os cônjuges (CC, art. 1.658). Ante a natureza urgente da medida protetiva sob comento, é evidente que não se admite uma fase de dilação probatória para a comprovação da propriedade dos bens. Logo, em situações de maior complexidade, o ideal é que o juiz do *Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher* adote o procedimento do arrolamento, nomeando a mulher como depositária dos bens, até que a propriedade dos bens seja dirimida no processo principal.

23.5. Proibição temporária para compra, venda e locação de propriedade em comum.

Com o objetivo de evitar a dilapidação do patrimônio adquirido na constância da relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, a Lei Maria da Penha insere, como espécie de medida protetiva de urgência à ofendida, a possibilidade de o juiz determinar a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial, proibição esta que deve ser comunicada ao respectivo cartório.

23.6. Revogação das procurações conferidas pela ofendida ao agressor.

É muito comum que a mulher deposite em seu companheiro enorme confiança, geralmente traduzida pela outorga de procurações ao varão para que este possa gerenciar os negócios da família. Com a prática da violência doméstica e familiar contra a mulher e o início das desavenças entre o casal, o sentimento de vingança pode fazer com que o agressor tente se aproveitar dessas procurações para desviar o patrimônio adquirido em comum pelo casal.

Por isso, a Lei Maria da Penha prevê a possibilidade de o juiz suspender procurações outorgadas pela ofendida ao agressor (art. 24, III). Conquanto o dispositivo faça referência à *suspensão* das procurações, trata-se, na verdade, de revogação do mandato, nos exatos termos do art. 682, I, do Código Civil, impedindo que o agressor possa continuar a representar os interesses da vítima. Uma vez revogada a procuração, eventuais atos praticados pelo mandatário excedendo os poderes do contrato o transformam em mero gestor de negócios, nos termos do art. 665 do Código Civil. Por consequência, o ato passa a ser unilateral, ficando sua validade condicionada à ratificação do dono do negócio (CC, art. 873), respondendo o gestor, ademais, por eventual prejuízo (CC, art. 863).

23.7. Caução provisória mediante depósito judicial.

A violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral praticada contra a mulher no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, configura não apenas um ilícito penal, mas também ilícito civil capaz de gerar efeitos na órbita civil, como, por exemplo, a obrigação de reparar o dano causado à mulher.

Destarte, com o objetivo de garantir o pagamento de indenização que venha a ser reconhecido em ulterior demanda cível a ser proposta pela vítima, a Lei Maria da Penha autoriza a exigência de caução por parte do agressor. Consoante disposto no art. 24, IV, da Lei nº 11.340/06, para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática

negativo de competência 1.0000.07.457924-4/000, Rel. Wander Morotta, j. 20/11/2007, DO 15/02/2008).

94. Nessa linha: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit. p. 151.

de violência doméstica e familiar contra a ofendida. O dispositivo deixa evidente que se trata de medida de caráter provisório, que visa assegurar a preservação de um determinado valor capaz de suportar ulterior condenação em demanda cível indenizatória, a ser ajuizada pela vítima perante o juízo cível competente.

23.8. Manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até 6 (seis) meses.

Consoante disposto no art. 9º, §2º, inciso II, da Lei Maria da Penha, o juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até 6 (seis) meses. Em importante julgado acerca dessa medida protetiva,[95] a 6ª Turma do STJ firmou as seguintes conclusões:

1) Tem competência o juiz da vara especializada em violência doméstica e familiar ou, caso não haja na localidade o juízo criminal, para apreciar pedido de imposição de medida protetiva de manutenção de vínculo trabalhista, por até seis meses, em razão de afastamento do trabalho de ofendida decorrente de violência doméstica e familiar, uma vez que o motivo do afastamento não advém de relação de trabalho, mas de situação emergencial que visa garantir a integridade física, psicológica e patrimonial da mulher;

2) Tem direito ao recebimento de salário a vítima de violência doméstica e familiar que teve como medida protetiva imposta ao empregador a manutenção de vínculo trabalhista em decorrência de afastamento do emprego por situação de violência doméstica e familiar, ante o fato de a natureza jurídica do afastamento ser a interrupção do contrato de trabalho, por meio de interpretação teleológica da Lei n. 11.340/2006;

3) Incide o auxílio-doença, diante da falta de previsão legal, referente ao período de afastamento do trabalho, quando reconhecida ser decorrente de violência doméstica e familiar, pois tal situação advém da ofensa à integridade física e psicológica da mulher e deve ser equiparada aos casos de doença da segurada, por meio de interpretação extensiva da Lei Maria da Penha. Neste caso, ao invés do atestado de saúde, há necessidade de apresentação do documento de homologação ou determinação judicial de afastamento do trabalho em decorrência de violência doméstica e familiar para comprovar que a ofendida está incapacitada a comparecer ao local de trabalho;

4) Cabe ao empregador o pagamento dos quinze primeiros dias de afastamento da empregada vítima de violência doméstica e familiar e fica a cargo do INSS o pagamento do restante do período de afastamento estabelecido pelo juiz, com necessidade de apresentação de atestado que confirme estar a ofendida incapacitada para o trabalho e desde que haja aprovação do afastamento pela perícia do INSS, por incidência do auxílio-doença, aplicado ao caso por meio de interpretação analógica.

Seção IV
(Incluído pela Lei n. 13.641, de 2018)
Do Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei n. 13.641, de 2018)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei n. 13.641, de 2018).

§1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei n. 13.641, de 2018).

§2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. (Incluído pela Lei n. 13.641, de 2018)

§3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (Incluído pela Lei n. 13.641, de 2018).

24. CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.

Pelo menos até o advento da Lei n. 13.641/18, que acrescentou à Lei Maria da Penha o crime do art. 24-A, havia certa controvérsia quanto à possibilidade de o descumprimento das medidas protetivas de urgência tipificar o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

De um lado, havia quem dissesse que o descumprimento injustificado de uma medida protetiva de urgência subsumia-se ao crime do art. 330 do CP, porquanto tinha-se, *in casu*, a desobediência a uma ordem legal emanada de um funcionário público. Há alguns precedentes dos Tribunais de 2ª instância nesse sentido, senão vejamos: "(...) Consoante entendimento majoritário desta

95. STJ, 6ª Turma, REsp 1.757.775/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/08/2019, DJe 02/09/2019.

egrégia Corte de Justiça, o descumprimento de medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha configura crime de desobediência, porquanto as medidas legais que podem ser aplicadas no caso da prática de violência doméstica e familiar, sejam as previstas na legislação processual civil (caput e §§5º e 6º do art. 461 do CPC, por força do que dispõe o §4º do art. 22 da Lei Maria da Penha) ou na legislação processual penal (prisão preventiva, de acordo com o inc. III do art. 313 do CPP), não têm caráter sancionatório, mas se tratam, na verdade, de medidas de natureza cautelar, que visam à assegurar a execução das medidas protetivas de urgência".[96]

Não era essa, todavia, a orientação dominante, principalmente no âmbito dos Tribunais Superiores. Isso porque a própria Lei Maria da Penha já previa as consequências decorrentes do descumprimento dessas medidas – substituição por outra medida de maior eficácia, imposição de outras cumulativamente ou decretação da prisão preventiva –, sem fazer qualquer ressalva expressa quanto à possibilidade de responsabilização criminal pelo delito de desobediência. Quando a lei extrapenal não traz previsão expressa acerca da possibilidade de cumulação do crime de desobediência com outras sanções extrapenais, como ocorre na hipótese em questão, é firme o entendimento jurisprudencial no sentido da impossibilidade de tipificação do referido delito.[97]

Com a inserção do crime do art. 24-A na Lei Maria da Penha – trata-se, aliás, do único delito previsto na Lei n. 11.340/06 –, essa controvérsia chega ao fim. Doravante, se determinado agente vier a descumprir uma decisão judicial que deferiu medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha, deverá responder pela prática do referido delito. Logicamente, por se tratar de *novatio legis in pejus*, o novo crime do art. 24-A só é válido para as condutas praticadas a partir do dia 4 de abril de 2018, data da entrada em vigor da Lei n. 13.641/18, sob pena de evidente violação ao princípio da irretroatividade da *lex gravior*.

Essa nova figura delituosa vem ao encontro do princípio da proporcionalidade, mais precisamente em sua vertente de vedação à proteção deficiente. Explica-se: sob a ótica do entendimento jurisprudencial dominante até a criação dessa figura delituosa, o descumprimento das medidas protetivas de urgência, *isoladamente considerado*, não era crime. Assim, supondo que o juiz tivesse determinado uma protetiva de modo a impedir que o agressor se aproximasse da ofendida, fixando um limite mínimo de distância entre os dois, se acaso esse indivíduo fosse surpreendido descumprindo essa medida, permanecendo a um metro de distância da mulher, sua prisão em flagrante não poderia ser efetuada, salvo, logicamente, se estivesse em situação de flagrância em relação a outro delito (v.g., ameaça, lesão corporal, homicídio, etc.). Ou seja, a Polícia era chamada até o local pela vítima, mas nada podia fazer, senão comunicar o fato à autoridade judiciária, para que esta – e somente esta – deliberasse sobre a decretação de uma medida mais extrema, como, por exemplo, a prisão preventiva (CPP, art. 313, III). Com a criação do novo tipo penal, o legislador pôs fim a essa proteção deficiente à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Isso porque, doravante, a autoridade policial responsável pelo atendimento a ocorrências dessa natureza poderá, de imediato, efetuar a prisão em flagrante pelo crime do art. 24-A, independentemente da prática de qualquer outro delito.

24.1. Bem jurídico tutelado.

Conquanto inserido na Lei Maria da Penha, que versa sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, é possível dizer que, por se tratar de verdadeira espécie de crime de desobediência, o bem jurídico tutelado diretamente pelo art. 24-A é a Administração da Justiça, em especial o interesse do Estado consubstanciado no cumprimento das medidas protetivas de urgência. Indiretamente, porém, não se pode negar que o delito também tutela a própria mulher vítima dessa violência de gênero. Afinal, ela também tem nítido interesse no cumprimento das medidas protetivas de urgência que foram impostas de modo a proteger sua vida, integridade corporal, saúde, patrimônio, liberdade sexual, honra, etc.

24.2. Sujeitos do crime.

Estamos diante de um **crime próprio**, que só pode ser cometido pelo sujeito ativo da violência doméstica e familiar contra a mulher que se encontra submetido ao cumprimento de medida protetiva

96. TJDFT, 3ª Turma Criminal, Recurso em Sentido Estrito n. 20140111476383RSE (0032961-86.2014.8.07.0016), Rel. Min. Desembargador Humberto Ulhôa, j. 16/07/2015.

97. STJ, 6ª Turma, RHC 15.596/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16/12/2004, DJ 28/02/2005. No sentido de que o descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha (art. 22 da Lei 11.340/2006) não configura crime de desobediência (art. 330 do CP), porquanto a legislação previu alternativas para que ocorra o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência, prevendo sanções de natureza civil, processual civil, administrativa e processual penal, sem fazer qualquer ressalva quanto ao crime de desobediência: STJ, 5ª Turma, RHC 41.970/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 7/8/2014. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, REsp 1.374.653/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11/3/2014; STJ, 6ª Turma, HC 338.613/SC, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 12/12/2017, DJe 19/12/2017.

de urgência prevista na Lei Maria da Penha determinada pelo juízo competente.[98] Por se tratar de crime contra a Administração Pública, o sujeito passivo primário é o Estado. Secundariamente, a pessoa beneficiada com a decisão que deferiu a medida protetiva de urgência.

24.3. Tipo objetivo.

O verbo núcleo do tipo é *descumprir*, que consiste em transgredir, desobedecer, desrespeitar ou inadimplir.

24.4. Objeto material.

O objeto material, assim entendido como a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta delituosa, é a *decisão judicial que defere uma medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha*.

O fato de a medida em questão ter sido decretada por um juízo cível não afasta a tipificação do delito do delito. É nesse sentido, aliás, o teor do art. 24-A, §1º, incluído pela Lei n. 13.641/18: "A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas". Portanto, tanto comete o delito aquele que descumpre uma medida protetiva de urgência de natureza civil, decretada por um juízo cível, como, por exemplo, a prestação de alimentos provisórios, quanto aquele que desrespeita uma protetiva decretada por um juiz criminal no curso de um inquérito policial instaurado para apurar um crime de tentativa de homicídio.

De se notar que o juízo de tipicidade demanda o descumprimento de uma decisão judicial que tenha deferido medida protetiva de urgência. Logo, na eventualidade de o agressor descumprir uma decisão policial que tenha determinado seu afastamento do lar (Lei n. 11.340/06, art. 12-C, incisos II e III), a conduta não terá o condão de tipificar o crime do art. 24-A da Lei Maria da Penha.

Noutro giro, como o art. 24-A refere-se genericamente às *medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei*, sem fazer qualquer ressalva quanto à espécie em questão, é dizer, se se trata de medida protetiva de urgência que obriga o agressor (Lei n. 11.340/06, art. 22), ou se se trata de protetiva de urgência à ofendida (Lei n. 11.340/06, arts. 23 e 24), o ideal é concluir que ambas estão abrangidas pela nova figura delituosa.

Por fim, referindo-se o art. 24-A expressamente ao descumprimento de decisão judicial que defere *medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei*, não nos parece possível qualquer tipo de interpretação analógica e/ou extensiva para fins de se concluir que a figura delituosa em apreço tenha o condão de abranger o descumprimento das *medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 e 320 do CPP*, sob pena de evidente analogia *in malam partem* e consequente violação ao princípio da legalidade. Logicamente, se a cautelar diversa da prisão do CPP encontrar previsão legal na Lei Maria da Penha e for decretada no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, aí não haverá dúvidas no sentido da tipificação do crime do art. 24-A.

24.5. Tipo subjetivo.

O crime do art. 24-A da Lei Maria da Penha é punido exclusivamente a título doloso (direto ou eventual). Como o dolo deve abranger todos os elementos constitutivos do tipo penal, é imprescindível que o agente tenha consciência de que uma medida protetiva de urgência fora contra ele determinada e que tal medida ainda estava em vigor por ocasião de seu descumprimento, ou seja, não havia sido revogada.

Na eventualidade de se demonstrar que o agente não tinha consciência de que a medida protetiva de urgência ainda estava em vigor – a título de exemplo, é extremamente comum que ocorra a reconciliação do casal, sem que haja, todavia, o cancelamento judicial da medida – ter-se-á verdadeiro erro de tipo (CP, art. 20, *caput*), capaz de excluir o dolo e a culpa, se invencível, ou apenas o dolo, se vencível, restando a culpa, se prevista em lei, o que não é o caso do art. 24-A da Lei n. 11.340/06.

24.6. Consumação e tentativa.

O crime se consuma no exato momento em que o sujeito deixa de cumprir a medida protetiva de urgência. Não há, portanto, uma regra absoluta, já que esse descumprimento deve ser analisado sob a ótica da medida protetiva de urgência em questão. Exemplificando, se a medida protetiva decretada envolvia o afastamento do lar, fixando-se um limite mínimo de distância entre agressor e vítima, o crime estará consumado no exato momento em que o agente desrespeitar esse limite. Cuida-se de crime formal. Portanto, para fins de consumação

98. Em sentido diverso, Roque, Távora e Alencar (op. cit. 3ª ed. p. 1.058) sustentam que se trata de crime comum. Na dicção dos referidos autores, "qualquer pessoa pode cometer o delito, bastando, para tanto, que haja em relação ao sujeito ativo – protagonista da conduta – o dever jurídico de cumprir a ordem judicial (pode ser sujeito ativo o agente obrigado a atender a medida protetiva, respeitando a decisão judicial ou o funcionário obrigado a fazer cumprir tal decisum)".

do delito, não é necessário que a decisão descumprida de fato pelo agente não seja efetivamente aplicada. De mais a mais, a consumação do delito independe da consumação de crime mais grave que o agente pretendia praticar contra a vítima (v.g., lesão corporal, ameaça, etc.).

Por se tratar de crime plurissubsistente quando praticado na modalidade comissiva, admite-se a tentativa.

24.7. (Im) possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial.

De acordo com o art. 322 do CPP, com redação determinada pela Lei n. 12.403/11, a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Logo, sob a ótica do art. 322 do CPP, poder-se-ia concluir, à primeira vista, que o Delegado de Polícia poderia conceder fiança em relação ao crime do art. 24-A da Lei Maria da Penha, já que a pena cominada ao referido delito é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Ocorre que o legislador da Lei n. 13.641/18 fez questão de afastar essa possibilidade ao introduzir um §2º ao art. 24-A da Lei Maria da Penha, nos seguintes termos: "Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança". Por consequência, falece atribuição ao Delegado de Polícia para conceder liberdade provisória com fiança ao flagranteado pela prática do crime do art. 24-A. Isso significa dizer que o indivíduo deverá ser preso em flagrante e, na sequência, conduzido a uma audiência de custódia, quando, então, o juiz competente deverá proceder à convalidação judicial do flagrante (CPP, art. 310), oportunidade em que poderá: a) determinar o relaxamento da prisão em flagrante delito; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, se acaso presentes um dos pressupostos dos arts. 312 e 313, III, do CPP; c) concessão de liberdade provisória, cumulada (ou não) com as cautelares diversas da prisão.

24.8. (Im) possibilidade de aplicação de outras sanções cabíveis.

O fato de a Lei n. 13.641/18 ter tipificado a conduta daquele que vier a descumprir medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha não afasta a possibilidade de aplicação de outras sanções. É nesse exato sentido, aliás, o art. 24-A, §3º, da Lei n. 11.340/06, segundo o qual "o disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis".

Por conseguinte, para além da tipificação do crime do art. 24-A, também se admite a aplicação das seguintes sanções: a) substituição por medida protetiva de maior eficácia (Lei n. 11.340/06, art. 19, §2º); b) aplicação cumulativa de outra medida protetiva de urgência (Lei n. 11.340/06, art. 19, §2º); c) decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 20, *caput*, da Lei Maria da Penha, c/c arts. 312 e 313, inciso III, do CPP.

Outrossim, com o advento da Lei n. 13.771, com vigência em data de 20 de dezembro de 2018, o fato de o crime de homicídio qualificado pelo feminicídio ser praticado em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 22 da Lei n. 11.340/06 passou a funcionar como causa de aumento de pena (1/3 até metade).

24.9. Pena, (im) possibilidade de enquadramento como infração de menor potencial ofensivo, competência para o julgamento, procedimento adequado, transação penal, suspensão condicional do processo e espécie de ação penal.

A pena cominada ao crime de descumprimento de medida protetiva de urgência é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. Surge, então, o que certamente será o ponto de maior controvérsia em relação ao art. 24-A: estamos ou não diante de uma infração de menor potencial ofensivo? Já se pode antever o surgimento de duas correntes acerca dessa discussão, fundamentadas nos seguintes termos:

a) art. 24-A como espécie de infração de menor potencial ofensivo: à luz do art. 61 da Lei n. 9.099/95, consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, sujeitos ou não a procedimento especial. Logo, considerando-se que ao crime do art. 24-A é cominada uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, que não se trata de crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, mas sim contra a Administração da Justiça, e tendo em conta que a Lei n. 13.641/18, responsável pela criação dessa nova figura delituosa, nada dispôs em sentido contrário, é de rigor a conclusão no sentido de que se trata de infração de menor potencial ofensivo, aplicando-se, pois, o procedimento comum sumaríssimo, e os institutos despenalizadores previstos na Lei n.

9.099/95, como, por exemplo, a transação penal e a suspensão condicional do processo;

b) art. 24-A como crime comum (nossa posição): como exposto anteriormente, o crime do art. 24-A tutela de maneira imediata a Administração da Justiça. Daí, todavia, não se pode concluir que não se trate de crime praticado com *violência doméstica e familiar contra a mulher.* Ainda que não sejam praticados outros delitos (v.g., ameaça, lesão corporal, homicídio) no mesmo contexto, o que é relativamente incomum, parece não haver dúvidas no sentido de que o mero descumprimento de uma medida protetiva de urgência já envolve, *de per si,* algum tipo de *violência psicológica* contra a mulher, já que esse tipo de conduta, nitidamente capaz de causar dano emocional à vítima, envolve um certo grau de ameaça, constrangimento, perseguição contumaz, limitação do direito de ir e vir, prejudicando, em última análise, sua saúde psicológica e autodeterminação, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha, com redação dada pela Lei n. 13.772/18. Outro argumento no sentido de que não se trata de infração de menor potencial ofensivo é o de que se essa premissa fosse verdadeira não haveria sentido algum na previsão do art. 24-A, §2º, da Lei n. 11.340/06, segundo o qual apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança *na hipótese de prisão em flagrante.* Ora, fosse o art. 24-A uma infração de menor potencial ofensivo, sequer seria possível se cogitar em prisão em flagrante. Afinal, a Lei dos Juizados é clara ao dizer que não se impõe prisão em flagrante nem se exige fiança em relação às infrações de menor potencial ofensivo quando o autor do fato for encaminhado de imediato ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Enfim, como se percebe, a despeito da falta de técnica do legislador, que deveria ter sido mais explícito acerca da matéria, o ideal é concluir que estamos diante de *crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher,* ao qual, *independentemente da pena prevista,* não se aplica a Lei n. 9.099/95, nos termos do art. 41 da Lei n. 11.340/06. Por consequência, a despeito da pena máxima cominada ao art. 24-A não ser superior a 2 anos, não se trata de infração de menor potencial ofensivo. Cuida-se de crime da competência do Juízo comum, aplicando-se o procedimento comum sumário. Ante a vedação do art. 41 da Lei Maria da Penha, não se aplica a Lei n. 9.099/95. Logo, o crime do art. 24-A não admite transação penal, nem tampouco suspensão condicional do processo.

No mais, ante o silêncio da Lei Maria da Penha, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 100, *caput).*

24.10. Classificação doutrinária.

O crime do art. 24-A da Lei Maria da Penha pode ser classificado nos seguintes termos: a) **próprio**: só pode ser cometido por quem deve observância às medidas protetivas de urgência; b) **pluriofensivo**: atinge dois bens jurídicos, quais sejam, a Administração da Justiça e a integridade psicológica da ofendida; c) **formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado**: consuma-se com a prática da conduta criminosa, independentemente da produção do resultado naturalístico; d) **de dano**: causa lesão à Administração da Justiça; e) **de forma livre**: admite qualquer meio de execução; f) **comissivo ou omissivo impróprio**; g) **instantâneo**; h) **unissubjetivo**; i) **plurissubsistente**.

CAPÍTULO III
DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 25. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Art. 26. Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário:

I – requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros;

II – fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas;

III – cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

CAPÍTULO IV
DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistên-

cia Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

TÍTULO V
DA EQUIPE DE ATENDIMENTO MULTIDISCIPLINAR

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Art. 31. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

Art. 32. O Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

TÍTULO VI
DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

25. CUMULAÇÃO DA COMPETÊNCIA CÍVEL E CRIMINAL POR VARAS CRIMINAIS.

Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as *varas criminais* acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, assegurado o direito de preferência, e observadas as previsões do Título IV da Lei nº 11.340/06, subsidiada pela legislação processual pertinente (Lei nº 11.340/06, art. 33).[99]

À época em que a Lei Maria da Penha entrou em vigor, houve quem dissesse que seu art. 33 seria inconstitucional, porquanto, ao estabelecer regras de competência de juízo para o julgamento de causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, estaria invadindo competência legislativa dos Estados em matéria de organização judiciária (CF, art. 125, *caput* e § 1º). Aliás, é exatamente nesse sentido o teor do Enunciado nº 86 do Encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, realizado em Armação dos Búzios, nos dias 1º a 3 de setembro de 2006: "É inconstitucional o art. 33 da Lei nº 11.340/2006 por versar matéria de organização judiciária, cuja competência legislativa é estadual (art. 125, § 1º, da Constituição Federal)".

Acabou prevalecendo, todavia, o entendimento de que o art. 33 da Lei nº 11.340/06 não ofende os artigos 96, I, a, e 125, § 1º, ambos da CF, porquanto a Lei Maria da Penha não implica obrigação, mas *mera faculdade* de criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, conforme disposto nos artigos 14, caput, e 29, do mesmo diploma. Aliás, a elaboração de sugestão, mediante lei federal, para criação de órgãos jurisdicionais especializados no âmbito estadual, não é algo inédito. Nesse sentido, basta ver os exemplos dos arts. 145 do ECA e 70 do Estatuto do Idoso. Considerando-se que compete à União a disciplina do direito processual, nos termos do art. 22, I, da CF, é plenamente possível que ela crie normas que visam influenciar a atuação dos órgãos jurisdicionais locais. O art. 33 da Lei Maria da Penha não teria criado varas judiciais, não teria definido limites de comarcas e não teria estabelecido o número de magistrados a serem alocados nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. Apenas facultara a criação desses juizados e atribuíra ao juízo da vara criminal a competência cumulativa de ações cíveis e criminais envolvendo violência doméstica contra a mulher, haja vista a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional, às causas sobre a matéria.[100]

99. Na dicção do STJ, "a apreciação e julgamento de toda infração doméstica e familiar contra a mulher é da competência da Vara Criminal até que sejam criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, não se podendo falar em competência do Juizado Especial Criminal para apreciar os feitos dessa natureza em razão da vedação expressa trazida pela Lei Maria da Penha em seu art. 41". (STJ, 5ª Turma, RHC 23.047/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 02/03/2010, DJe 26/04/2010).

100. STF, Pleno, ADC 19/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012.

Em virtude das inegáveis dificuldades financeiras e administrativas suportadas pelo Poder Judiciário, e a consequente carência de espaço físico e de pessoal para a estruturação desses Juizados de Violência Doméstica, alguns Estados da Federação têm ampliado a competência dos Juizados Especiais Criminais para também abranger o processo de causas relativas à violência doméstica e familiar contra a mulher.

A título de exemplo, confira-se o teor da Resolução nº 07, de 13 de outubro de 2006, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: "Art. 1º. Ampliar a competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados Especiais de Competência Geral, com exceção da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília e das regiões administrativas do Núcleo Bandeirante e Guará, para abranger o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes de prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, de que trata a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006". Nesse caso, o fato de ter sido ampliada a competência dos Juizados Especiais Criminais para também abranger o processo e julgamento das causas relativas à violência doméstica e familiar contra a mulher não significa dizer que a estas infrações penais seria aplicável a Lei nº 9.099/95. Na verdade, há de se distinguir a atuação do Juiz dos Juizados quando em discussão infrações de menor potencial ofensivo e quando em análise a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Grosso modo, essa ampliação da competência dos Juizados Especiais Criminais assemelha-se a uma comarca de vara única, em que um único juiz ora atua como juiz de direito, como juiz sumariante na primeira fase do júri, ora como juiz do juizado especial criminal, etc. Veja-se que a mesma resolução acima citada também estabelece em seu art. 2º que "os procedimentos de que cuida a Lei nº 9.099, de 1995, não se confundem com aqueles fixados pela Lei nº 11.340, de 2006, devendo ser aplicados, separadamente, observados os seus respectivos ritos". Portanto, ainda que uma Lei de Organização Judiciária local determine que os Juizados Especiais Criminais e os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher devam funcionar em um mesmo local, quiçá com a atuação de um mesmo magistrado, não se afigura possível a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, em fiel observância ao quanto disposto no art. 41 da Lei Maria da Penha.[101]

101. A propósito: STJ, 3ª Seção, CC 97.456/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dje 20/02/2009.

Quanto ao juízo *ad quem* para processar e julgar recursos ou *habeas corpus* interpostos contra decisões dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, não se pode querer atribuir tal competência às Turmas Recursais. Isso porque às Turmas Recursais, compostas por juízes de 1º grau (CF, art. 98, inciso I), compete o processo e julgamento de recursos interpostos contra a decisão dos Juizados Especiais Criminais em relação às infrações de menor potencial ofensivo. Ora, como dito acima, os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são e nem podem ser considerados infrações de menor potencial ofensivo, razão pela qual eventual recurso contra decisão do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher deve ser apreciado pelo respectivo Tribunal de Justiça.[102]

TÍTULO VII
DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 34. A instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher poderá ser acompanhada pela implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária.

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I – centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II – casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III – delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV – programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V – centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Art. 36. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a adaptação de seus órgãos e de seus programas às diretrizes e aos princípios desta Lei.

102. No sentido da competência do TJ, e não da Turma Recursal, para decidir as questões relativas à violência doméstica contra a mulher: STJ, 3ª Seção, CC 110.530/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 26/05/2010. Na mesma linha, compete ao Tribunal de Justiça, e não à Turma Recursal, dirimir conflito de competência entre juizado especial criminal e juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse sentido: STJ, 3ª Seção, CC 110.609/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14/04/2010, DJe 28/04/2010.

Art. 37. A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil.

Parágrafo único. O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando entender que não há outra entidade com representatividade adequada para o ajuizamento da demanda coletiva.

Art. 38. As estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher serão incluídas nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a fim de subsidiar o sistema nacional de dados e informações relativo às mulheres.

Parágrafo único. As Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal poderão remeter suas informações criminais para a base de dados do Ministério da Justiça.

Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência. (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantindo o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas. (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no limite de suas competências e nos termos das respectivas leis de diretrizes orçamentárias, poderão estabelecer dotações orçamentárias específicas, em cada exercício financeiro, para a implementação das medidas estabelecidas nesta Lei.

Art. 40. As obrigações previstas nesta Lei não excluem outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

26. INAPLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ÀS INFRAÇÕES PENAIS PRATICADAS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

O art. 41 da Lei nº 11.340/06 veda expressamente a possibilidade de aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) aos *crimes* praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Apesar de o dispositivo referir-se apenas aos *crimes*, a vedação diz respeito a toda e qualquer *infração penal* praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive *contravenções penais*. Na visão do Supremo Tribunal Federal, o art. 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia *contravenção penal*, como é a relativa a vias de fato (Dec-Lei nº 3.688/41, art. 21).[103]

À época em que a Lei Maria da Penha entrou em vigor, houve acirrada controvérsia acerca da (in) constitucionalidade desse dispositivo. Em outras palavras, muito se discutiu quanto à possibilidade de o legislador ordinário afastar, *in abstracto*, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais e, consequentemente, de todos os institutos despenalizadores nela previstos – composição dos danos civis, transação penal, suspensão condicional do processo e representação nos crimes de lesão leve ou culposa – aos crimes de menor potencial ofensivo praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

De um lado, parte minoritária da doutrina passou a sustentar que a vedação constante do art. 41 da Lei Maria da Penha seria inconstitucional. Adeptos dessa primeira corrente defendiam que o simples fato de um crime ser praticado contra uma mulher no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher (v.g., violência física praticada por uma filha contra sua mãe idosa) não seria ontologicamente distinto de um crime praticado contra um homem no mesmo contexto (v.g., violência física praticada por um filho contra um pai idoso). Logo, fosse possível a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 apenas em relação aos crimes de menor potencial ofensivo praticados contra um homem no contexto de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, este tratamento desigual em contraponto com a mesma violência praticada contra uma mulher em uma situação semelhante entraria em rota de colisão com o princípio da isonomia. Afinal, se os dois crimes foram praticados em um mesmo contexto de violência doméstica e familiar, o fato de um deles ter sido cometido contra uma mulher não teria o condão de justificar o tratamento desigual

103. STF, Pleno, HC 106.212/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/03/2011, DJe 112 10/06/2011. Na mesma linha: STJ, 3ª Seção, CC 102.571/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13/05/2009, DJe 03/08/2009.

conferido pela Lei Maria da Penha, privando o acusado da possibilidade do gozo dos institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados.

Entre outros, é nesse sentido a lição de Maria Lúcia Karam. Para a autora, o princípio da isonomia implica que o mesmo tratamento seja dado e os mesmos direitos sejam reconhecidos a todos que estejam em igualdade de condições e situações. Logo, o fato de uma determinada infração penal retratar uma violência de gênero não pode ser utilizado como diferencial quando se cuida de institutos relacionados à dimensão do potencial ofensivo da infração penal, daí por que se revela indevida a desigualdade de tratamento por força dessa irrelevante particularidade. Por tais motivos, conclui a autora: "No que concerne à dimensão de seu potencial ofensivo, uma infração penal retratando violência de gênero a que cominada pena máxima de dois anos não se distingue de quaisquer outras infrações penais a que cominadas iguais penas máximas. Todas se identificam, em sua igual natureza de infrações penais de menor potencial ofensivo, pela quantidade das penas que lhes são abstratamente cominadas e todos os seus apontados autores igualmente se identificam na igualdade de condições e situações em que se encontram".[104]

Firmada a premissa de que o art. 41 da Lei Maria da Penha seria inconstitucional, tal qual advogado por esta primeira corrente, ter-se-ia a possibilidade de aplicação de todos os institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados às contravenções e aos crimes de menor potencial ofensivo praticados com violência doméstica contra a mulher. Logo, na hipótese de a infração penal ter pena máxima igual ou inferior a 2 (dois) anos, seria possível a aplicação da composição civil dos danos e da transação penal. Noutro giro, se à infração penal fosse cominada pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, seria cabível o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo. Por outro lado, reconhecida a possibilidade de aplicação da Lei dos Juizados, e, consequentemente, de seu art. 88, eventual lesão corporal leve ou culposa praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher também passaria a ser tratada como crime de ação penal pública condicionada à representação.

Em que pese o teor desses argumentos, acabou prevalecendo na doutrina e nos Tribunais o entendimento no sentido de que a vedação do art. 41 da Lei Maria da Penha seria perfeitamente constitucional.

O fato de o legislador ter vedado a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados às infrações penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher não atenta contra os princípios da isonomia e da proporcionalidade, vez que o objetivo da Lei Maria da Penha foi exatamente o de adequar a sanção penal às necessidades e circunstâncias especiais em torno dessa especial forma de violência, muito mais gravosa que aquela praticada contra vítimas do sexo masculino, porquanto, nesse caso, nem sempre está presente uma situação de vulnerabilidade capaz de justificar um maior rigor na persecução penal.

Na verdade, se, em momento anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.340/06, a Lei dos Juizados não estava tutelando adequadamente a incolumidade física, moral e psicológica da mulher, nem tampouco reprimindo o alto índice de violência doméstica que assolava nosso país, era necessário que o legislador suprimisse a possibilidade de aplicação de seus institutos despenalizadores às infrações penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, sobretudo se levarmos em consideração o mandamento constitucional do art. 226, § 8º, que prevê que o Estado tem a obrigação de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares.

De mais a mais, não se pode objetar que ao legislador ordinário da Lei Maria da Penha não seria conferido o poder de suprimir a aplicação da Lei dos Juizados aos crimes de menor potencial ofensivo praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Ora, ao determinar a criação dos Juizados Especiais Criminais para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, é a própria Constituição Federal (art. 98, I) que delega ao legislador ordinário a tarefa de definir o que seria uma infração de menor potencial ofensivo, de modo a não engessar o referido conceito. Logo, se o legislador ordinário responsável pela elaboração da Lei Maria da Penha resolveu fazer uso dessa incumbência que lhe foi atribuída pela própria Constituição, afastando a possibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95 às infrações penais praticadas no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, nos mesmos moldes, aliás, do que já havia sido feito pela Lei nº 9.839/99 em relação aos crimes militares (Lei nº 9.099/95, art. 90-A), não há qualquer inconstitucionalidade em seu art. 41.

104. KARAM, Maria Lúcia. "Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal". Boletim *IBCCRIM*. São Paulo, v. 14, nº 168, p. 6, novembro de 2006.

Ante o intenso debate acerca da constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, a questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF. Na visão da Corte Suprema, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para fomentar o fim traçado pelo referido preceito constitucional. Não seria desproporcional ou ilegítimo, portanto, o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Sob o enfoque constitucional, consignou-se que a norma seria corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, vez que a lei em comento representaria movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça. Na verdade, com o objetivo de proteger direitos fundamentais, à luz do princípio da igualdade, o legislador editara microssistemas próprios, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente – ECA.[105]

Reconhecida a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, podemos extrair as seguintes conclusões:

1) Às contravenções penais e crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher cuja pena máxima seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, não se admite a composição civil dos danos, nem tampouco a transação penal, já que ambos os institutos estão previstos na Lei nº 9.099/95 (arts. 74 e 76, respectivamente);[106]

2) Às contravenções penais e crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 (um) ano, não se admite a suspensão condicional do processo, vez que este instituto tem previsão legal no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais;[107]

3) Às contravenções penais e crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher cuja pena máxima seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, não se admite a simples lavratura de termo circunstanciado (Lei nº 9.099/95, art. 69). Logo, verificada situação de flagrância de infração penal praticada nesse contexto, incumbe à autoridade policial efetuar a lavratura do auto de prisão em flagrante. Na hipótese de à infração penal ser cominada pena máxima não superior a 4 (quatro) anos, a própria autoridade policial poderá conceder liberdade provisória com fiança, nos termos do art. 322 do CPP. Se a pena máxima cominada ao delito for superior a 4 (quatro) anos, somente a autoridade judiciária competente poderá conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, sem prejuízo da aplicação cumulativa das medidas protetivas de urgência e/ou cautelares diversas da prisão (CPP, art. 321).

> **Art. 42.** O art. 313 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:
>
> "Art. 313. .....
>
> .....
>
> IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência." (NR)

27. ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIR A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.

De nada adianta a imposição de uma medida protetiva de urgência se a ela não se emprestar

105. STF, Pleno, ADC 19/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela. Portanto, mandatos constitucionais de criminalização como aqueles constantes dos arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, e 227, § 4º, da Constituição Federal, impõem ao legislador o dever de observância do princípio da proporcionalidade não só como proibição de excesso, mas também como proibição de proteção insuficiente. Nessa linha: STF, 2ª Turma, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012, DJe 62 26/03/2012.

106. Com o entendimento de que às infrações penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher revela-se impossível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados, quais sejam, acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo: STJ, 5ª Turma, HC 180.821/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011.

107. No sentido de que não se aplicam os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, dentre eles a suspensão condicional do processo, às hipóteses de infrações perpetradas com violência contra a mulher: STJ, 6ª Turma, RHC 31.661/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05/03/2013, DJe 13/03/2013. Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, HC 247.738/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26/02/2013, DJe 08/03/2013. Rechaçando a aplicação da suspensão condicional do processo inclusive no tocante à contravenção penal de vias de fato (Dec.-Lei nº 3.688/41, art. 21) contemplada pela Lei Maria da Penha: STJ, 6ª Turma, HC 188.767/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/02/2013, DJe 20/02/2013. No sentido de que a transação penal não é aplicável na hipótese de contravenção penal praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher: STJ, 6ª Turma, HC 280.788/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 3/4/2014.

força coercitiva. Com efeito, se o acusado souber, antecipadamente, que a inobservância das medidas protetivas de urgência jamais poderá dar ensejo à decretação da sua prisão preventiva, isso implica em retirar qualquer força coercitiva de tais medidas. Portanto, tendo em conta que a própria eficácia dessas medidas está condicionada, essencialmente, ao seu caráter coercitivo, de onde se extrai a importância da possibilidade de decretação da prisão cautelar como ameaça constante que deve pairar sobre o acusado para a eventualidade de descumprimento injustificado das medidas, a Lei Maria da Penha acrescentou ao art. 313 do CPP nova hipótese de admissibilidade da prisão preventiva: "se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência".

Art. 43. A alínea f do inciso II do art. 61 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 61. .....

.....

II – .....

.....

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

....." (NR)

28. AGRAVANTE NA HIPÓTESE DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

O art. 43 da Lei nº 11.340/06 conferiu nova redação ao art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, que passou a dispor: "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica". Em comparação com a redação anterior, a Lei Maria da Penha limitou-se a fazer um acréscimo na parte final da referida circunstância agravante, ou seja, na hipótese de o agente ter cometido o crime *com violência contra a mulher na forma da lei específica.*

Como a alínea "f" do inciso II do art. 61 já dispunha anteriormente que a referida circunstância agravante seria aplicável se o agente se prevalecesse de *relações domésticas*, de coabitação ou de hospitalidade, e tendo em conta que a prática de delitos no contexto de uma relação familiar já estão abrangidos, em regra, pela agravante do art. 61, II, alínea "e" ("contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge"), depreende-se que a inovação acaba ficando restrita apenas às situações de relação íntima de afeto (Lei nº 11.340/06, art. 5º, III), ou de relações familiares distintas daquelas em que a ofendida seja ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do sujeito ativo.

Art. 44. O art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 129. .....

.....

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

.....

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência." (NR)

29. AUMENTO DA PENA DA LESÃO CORPORAL QUALIFICADA PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

Incluído pela Lei nº 10.886/04, o § 9º do art. 129 dispunha que a pena do crime de lesão corporal seria de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, na hipótese de a lesão ser praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Esta figura delituosa do art. 129, § 9º, aplica-se exclusivamente aos crimes de lesão corporal *leve* praticados contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Em se tratando de lesão corporal grave (CP, art. 129, § 1º), gravíssima (CP, art. 129, § 2º), ou seguida de morte (CP, art. 129, § 3º), praticadas nas mesmas circunstâncias do art. 129, § 9º, do CP, a pena de tais delitos deve ser aumentada em um terço, nos termos do art. 129, § 10, do CP, também acrescentado pela Lei nº 10.886/04.

Com o advento do art. 44 da Lei nº 11.340/06, não houve qualquer modificação em relação ao preceito primário do art. 129, § 9º, do CP. Na verdade, a mudança produzida pela Lei Maria da Penha ficou restrita ao preceito secundário desse tipo penal incriminador. Deveras, se a pena anteriormente cominada era de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, a nova sanção penal passou a ser de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. Com o aumento da pena máxima cominada para 3 (três) anos, este delito deixa de ser considerado infração de menor potencial ofensivo.

Ao contrário da Lei Maria da Penha, que tem seu campo de incidência restrito à violência doméstica e familiar *contra a mulher*, esta figura qualificada da lesão corporal leve prevista no art. 129, § 9º, do CP, não estabelece qualquer restrição quanto ao sujeito passivo, se homem ou mulher. Por isso, essa pena do § 9º do art. 129 do CP também é aplicável às lesões corporais cometidas contra homem no âmbito das relações domésticas. Apesar de a Lei Maria da Penha ser destinada à proteção da mulher, o referido acréscimo visa tutelar as demais desigualdades encontradas nas relações domésticas. Logo, por mais que os institutos peculiares da Lei nº 11.340/06 sejam aplicáveis apenas às hipóteses em que a vítima for mulher, se determinado indivíduo empurrar seu genitor, causando-lhe lesões corporais, não há irregularidade na aplicação da figura qualificada acima mencionada.[108]

Outrossim, apesar de a pena cominada ao art. 129, § 9º, do CP, ser de 3 (três) meses a 3 (três) anos, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pressupõe, entre outras coisas, que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça. A violência física se expressa de inúmeras maneiras, sendo comum a todas elas o uso da força e a submissão da vítima, que fica acuada. Embora haja casos de violência doméstica com requintes de crueldade extrema e outros que se restrinjam às vias de fato (tapas, empurrões, socos, por exemplo), a violência praticada em maior ou menor grau de intensidade caracteriza-se pelo simples fato de o agente utilizar a força, de forma agressiva, para submeter a vítima. O termo "violência" contido no art. 44, I, do CP, que impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não comporta quantificação ou qualificação. A Lei Maria da Penha surgiu para salvaguardar a mulher de todas as formas de violência (não só física, mas moral e psíquica), inclusive naquelas hipóteses em que a agressão possa não parecer tão violenta.[109]

30. MAJORANTE NA HIPÓTESE DE CRIME PRATICADO CONTRA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA.

O art. 44 da Lei Maria da Penha também acrescentou um § 11 ao art. 129 do Código Penal, com a seguinte redação: "Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência." Portanto, se um crime de lesão corporal leve for praticado contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, a pena de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos será aumentada de um terço na hipótese de o delito ser cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º do *Estatuto da Pessoa com Deficiência* – Lei n. 13.146/15).

Art. 45. O art. 152 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 152. .....

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação." (NR)

31. LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA E COMPARECIMENTO DO AGRESSOR A PROGRAMAS DE RECUPERAÇÃO E REEDUCAÇÃO.

A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado

108. STJ, 5ª Turma, RHC 27.622/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/08/2012, DJe 23/08/2012.

109. STJ, 6ª Turma, HC 192.104/MS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 09/10/2012.

cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas (CP, art. 48). O cumprimento dessa espécie de pena restritiva de direito é regulamentado pelos arts. 151, 152 e 153 da Lei de Execução Penal.

Por força do art. 45 da Lei Maria da Penha, foi acrescentado um parágrafo único ao art. 152 da LEP, dispondo que, nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. Apesar de o dispositivo fazer menção ao comparecimento *obrigatório* do agressor, isso não significa dizer que o juiz poderia determinar sua condução coercitiva. Afinal, conduzido coercitivamente o agressor a um programa de recuperação e reeducação, é evidente que o resultado dessa atividade seria absolutamente contraproducente. Logo, se o agressor deixar de comparecer aos programas de recuperação e reeducação, como se trata, a limitação de fim de semana, de espécie de pena restritiva de direitos, a solução passa pela aplicação do art. 44, § 4º, com a consequente conversão da "pena alternativa" em privativa de liberdade.

Art. 46. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação.

Brasília, 7 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 8.8.2006

32. VIGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA.

Considerando-se que a Lei nº 11.340/06 foi publicada em data de 8 de agosto de 2006, e como o art. 46 estabeleceu um prazo de *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco) dias, temos que sua vigência ocorreu em 22 de setembro de 2006.

BIBLIOGRAFIA

ALBRECHT, Hans-Jörg. The money trail, developments in criminal law, and research needs: an introduction. *European journal of crime, criminal law and criminal justice.* Hage, nº 3, v. 5, p. 193-195, 1997.

ALENCAR MENDES, Eunice. *Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro.* RCEJ, nº 16, Brasília, 2002.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal.* 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito processual penal.* 8ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2013.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal.* 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes.* Coordenação: Gustavo Henrique Badaró e Petrônio Calmo. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.

ARRUDA, Samuel Miranda. *DROGAS: aspectos penais e processuais penais. Lei 11.343/2006.* São Paulo: Editora Método, 2007.

AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado.* 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Correlação entre acusação e sentença.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Processo penal.* Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012. p. 336.

_____. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011.* Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Medidas cautelares patrimoniais no processo penal, in Direito Penal Econômico – Crimes econômicos e Processo Penal.* São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/12.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais.* 2ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a*

efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de Direito Penal, 2: parte especial – dos crimes contra a pessoa.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de Direito Penal, 3: parte especial – dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de direito penal, 4: parte especial – dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública.* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013.* São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante.* 5ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *El Delito de Blanqueo de Capitales.* Editorial Colex, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Legislação Penal Especial.* 7ª ed. São Paulo: Editora Paloma, 2000.

CARVALHO, Natália Oliveira. *A delação premiada no Brasil.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos.* Série Legislação Penal Especial. Organizadores: Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de Blanqueo de Capitales.* Pamplona, Aranzadi Editorial, 1997.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris,* 2011.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Pena – comentada artigo por artigo.* 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado.* Editora Juspodivm: Salvador, 2013.

CUNHA JR., Dirley. *Curso de direito constitucional.* 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DE SANCTIS, Fausto. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática.* Campinas/SP: Millennium Editora, 2008.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas.* Campinas/SP: Millennium Editora, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

DOTTI, René Ariel. Terrorismo e devido processo legal. RCEJ, ano VI, Brasília, set. 2002.

ESTEFAM, André. *Direito penal,* volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FALCONE, Giovanni. *Cosa nostra: O juiz e os homens de honra.*Trad. Maria Alexandre. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 1993.

FEITOZA, Denílson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.* 7ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional.* 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Reação defensiva à imputação.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo penal.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial.* São Paulo: Ed. RT, 2001. v. 1.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos.* 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, Jayme Walmer. *Prisão temporária.* 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Legislação criminal especial.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Corrupção política e delação premiada. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal,* ano VI, nº 34, Porto Alegre, out.-nov./2005.

_____. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Presunção de violência nos crimes sexuais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito Penal:* parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

_____. *Lei de Drogas comentada.* 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Princípio da ofensividade no Direito Penal.* Série "As Ciências Criminais no Século XXI". Vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica.* São Paulo: Premier Máxima, 2008.

_____. *Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.* Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GOMES, Fernandes; LUCAS, Flávio Oliveira; PEREIRA, Frederico Valdez. *Nova Lei Antidrogas.* Niterói/RJ: Editora Impetus, 2006.

GOMES, Abel Fernandes. *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp/* org. José Paulo Baltazar Júnior, Sergio Fernando Moro; Abel Fernandes Gomes ... (et al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura.* 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

GRANZINOLI, Cassio M. M. *A delação premiada. In Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Lei de Drogas Anotada: Lei nº 11.343/2006.* São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 96.

_____. Vicente. *Tóxicos – Prevenção – Repressão. Comentários à Lei 10.409/2002 e à parte vigente da Lei 6.368/1976.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Interceptação telefônica.* São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada:* Lei 11.343/2006. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 99.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial.* 9ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2013.

_____. *Curso de Direito Penal: parte especial.* Vol. III. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2012.

_____. *Código Penal comentado.* 3ª edição. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal.* 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.* 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.* 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei Antitóxicos anotada.* 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista. Homicídio simples, crime hediondo e Júri. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), nº 29, abril de 1995.*

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique. *Legislação penal especial. Vol. 1.* São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

KAUFFMANN, Carlos. *Prisão temporária.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. *Prisão temporária – análise e perspectivas de uma releitura garantista da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas.* Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal.* 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro – lavagem de ativos provenientes de crime* – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos.* 3ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 140.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal.* Campinas: LZN Editora, 2003.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime organizado.* São Paulo: Método, 2015.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de novembro de 2006: nova Lei de Drogas.* 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MASSON, Cleber. *Código Penal comentado.*7ª ed. São Paulo: Editora Método, 2019.

_____. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120).* Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Método, 2019.

_____. *Direito penal: parte especial (arts. 121 a 212).* Vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Método, 2019.

_____. *Direito penal: parte especial (arts. 213 a 359-H).* Vol. 3. 10ª ed. São Paulo: Método, 2020.

McDOWELL, John. Economic perspectives: the consequences of money laundering and financial crime. *U.S. Department of State – Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs*, May, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo.* 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro.* São Paulo: Atlas, 2006.

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *Crime organizado.* Coordenadores: São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência e legislação.* 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo.* Coordenação: Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil: interpretada e legislação constitucional.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial.* 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MORO, Sérgio. *Crime de Lavagem de Dinheiro.* São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal.* Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal.* 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional.* 4ª ed. São Paulo: Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal.* 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas.* Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas.* Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Individualização da pena.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Organização Criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.* Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. *Regimes constitucionais da liberdade provisória.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, William Terra de; Cervini, Raúl; Gomes, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais.* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto como medio extraordinario de investigación: perspectivas desde el garantismo procesal penal.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte especial.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos.* 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

PIZA, Lia Verônica de Toledo; VILARES, Fernanda Regina. Crime organizado no Peru. *Crime organizado: aspectos processuais.* Coordenação: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei nº 11.340/06: análise crítica e sistêmica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PORTOCARRERO, Cláudia Barros. *Leis penais especiais comentadas para concursos: teoria, jurisprudência e mais de 200 questões comentadas.* 2ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2012.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal).* São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 309.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* 17ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira; BAZ, Marco Antônio Garcia. *Fiança criminal e liberdade provisória.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: Editores del Puerto; 2000.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional: doutrina e jurisprudência.* São Paulo: Método, 2007.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório.* São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Emílio de Oliveira. *Identificação genética para fins criminais.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014.

SILVA, Ivan Luiz. *Princípio da insignificância no Direito Penal.* Curitiba: Editora Juruá, 2011.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.* Revista da AJURIS, ano XXXII, nº 97, março/2005.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil.* V. 5. Família. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 367.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo.* 2ª ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal e o crime organizado, os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro.* São Paulo: Quartier Latin, 2009,

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* Vol. 2. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VIRGINO, Paulo Quezado Jamile. *Delação premiada.* Fortaleza: Gráfica e Editora Fortaleza, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.